

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico, procedimiento administrativo y contencioso-administrativo

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El artículo 73 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, no puede interpretarse en el sentido de que la condición de concejal no adscrito sólo está prevista para aquellos concejales que, por su propia voluntad, deciden no integrarse en el grupo político que constituya la formación política por la que han sido elegidos o que, posteriormente, la abandonen, pero no para los supuestos de expulsión del grupo al que se pertenece.

La utilización por el legislador del concepto de “abandono” en el artículo 73 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, al no concretarse las causas por las que se produce la no-integración del concejal en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, se está refiriendo el legislador a todas las demás causas, cualesquiera que éstas sean, voluntarias o involuntarias, y, por tanto, incluida la expulsión de dicho grupo. De otra forma no tendría sentido la mención específica del “abandono” que se contiene en el segundo inciso del precepto comentado

SUPUESTO DE HECHO

Los recurrentes, concejales del Ayuntamiento de Majadahonda e inicialmente miembros del Grupo Popular de dicho ayuntamiento, fueron expulsados de dicho grupo. El portavoz del Grupo Popular dio cuenta al Pleno del Ayuntamiento quedando, desde ese momento, ambos concejales excluidos del Grupo Popular del Ayuntamiento y, a partir de dicha exclusión, adquieren la condición de concejales no adscritos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción que le dio la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

Ese mismo día 27 de septiembre de 2005, los dos concejales habían presentado en la Secretaría General del Ayuntamiento un escrito en el que se constituían en grupo municipal como Grupo Mixto, reclamando ser convocados a los órganos municipales en esta condición de integrantes de ese nuevo Grupo Mixto. Este escrito no fue llevado al orden del día del citado Pleno de 27 de septiembre de 2005, por haber sido presentado ese mismo día, pero el Pleno tuvo conocimiento del mismo por aportarlo dichos concejales y reflejarse en el acta de la sesión plenaria dicha aportación.

A continuación, el secretario general del Ayuntamiento dicta la Circular general núm. 1/05, de 7 de octubre de 2005, con el siguiente contenido:

“En sesión plenaria del pasado día 27 de septiembre se dio cuenta de la modificación de la composición del Grupo Municipal Popular, dejando de pertenecer al mismo los concejales don Eugenio y don Pedro. Se comunica a los secretarios correspondientes que se deberá convocar a estos concejales a las sesiones que celebren las distintas comisiones informativas a efectos de asistencia con voz pero sin voto, según dispone el artículo 4.1.b) del Reglamento orgánico de la corporación.”

De esta forma, esto es, como concejales no adscritos, fueron convocados estos dos concejales aquí apelantes a la Comisión Informativa de Asuntos Económicos celebrada el día 20 de febrero de 2007, a la que asistieron, por tanto, en su condición de concejales no adscritos y no como integrantes del grupo municipal por ellos pretendido.

La convocatoria a la Comisión Informativa y el acuerdo del Pleno posteriormente celebrado que aprueba el asunto dictaminado favorablemente por dicha comisión, fue objeto de un recurso mediante el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª).
Recurso de apelación 854/2007

FECHA: 19 de febrero de 2008

PONENTE: Illma. Sra. Berta Santillán Pedrosa

DEMANDANTE: Concejales no adscritos

DEMANDADO: Ayuntamiento de Majadahonda

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 73 de la LBRL en la redacción dada por la Ley 57/2003

DOCTRINA: El artículo 73 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, no puede interpretarse en el sentido de que la condición de concejal no adscrito sólo está prevista para aquellos concejales que, por su propia voluntad, deciden no integrarse en el grupo político que constituya la formación política por la que han sido elegidos o que, posteriormente, la abandonen, pero no para los supuestos de expulsión del grupo al que se pertenece. La utilización por el legislador del concepto de “abandono” en el artículo 73 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, al no concretarse las causas por las que se produce la no-integración del concejal en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, se está refiriendo el legislador a todas las demás causas, cualesquiera que éstas sean, voluntarias o involuntarias, y, por tanto, incluida la expulsión de dicho grupo. De otra forma no tendría sentido la mención específica del “abandono” que se contiene en el segundo inciso del precepto comentado

La lesión del derecho fundamental contenido en el artículo 23.2 de la CE que los demandantes consideran producida es la de su derecho, que entienden derivado de dicho precepto de la Constitución, a ser convocados a esta Comisión Informativa como miembros del nuevo grupo municipal (Grupo Mixto) que entienden por ellos constituido y no como concejales no adscritos, que es como han sido convocados.

El recurso se desestima y la sentencia es objeto de recurso de apelación.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia delimita las normas aplicables y establece que:

“Hasta la reforma operada en la LBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, el legislador había optado (STC 30/1993, fundamento 5) por una organización grupal del trabajo corporativo, estableciendo al efecto la obligatoria adscripción de todo concejal a un grupo municipal, constituyendo el grupo mixto aquellos que no quedaran integrados en ningún otro grupo municipal (artículos 23 y ss. del ROF; artículo 20.3 de la LBRL). [...] Y así, cuando un concejal era expulsado del grupo político al que pertenecía o abandonaba el mismo, debía necesariamente ser integrado en otro grupo político, el Grupo Mixto, que, de no estar constituido, debía necesariamente constituirse, sin que estuviera prevista por el legislador la figura del concejal no adscrito [...].

“Sin embargo, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, introduce en este sistema de organización del trabajo de las corporaciones locales, como se afirma en la sentencia apelada, un cambio sustancial. En efecto, el legislador opta en esta reforma por un sistema de organización que no se basa, como antes, exclusivamente en los grupos políticos, sino que introduce también la figura del concejal no adscrito. Y así, el nuevo artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, lo dispone ahora [...].

“Así pues, la actuación corporativa de los concejales ya no se sustenta sólo en el grupo político, sino que pueden actuar también en la corporación, por haberlo decidido así el legislador, como concejales no adscritos cuando se trate de concejales ‘que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos’.

“La redacción del artículo 73.3 de la LBRL vigente es clara; como regla general, los concejales, a efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos políticos, pero esta regla general tiene una excepción y es la relativa a aquellos concejales ‘que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia’, supuesto en el que no podrán integrarse en un nuevo grupo político, sino que ‘tendrán la consideración de miembros no adscritos’.”

En este punto, el Tribunal Superior de Justicia dice llegar a la cuestión que constituye el eje central de la argumentación de los recurrentes, en cuya virtud el precepto legal mencionado sólo puede interpretarse en el sentido de que la condición de concejal no adscrito sólo está prevista para aquellos concejales que, por su propia voluntad, deciden no integrarse en el grupo político que constituya la formación política por la que han sido elegidos o que, posteriormente, la abandonen, pero no para los supuestos de expulsión del grupo al que se pertenece, pues, argumentan, se trata de un abandono involuntario no previsto en dicho precepto como determinante de la adquisición de la condición de concejal no adscrito.

Esta interpretación, señala el Tribunal Superior de Justicia, no puede ser compartida porque, en el criterio de la sala, no es esto lo que el precepto dice, ni en su sentido literal ni en su contexto ni en una interpretación sistemática del mismo, por lo siguiente:

“Atribuye dicho precepto la condición de concejal no adscrito a ‘aquellos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia’. Son, pues, dos los supuestos determinantes de la adquisición de la condición de concejal no adscrito,

los que ‘abandonen’ su grupo de procedencia, expresión con la que el legislador parece referirse a aquellos que voluntariamente dejen dicho grupo, y, en segundo lugar, aunque en primer lugar en el precepto analizado, los que ‘no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos’, supuesto este en el que el legislador incluye, dado su tenor literal, todos los supuestos en los que el concejal, bien no llega a integrarse, bien ya no se encuentra integrado, en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, cualquiera que sea la causa, voluntaria o no, porque el legislador no distingue. Antes al contrario, la utilización por el legislador del concepto de ‘abandono’, que parece aludir a la no-integración por voluntad del concejal, como segundo supuesto determinante de la adquisición de la condición de concejal no adscrito, nos permite suponer que en el primer supuesto, al no concretarse las causas por las que se produce la no-integración del concejal en el grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, se está refiriendo el legislador a todas las demás causas, cualesquiera que éstas sean, voluntarias o involuntarias, y, por tanto, incluida la expulsión de dicho grupo. De otra forma no tendría sentido la mención específica del ‘abandono’ que se contiene en el segundo inciso del precepto comentado.

“Además, el último párrafo del precepto comentado se refiere expresamente al supuesto de expulsión, al señalar que ‘Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurren a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos’, párrafo este en el que también se utiliza la expresión ‘abandono’ como deje voluntario del grupo por contraposición con la expulsión.

“La nueva opción del legislador estatal es, pues, clara, en los supuestos de expulsión del concejal del grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, en la medida en que esta expulsión supone su no-integración en dicho grupo, pasa a actuar en la corporación como concejal no adscrito, siendo ésta la situación que la Ley le reconoce, sin que la Ley le reconozca derecho alguno a constituir un nuevo grupo, pues la expulsión se encuentra recogida entre los supuestos excepcionados por la Ley del derecho a constituir grupo político.”

Así pues, establece el Tribunal Supremo que habiendo sido ambos concejales recurrentes expulsados del Grupo Popular, grupo político constituido por la formación electoral por la que ambos concejales resultaron elegidos, la Ley no les reconoce más derecho que el de adquirir la condición de concejales no adscritos, pero no el derecho a constituir un grupo político, derecho del que la Ley expresamente exceptúa a los concejales que, por cualquier causa, incluida la expulsión, ya no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos.

Como conclusión, el Tribunal Superior de Justicia establece que:

“En consecuencia, el derecho reclamado por ambos concejales, como integrante de su estatus legal de cargo representativo, de ser convocados a dicha Comisión Informativa como miembros del Grupo Mixto, no forma parte, tras la reforma operada por la Ley 57/2003, del estatus legal de dicho cargo, por lo que ninguna vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la CE cabe imputar a su convocatoria a dicha Comisión como concejales no adscritos y no como miembros de dicho Grupo Mixto, ya que, como hemos dicho, el cargo representativo debe desempeñarse de conformidad con lo que la Ley disponga y lo que la Ley dispone en el caso de los apelantes es su convocatoria a la citada Comisión Informativa como concejales no adscritos.”

Por todo ello desestima el recurso de apelación, con condena en costas.

Tribunal Supremo. La inclusión de un asunto en el orden del día del Pleno sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa, si sólo se lleva a cabo la previa ratificación de su inclusión en el orden del día y el Pleno por unanimidad acuerda su aprobación, después de reconocer que el expediente estaba sobre la mesa de la Comisión Informativa, supone una infracción de las reglas del procedimiento, que, si bien no cabe entender que se trate de una falta total y absoluta del establecido legalmente, lo que acarrearía su nulidad radical conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, constituye un defecto que impide al acto alcanzar su fin.

Es necesario que el alcalde justifique y motive las razones de urgencia a fin de debatirlos o que en el Pleno se expliquen las razones de la urgencia que justifiquen la adopción del acuerdo sin el previo informe de la Comisión Informativa

SUPUESTO DE HECHO

El acuerdo plenario del Ayuntamiento de Paterna, de fecha 30 de septiembre de 1999, desestimó el recurso de reposición deducido por el Sr. José Pedro contra el acuerdo plenario del mismo ayuntamiento, de fecha 29 de abril de 1999, por el que se aprobó la Programación del Sector 7 del Plan general de ordenación urbana de Paterna y la gestión indirecta de dicha actuación.

En el recurso de reposición se argumenta que se incluyó el asunto en el orden del día sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa y que para cumplir los artículos 59.1 de la Ley 30/1992 y 46.3 de la Ley valenciana 6/1994 no es suficiente con remitir un aviso del trámite de información pública sin justificar o acreditar que tal aviso se ha recibido por el interesado.

Contra la desestimación del recurso administrativo se interpuso un recurso contencioso-administrativo que fue desestimado a su vez por la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2003.

Contra la sentencia se interpone un recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los motivos de casación tercero y cuarto se denuncia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva por no examinar la causa de nulidad esgrimida en el hecho segundo de la demanda y en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de ésta, consistente en que se incumplió por el ayuntamiento demandado lo establecido en los artículos 82, 123.1 y 126.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, al aprobar el Programa de Actuación del Sector, objeto de impugnación, con lo que la sala de instancia ha infringido lo dispuesto en los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, al no motivar la desestimación de tal causa de nulidad, con lo que se ha generado indefensión para el recurrente.

Los hechos, no tenidos en cuenta por el Tribunal *a quo*, son tal y como los relata el recurrente, al haberse incluido en el orden del día la aprobación del Programa del Sector 7 del Plan general de ordenación urbana de Paterna sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa, en contra de lo previsto en los artículos 123.1 y 126.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

El Tribunal Supremo examina la cuestión y analiza de manera sistemática el régimen jurídico de los asuntos que se incluyen en el orden del día del Pleno, sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa.

Argumenta lo siguiente:

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Recurso de casación 7628/2003

FECHA: 3 de enero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Paterna

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 82, 123.1 y 126.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986

DOCTRINA: La inclusión de un asunto en el orden del día del Pleno sin el dictamen preceptivo de la correspondiente comisión informativa, si sólo se lleva a cabo la previa ratificación de su inclusión en el orden del día y el Pleno por unanimidad acuerda su aprobación, después de reconocer que el expediente estaba sobre la mesa de la Comisión Informativa; supone una infracción de las reglas del procedimiento, que, si bien no cabe entender que se trate de una falta total y absoluta del establecido legalmente, lo que acarrearía su nulidad radical conforme el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, constituye un defecto que impide al acto alcanzar su fin.

Es necesario que el alcalde justifique y motive las razones de urgencia a fin de debatirlos o que en el Pleno se expliquen las razones de la urgencia que justifiquen la adopción del acuerdo sin el previo informe de la Comisión Informativa.

“Aunque en supuestos de urgencia el Pleno municipal puede adoptar acuerdos sobre asuntos no dictaminados por la correspondiente comisión informativa, es preciso, para su inclusión en el orden del día, que el alcalde justifique y motive las razones de urgencia a fin de debatirlos sin haberse emitido informe por dicha comisión, conforme a lo establecido en el artículo 82.2 y 3 del mismo Reglamento [...].

“No obstante, aun incumpléndose ese deber por el alcalde, el Pleno municipal está facultado por idéntico precepto para ratificar su inclusión en el orden del día a fin de adoptar sobre el asunto en cuestión un acuerdo válido, pero es evidente que no basta con que ratifique su inclusión cuando el alcalde no motivó las razones de urgencia para llevarlo al Pleno sin el preceptivo informe de la comisión, sino que es necesario que en el

Pleno se expliquen las razones de la urgencia que justifiquen la adopción del acuerdo sin el previo informe de la Comisión Informativa.”

En el caso examinado ni sucedió lo primero (que el alcalde justifique y motive las razones de urgencia a fin de debatirlas) ni lo segundo (aun incumpléndose ese deber por el alcalde, que en el Pleno se expliquen las razones de la urgencia). En el acta de la sesión celebrada el día 29 de abril de 1999, sólo aparece que, previa ratificación de su inclusión en el orden del día, el Pleno por unanimidad acuerda, después de reconocer que el expediente estaba sobre la mesa de la Comisión Informativa, aprobar por unanimidad la programación de los terrenos incluidos en el Sector 7 y disponer la gestión indirecta, designando agente urbanizador.

Por ello, el Tribunal Supremo establece que:

“No se ha cumplido, por consiguiente, con el requisito imprescindible de justificar la urgencia que hubiese permitido al Pleno adoptar el acuerdo sin haber oído el informe de la correspondiente comisión, lo que supone una clara infracción de las reglas del procedimiento, que, si bien no cabe entender que se trate de una falta total y absoluta del establecido legalmente, lo que acarrearía su nulidad radical conforme el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, constituye un defecto que impide al acto alcanzar su fin y, además, ha causado indefensión al recurrente (artículo 63.2 de esta misma Ley), como seguidamente explicaremos, razones por las que no sólo debemos estimar el primer motivo de casación alegado sino que ha de conllevar la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación del acuerdo municipal impugnado.”

Los motivos de casación segundo, quinto y sexto guardan una clara relación entre sí porque combaten la decisión del Tribunal *a quo* al considerar que los avisos que el ayuntamiento, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46.3 de la Ley valenciana 6/1994, envió al domicilio que del recurrente aparecía en el impuesto de bienes inmuebles, cumplen la finalidad pretendida en dicho precepto autonómico aunque su contenido no llegase a conocimiento de aquél por haber sido devueltos como caducados por el servicio de Correos, pues se da la circunstancia de que un aviso posterior, remitido a la misma dirección, llegó a sus manos.

Asegura el recurrente que el criterio de la sala sentenciadora infringe el artículo 217.1, 2 y 3 de la Ley de enjuiciamiento civil, sobre carga de la prueba, el artículo 45.1 y 2 de la Ley general tributaria, acerca del domicilio fiscal, y el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, porque no se observaron las garantías previstas en dichos preceptos para que una comunicación de la Administración sea conocida por el interesado a quien va dirigida, sin imponer a éste el deber de demostrar que aquélla no llegó a su conocimiento, pues ha de ser la Administración quien demuestre que cumplió lo establecido en la Ley para que así fuese.

El Tribunal Supremo establece que:

“Los tres motivos alegados deben ser estimados porque la sala sentenciadora parte de una premisa, cual es el significado dispar entre notificación y aviso, que nosotros no compartimos, según hemos explicado en nuestra sentencia, de fecha 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003 [RJ 2007, 4829]), al conocer también de otro aviso remitido por la Administración en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 46.3 de la misma Ley valenciana 6/1994, reguladora de la actividad urbanística.

“A diferencia de lo resuelto ahora por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el caso exa-

minado por nuestra citada sentencia de fecha 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003), la Sección Primera de la propia sala entendió, con toda corrección a nuestro parecer, que era necesaria la constancia de la recepción del aviso por los destinatarios, llegando a la conclusión de que su finalidad, que no es otra que la de tener los titulares catastrales exacto conocimiento de la programación prevista, requiere que se acredite su recepción al igual que se exige para las notificaciones por el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sin que de la literalidad del mencionado artículo 46.3 de la Ley valenciana 6/1994 quepa deducir lo contrario, a pesar de lo cual considera también que, de no ser así, sería prevalente lo establecido en la Ley de procedimiento administrativo común 30/1992, como ley básica que fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa (artículo 149.1.18 de la Constitución).

“Este criterio de la Sección Primera de la misma sala deriva de una interpretación concordada, razonable y sistemática de los artículos 59.1 de la Ley 30/1992 y 46.3 de la Ley valenciana 6/1994, y es acorde con la doctrina jurisprudencial, ya que es lógico que no sea suficiente con remitir aviso, sino que es preciso justificar o acreditar que tal aviso se ha recibido por el interesado, en este caso los titulares catastrales de los derechos afectados por la propuesta, criterio expresamente aceptado por nosotros en la aludida sentencia de fecha 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003 [RJ 2007, 4829]), pues es necesario que exista constancia de su recepción en el organismo emisor como garantía de la eficacia de la finalidad de tal comunicación, razón por la que los indicados motivos de casación alegados por la representación procesal del recurrente deben ser estimados al igual que los demás hasta ahora examinados.”

La conclusión para el Tribunal Supremo, sin embargo, no es la nulidad de pleno derecho del acuerdo municipal impugnado por falta total de procedimiento, sino la de un defecto de forma que, por implicar la indefensión del interesado, debe acarrear la anulación del referido acuerdo, conforme a lo establecido por el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común.

La estimación de todos los motivos de casación alegados comporta, conforme a lo dispuesto por el artículo 95.2.c) y d) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que el Tribunal Supremo deba resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Por ello, el Tribunal Supremo anula el acuerdo del Pleno municipal impugnado, por el que se aprobó el 29 de abril de 1999 la programación del Sector 7 del Plan general de ordenación urbana de Paterna, se dispuso la gestión indirecta de la actuación y se designó el agente urbanizador de la misma, al ser este acuerdo contrario a Derecho, según lo dispuesto en los artículos 68.1.b) y 70.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la reposición del procedimiento al momento en que se ha de llevar a cabo la preceptiva comunicación en debida forma.

2. Expropiación forzosa

Tribunal Supremo. El suelo con destino a viales destinados a vía interurbana que no forma parte del entramado urbano previsto en el viario de los planeamientos municipales correspondientes debe ser valorado como suelo no urbanizable.

La determinación de si una finca constituye o no suelo urbanizable, a efectos de valoración expropiatoria, como incluida o no dentro del sistema general en que concurren los requisitos precisos para que se entienda que crean ciudad, constituye una apreciación de hecho, cuya determinación en exclusiva y valoración competente al tribunal de instancia y que solamente puede ser discutida en casación alegando que dicha valoración efectuada por el tribunal de instancia ha infringido preceptos sobre prueba tasada o resulta ilógica o arbitraria

SUPUESTO DE HECHO

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco –Sección Segunda– dictó sentencia, en fecha 11 de junio de 2006, desestimatoria del recurso deducido contra resoluciones del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Guipúzcoa, por las que se fijó el justiprecio de las parcelas del proyecto de variante de Astigarraga en la carretera de Hernani a Irún.

Las resoluciones del jurado objeto de impugnación valoraron las fincas como suelo no urbanizable a razón de 900 ptas./m², destacando que el jurado calificó a las mismas de suelo no urbanizable con uso de huerta, descartando el método de comparación a efectos valorativos al no haberse constatado la existencia de fincas análogas, valorando los terrenos de acuerdo con sus características.

En el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida se resuelven las alegaciones formuladas por las actoras en relación con la clasificación de los terrenos afectados por la construcción de una variante, en base a lo cual entienden los recurrentes que la valoración ha de efectuarse como si de suelo urbanizable se tratara, y transcribe la sentencia recurrida parcialmente el contenido de la sentencia de esta sala de 14 de febrero de 2003, relacionada con la valoración de terrenos para la ejecución de sistemas generales y la posibilidad de su valoración como suelo urbanizable a efectos de cumplir con el principio general urbanístico de equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento.

La sentencia de instancia establece que:

“en el supuesto considerado consta que la expropiación deriva del Proyecto Variante Sur de Astigarraga, que es una variante del trazado de la carretera GI-131, de la Red Básica (Red Naranja) del Catálogo de Carreteras de la Diputación Foral de Guipúzcoa. En las NNSS de Planeamiento las parcelas se encuentran clasificadas como suelo urbanizable. Según se indica por la Diputación Foral los terrenos colindantes a los que nos ocupan mantiene la clasificación de suelo no urbanizable. Las fotografías aéreas que se aportan, y en concreto de la rotonda, expresan una realidad física de un suelo adecuadamente clasificado como suelo no urbanizable, en el que no se ha producido una transformación urbanística, por lo que no se puede constatar que se esté en el supuesto de indebida singularización del suelo.”

Los propietarios expropiados recurren en casación.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los recurrentes, con expresa condena en las costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

A) La pretendida valoración de los terrenos como si de suelo urbano se tratara

El primer motivo de casación se fundamenta en la infracción que se dice cometida por el tribunal de instancia en su sentencia de lo

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Recurso de casación 9131/2004

FECHA: 6 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Diputación Foral de Guipúzcoa (Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Guipúzcoa)

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la CE; artículo 248.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y artículos 218.1, 236.2 y 348 de la Ley de enjuiciamiento civil

DOCTRINA: El suelo con destino a viales destinados a vía interurbana que no forma parte del entramado urbano previsto en el viario de los planeamientos municipales correspondientes debe ser valorado como suelo no urbanizable.

La determinación de si una finca constituye o no suelo urbanizable, a efectos de valoración expropiatoria, como incluida o no dentro del sistema general en que concurren los requisitos precisos para se entienda que crean ciudad, constituye una apreciación de hecho, cuya determinación en exclusiva y valoración competente al tribunal de instancia y que solamente puede ser discutida en casación alegando que dicha valoración efectuada por el tribunal de instancia ha infringido preceptos sobre prueba tasada o resulta ilógica o arbitraria.

dispuesto en los artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, 248.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial, 218.1, 236.2 y 348 de la Ley de enjuiciamiento civil, así como de la jurisprudencia que la recurrente recoge, todo ello en relación con la falta de motivación de la valoración de la prueba que entiende en que ha incurrido la sentencia. El Tribunal Supremo afirma que:

“En el desarrollo del motivo no se alude a una falta de motivación de la sentencia, sino a que la misma ha realizado una valoración de la prueba arbitraria o irracional, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución y las reglas de la sana crítica en su razonamiento por entender que los terrenos cumplen con los requisitos necesarios para su clasificación como suelo urbano.”

En el motivo segundo, se aduce la recurrente infracción del principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución,

así como de las sentencias que invoca en cuanto entiende que se ha invertido la carga de la prueba de la existencia de los servicios urbanísticos exigidos por la legislación del suelo.

El Tribunal Supremo examina los dos motivos de manera conjunta y los desestima:

“En relación con los servicios necesarios para la calificación de los terrenos como urbanos, y pese a que en el planeamiento aparecen como suelos no urbanizables, es lo cierto que la citada calificación ha de atender a la naturaleza física del terreno, pues dicha clasificación constituye, como hemos dicho en reiterada doctrina de esta sala de la que es exponente la de 13 de abril de 2005 (RJ 2005, 5117), un imperativo legal, ya que no queda al arbitrio de la Administración planificadora el determinar la naturaleza de los terrenos sino que éstos han de ser definidos en función de la realidad de los hechos a la hora de considerar la suficiencia o idoneidad de los servicios urbanísticos de que debe estar dotado el suelo urbano.

“Como en esa sentencia ponemos de relieve, nuestra jurisprudencia no sólo considera necesarias, según decimos en sentencia, entre otras muchas de 2 de abril de 2002, las dotaciones esenciales de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, sino que precisa que las mismas han de poseer las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o haya de construirse; que tales dotaciones las proporcionen los servicios correspondientes y que el suelo se encuentre inserto en la malla urbana; es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua, energía eléctrica y saneamiento de que puedan servirse los terrenos, y que éstos, por su situación, no estén desligados del entramado urbanístico ya existente, insistiendo nuestra jurisprudencia, de la que son ejemplo las sentencias de 6 de marzo (RJ 1997, 1664), 26 de mayo (RJ 1997, 5920), 21 de julio (RJ 1997, 6049), 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8855) y 13 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3844), en la necesidad tanto de que los terrenos se encuentren insertos en la malla urbana como de que cuenten con los servicios apropiados, sin que sea suficiente que ocasionalmente tenga los servicios urbanísticos a pie de parcela porque pasen por allí casualmente, sino que deben estar dotados de ellos porque la acción urbanizadora haya llegado al lugar de que se trate.

“En el presente caso, la sala ha apreciado de la prueba practicada que las fincas no cuentan con los servicios, en los términos previstos por la doctrina de esta sala como necesarios para su calificación como urbanas, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta, además, que el propio perito en su informe pericial hizo constar, no que los terrenos tuvieran los servicios necesarios, sino que existían trazas periféricas de dichos servicios que se ubicaban a lo largo de la carretera, con la cual en gran parte colindan las fincas [...] según se deduce también del informe pericial esos servicios pasan ocasionalmente por la zona con que colindan las fincas, porque así lo exige la orografía del terreno, sin que los mismos puedan considerarse integrados en la malla urbana, puesto que la acción urbanizadora no ha llegado a ellos según el dictamen pericial, encontrándose dedicados a cultivos de huerta y formando parte de la vega arbolada de la ribera del río Urumea.”

Resulta por ello, asevera el Tribunal Supremo, que la apreciación del tribunal de instancia al no calificar los terrenos como urbanos en función del conjunto de elementos probatorios obrantes en las actuaciones y en el expediente ni puede ser calificada de ilógica o arbitraria ni ha infringido los preceptos del ordenamiento y la jurisprudencia que la recurrente invoca.

B) La pretendida valoración como si de terrenos urbanizables se tratara

En el motivo casacional sexto se argumenta que la valoración de los terrenos debía realizarse como si de suelo urbanizable se

tratase, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 6/1998, y entiende el recurrente que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva al no atenderse a su pretensión de valoración del suelo como urbanizable por tratarse de un sistema general de interés local que crea ciudad y que forma parte de la red interna del municipio de Astigarraga:

“El motivo también ha de rechazarse por cuanto que la sentencia no ha incurrido en la incongruencia mencionada, ya que dedica el fundamento de derecho tercero a analizar si los terrenos han de ser clasificados como suelo urbanizable.

“[...] La jurisprudencia de esta sala, como recogemos en la sentencia de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1920) invocando la de 11 de enero de 2006 (RJ 2006, 1156), exige que, cuando se trata de una vía interurbana, como es el caso, la misma ha de estar integrada dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en el Plan de ordenación del mismo, en cuyo caso ha de aplicarse el criterio de valoración como si de suelo urbanizable se tratara, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que la finca está clasificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal, supuesto éste concurrente en el presente caso.

“La doctrina que antes recogíamos se completa con la que establecen las sentencias de esta sala de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 705) y 22 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9435), según las cuales la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengán clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquellas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión, con la posible excepción que se fija en las sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7463), entre otras, en relación con la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas, aun cuando afecten a términos municipales distintos, en que habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad.

“Como declaramos en aquella sentencia que venimos recogiendo de 11 de enero de 2006 (RJ 2006, 1156), partiendo de tales premisas es evidente que la determinación de si la finca sobre cuya valoración se discute en casación constituye o no suelo urbanizable, como incluida dentro del sistema general en que concurren los requisitos antes mencionados, constituye una apreciación de hecho, cuya determinación en exclusiva y valoración compete al tribunal de instancia y que, conforme a reiterada doctrina de esta sala, solamente puede ser discutida en casación alegando que dicha valoración efectuada por el tribunal de instancia ha infringido preceptos sobre prueba tasada o resulta ilógica o arbitraria.

“En el presente caso no se cuestiona la valoración de los hechos que efectúa el tribunal de instancia, sino que se alega incongruencia de la sentencia que, como se deduce de su fundamento de derecho tercero, no existe, puesto que, en forma adecuada o no al planteamiento del recurrente, el tribunal valoró la jurisprudencia de esta sala sobre sistemas generales en general y, en concreto, sobre la incidencia de la existencia de la variante y la ubicación de las fincas y si, conforme a dicha apreciación, los terrenos debían ser valorados como urbanizables o no urbanizables, llegando a la conclusión, que permitió afirmar la correcta valoración efectuada por el jurado sobre la base de suelo no urbanizable.

“Aunque de lo anterior se deduce que el recurrente no invoca motivo con base en lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88 de la Ley de la jurisdicción que permita cuestionar la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, es lo cierto que dicha valoración ha de reputarse correcta si se tiene en cuenta que uno de los motivos determinantes de la negativa a la aprobación inicial, en la parte que afecta a la zona expropiada, de las normas subsidiarias del planeamiento fue, precisamente, la existencia de la rotonda que, incluida en dichas normas subsidiarias, entendió la Diputación Foral que debía acomodarse en su trazado a los términos previstos por la propia Diputación, que ya, según resulta del expediente, el 1 de octubre de 1996, es decir, un año antes de la aprobación de dichas normas subsidiarias, había sometido a información pública y aprobado definitivamente el 3 de marzo de 1998 la necesidad de ocupación de los terrenos para el establecimiento de la variante que da lugar a la expropiación dentro de la cual se comprende la rotonda construida sobre parte de los terrenos expropiados.

“En definitiva, partiendo de tal circunstancias y de la ubicación física de dichos terrenos es evidente que la construcción de la variante en términos generales no sirve para crear ciudad

en los términos a que se refiere nuestra jurisprudencia, ni la concreta rotonda puede entenderse incluida en la red viaria municipal, con independencia, naturalmente, de que en función de la finalidad de su construcción como carretera integrada en la red comarcal sirva para aliviar el tráfico que antes discurría, al parecer, por la carretera G-131, lo que ha permitido que se haya solicitado su transferencia al municipio para integrarla en su red viaria, pero naturalmente ello en modo alguno justifica la pretensión de valorar los terrenos sobre los que la variante se construyó como una vía de comunicación con todos los requisitos exigidos por la doctrina de esta sala para su valoración como tal, puesto que, esencialmente, no contribuye a crear ciudad en los términos antes mencionados, sino exclusivamente a facilitar el flujo de circulación minorando, como resulta de cualquier obra de intercomunicación supramunicipal, la densidad de tráfico existente dentro de los municipios afectados.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima el recurso, ya que no se deduce que la sala haya incurrido en la incongruencia denunciada ni tampoco se ha denunciado por vía correcta a efectos casacionales una apreciación de la prueba por el tribunal de instancia que merezca su revisión por esta sala.

3. Contratación del sector público

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La inclusión en un determinado pliego de prescripciones técnicas de la duración de un contrato administrativo, que es uno de sus elementos jurídicos esenciales, es de todo punto impropia.

Si el ayuntamiento tolera que la concesionaria siga utilizando en su exclusivo provecho terrenos de dominio público, y el uso privativo tolerado no lleva aparejada una contraprestación, se produciría un enriquecimiento injusto del concesionario y un correlativo empobrecimiento del ayuntamiento, situación esta que el Código Civil veda en su artículo 1887, y que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene aplicando con toda normalidad en el ámbito de la contratación administrativa

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de Madrid dictó sentencia el 12 de junio de 2007, estimatoria del recurso deducido por una empresa de publicidad contra la desestimación presunta del recurso de reposición deducido contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda de 5 de septiembre de 2005, relativo a la “Propuesta de aprobación de inicio de expediente de subsanación de errores, finalización del contrato de concesión de la instalación y explotación de carteleros publicitarios de gran formato en terrenos de dominio público y patrimonial del municipio de Majadahonda y reclamación de cantidades adeudadas por el contratista”.

La sentencia anula la resolución, declara que el plazo de duración de la concesión es de cinco años, contados a partir de la adjudicación definitiva, prorrogables por períodos de tres años en las mismas condiciones, si cualquiera de las partes no lo comunica fehacientemente a la otra en sentido contrario con seis meses de antelación a la fecha de finalización, declarándose asimismo la improcedencia en este momento del desmontaje de las carteleros, así como que no procede satisfacer cantidad alguna en concepto de canon económico, mientras el contrato esté en vigor.

El Ayuntamiento de Majadahonda interpuso un recurso de apelación contra la sentencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).
Recurso de apelación 886/2007

FECHA: 3 de marzo de 2008

PONENTE: Ilmo. Sr. Rafael Estévez Pendás

DEMANDANTE: Empresa de publicidad

DEMANDADO: Ayuntamiento de Majadahonda

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 1281 al 1289 del Código Civil

DOCTRINA: La inclusión en un determinado pliego de prescripciones técnicas de la duración de un contrato administrativo, que es uno de sus elementos jurídicos esenciales, es de todo punto impropia. Si la duración del contrato aparece recogida en el pliego de cláusulas administrativas particulares del mismo contrato en términos distintos de la que aparece en el pliego de prescripciones técnicas, no se puede hablar en puridad de un conflicto de normas reguladoras del contrato que obligue al intérprete a optar por una u otra regulación, lo que sólo sería posible si las normas contradictorias se contuvieran en el mismo pliego de cláusulas administrati-

A) La prórroga prevista en el pliego de condiciones técnicas, en contradicción con el pliego de condiciones administrativas

El Ayuntamiento cuestiona en apelación, en primer lugar, la realidad de la prórroga tácita de la concesión para la instalación y explotación de carteleras de gran tamaño que la sentencia apelada considera producida. De hecho, “lo que se impugna por el Ayuntamiento de Majadahonda en apelación es la existencia de prórrogas en la concesión para la instalación y explotación de carteles en terrenos de dominio público de la citada corporación, y ello porque el reconocimiento de tales prórrogas en el pliego de condiciones técnicas que regía la contratación de la concesión, no puede prevalecer en ningún caso sobre lo previsto respecto de la duración de la concesión en el pliego de condiciones económico-administrativas, que es de preferente aplicación”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve la inexistencia de prórroga, de acuerdo con la argumentación que sigue:

“En la contratación administrativa, cuando determinadas cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas son contradictorias entre sí, al no establecer la legislación de contratos de las administraciones públicas reglas específicas para la interpretación de los contratos, habrá que estar a lo regulado al respecto en los artículos 1281 al 1289 del Código Civil, de aplicación supletoria en esta materia, y así lo reconoce sin fisuras la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando aborda las contradicciones entre diferentes cláusulas o la oscuridad o ambigüedad de determinadas cláusulas.

“[...] En el presente caso el problema no es tanto que una determinada cláusula sea ambigua u oscura, porque las cláusulas controvertidas no ofrecen duda en relación con lo que dispone cada una de ellas, sino que lo que sucede es que se contradicen frontalmente en lo relativo a la duración de la concesión.

“[...] es claro, patente y manifiesto que la duración de la concesión era de cinco años, y que no existían prórrogas tácitas de la referida concesión, y ello por las siguientes razones: 1ª. El pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato es el documento que contiene y define los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes de un contrato administrativo, y ello no sólo después de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, sino también en la legislación anterior, en concreto en el artículo 14 de la Ley de contratos del Estado de 1965, que es la que rige este concurso. Por su parte, el artículo 34 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento general de contratación, se pronuncia en idénticos términos que el artículo 14 de la Ley de 1965 [...]. Así las cosas, la inclusión en un determinado pliego de prescripciones técnicas de la duración de un contrato administrativo, que es uno de sus elementos jurídicos esenciales, es de todo punto impropia de tal pliego, de forma que si la duración del contrato aparece recogida en el pliego cláusulas administrativas particulares del mismo contrato en términos distintos de la que aparece en el pliego de prescripciones técnicas, no se puede hablar en puridad de un conflicto de normas reguladoras del contrato que obligue al intérprete a optar por una u otra regulación, lo que sólo sería posible si las normas contradictorias se contuvieran en el mismo pliego de cláusulas administrativas particulares, en cuyo caso el aplicador del Derecho sí tendría que elegir entre una y otra norma, [...].

“Por otra parte, tampoco comparte la sala el razonamiento de la sentencia apelada de que se puede deducir la existencia de la prórroga porque una vez concluido el 20 de diciembre de 1999 el plazo de cinco años de la concesión, el Ayuntamiento no hizo nada, y que si hubiera entendido la corporación que la concesión era de cinco años sin posibilidad de prórroga, la hubiera dado por finalizada en dicha fecha. El razonamiento anterior no es conforme a la lógica, porque para poder deducir el consenti-

vas particulares, en cuyo caso el aplicador del Derecho sí tendría que elegir entre una y otra norma.

Si el ayuntamiento tolera que la concesionaria siga utilizando en su exclusivo provecho terrenos de dominio público, y el uso privativo tolerado no lleva aparejada una contraprestación, se produciría un enriquecimiento injusto del concesionario y un correlativo empobrecimiento del ayuntamiento, situación esta que el Código Civil veda en su artículo 1887, y que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene aplicando con toda normalidad en el ámbito de la contratación administrativa.

miento del Ayuntamiento a la existencia de la prórroga por la inactividad de la corporación, primero tendría que ser posible la prórroga, lo que ya hemos visto que no es así.”

Por todo ello, el Tribunal Superior de Justicia concluye que procede la estimación del primer motivo del recurso de apelación del Ayuntamiento de Majadahonda, revocar la sentencia apelada, y desestima el recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia contra el punto segundo del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Majadahonda de fecha 5 de septiembre del año 2005, relativo a la comunicación al contratista de la finalización del contrato, producida con fecha 20 de diciembre de 1999, y la imposibilidad de su prórroga, así como la suspensión y paralización de toda actividad publicitaria relacionada con el objeto de dicho contrato.

Al revocar la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia entra a resolver el resto de cuestiones de fondo y pretensiones articuladas en la demanda formulada en primera instancia.

B) El plazo otorgado para retirar las carteleras

La sala considera que:

“aunque la concesión finalizaba el 20 de diciembre de 1999, y que desde ese momento hasta ahora lo único que había era una tolerancia de hecho, sin embargo ello no autoriza al Ayuntamiento a reducir el plazo de retirada de tres meses previsto en el pliego de condiciones económico-administrativas, plazo que no está condicionado a otra cosa que a que concurra la finalización del plazo de la concesión y las demás causas, de forma que si concluido el plazo de concesión el Ayuntamiento no comunica la conclusión al concesionario y tolera una situación de hecho, y sólo varios años más tarde le comunica que la concesión ha finalizado, sin duda el Ayuntamiento tiene derecho a recibir una contraprestación por el uso del espacio público que en esa situación de tolerancia realizó el concesionario, pero esto no le autoriza a reducir el plazo de retirada de tres meses previsto en el pliego, porque si el Ayuntamiento no comunicó al concesionario la finalización en el momento oportuno, ello es por su exclusiva responsabilidad.”

Por ello anula el punto tercero del Acuerdo impugnado de fecha 5 de septiembre del año 2005, en lo relativo a la concesión al adjudicatario de un plazo de treinta días para la retirada, plazo que será de tres meses, permaneciendo el resto del punto tercero igual, esto es, que en ese plazo de tres meses el adjudicatario debe proceder a la retirada de carteleras y vallas publicitarias y todo el material anexo y complementario utilizado en la prestación del servicio de publicidad, dejando los espacios publicitarios libres y expeditos a disposición del Ayuntamiento de Majadahonda, con apercibimiento de ejecución subsidiaria sin apercibimiento previo en caso contrario.

C) El pago del canon

Sostiene la empresa publicitaria que el pliego de condiciones económicas establecía expresamente que la contrapartida a cargo del concesionario podía ser en dinero o, parcial o totalmente, en servicios, y que esto último fue lo que el Ayuntamiento acordó al adjudicarle la concesión. El canon consistiría, por tanto, en una contraprestación por medio de servicios a cargo del concesionario y en una campaña publicitaria a favor del Ayuntamiento, por una cantidad anual de ambos conceptos de 9.048.000 pesetas, contraprestación esta que sustituía al pago en dinero del canon establecido. Esta sustitución del canon en dinero por determinados servicios impide, según la empresa publicitaria, que se le reclame una cantidad económica cuando el contrato expresamente dispuso una contraprestación en servicios.

El Tribunal Superior de Justicia, una vez queda acreditado que el Ayuntamiento nunca la requirió por el incumplimiento de la prestación durante la vigencia del contrato, y que la adjudicataria nunca cumplió con aquello a lo que estaba obligada, ni durante los cinco primeros años de la concesión ni después, en que según ella la concesión estaba prorrogada, examina "si, ante este incumplimiento, es posible que el Ayuntamiento le reclame el pago de la contraprestación en cuestión en una cantidad de dinero equivalente al importe en el que se valoraron los servicios anuales que integraban la contraprestación".

El Tribunal Superior de Justicia recuerda que "el Ayuntamiento no reclamó anualmente ni la prestación de los servicios ni el pago de su importe equivalente". Sin embargo, considera que "ello no impide que más tarde, cuando decide dar por concluido el contrato, reclame lo que se le debe, porque no hay ningún impedimento ni en la legislación aplicable, ni en los pliegos, ni en el contrato, que impida reclamar al Ayuntamiento el pago del canon anual, y el hecho de que la reclamación no se haga en su momento no lleva aparejado como sanción que ya no se pueda reclamar más tarde, que es en definitiva lo que de forma incorrecta sostiene la adjudicataria, porque el único requisito para la procedencia del pago no es otro que el uso del espacio público que se le cedió por el Ayuntamiento, y este uso privativo es indiscutible".

En cuanto al pago durante el período contractual, el Tribunal Superior de Justicia señala:

"Por otra parte, es cierto que habiendo finalizado la concesión el día 20 de diciembre de 1999 ya no es posible que el canon se abone por el adjudicatario mediante la contraprestación en servicios que se acordó, pero esta imposibilidad en modo alguno trae consigo, como pretende la adjudicataria, que se sustituya la contraprestación en servicios por su estricto equivalente

económico, porque si se aceptara esta peculiar tesis, al final la adjudicataria quedaría liberada del pago del canon, disfrutando gratuitamente del uso privativo del dominio público durante el plazo de duración de la concesión, lo que es una consecuencia manifiestamente inicua, por lo que en definitiva la sala estima conforme a Derecho que el importe del canon del período de cinco años de la concesión, se abone en este momento en dinero mediante el equivalente económico de las contraprestaciones acordadas."

En cuanto al pago del canon una vez finalizado el período contractual, establece:

"la reclamación del canon por el período en el que el concesionario siguió utilizando el dominio público municipal una vez extinguida la concesión, indudablemente es cierto que la cantidad correspondiente a ese período no puede denominarse 'canon económico del contrato de concesión', por la sencilla razón de que en ese período la concesión ya no existe, pero ello es un mero problema terminológico, porque lo cierto es que, por mucho que la concesión esté extinguida, lo cierto es que el Ayuntamiento tolera que la concesionaria siga utilizando en su exclusivo provecho esos terrenos de dominio público, y que por tanto la concesionaria percibe también, durante este período, el producto de las carteleras y vallas publicitarias, de forma que si ese uso privativo tolerado no llevase aparejada una contraprestación, se produciría sin duda un enriquecimiento injusto del concesionario y un correlativo empobrecimiento del Ayuntamiento, situación esta que el Código Civil veda en su artículo 1887, y que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene aplicando con toda normalidad en el ámbito de la contratación administrativa ya desde hace tiempo, por lo que en definitiva se considera conforme a Derecho que el Ayuntamiento perciba una cantidad en dinero equivalente a la contraprestación anual pactada durante la vigencia de la concesión (6.048.000 pesetas), por el uso tolerado de sus terrenos de dominio público por la antigua concesionaria, siendo ese importe anual correcto porque los beneficios para la concesionaria durante ese período de tolerancia de hecho son exactamente los mismos que los que tenía vigente la concesión."

Por todo ello, una vez revocada la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo, desestima el recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia por la recurrente en relación con la procedencia del canon económico reclamado por el Ayuntamiento, por ser conforme a Derecho, confirmando todos los puntos del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 5 de septiembre del año 2005, con excepción del punto tercero (plazo de tres meses para la retirada).

Tribunal Supremo. La legislación de contratos cuando regula la forma de presentación de los sobres con las ofertas no prohíbe, en absoluto, que el pliego de condiciones exija medidas adicionales que garanticen, además del secreto de las proposiciones, el anonimato de sus autores

SUPUESTO DE HECHO

La mercantil Sotogolf Costa, SA impugnó en vía contencioso-administrativa la resolución del concurso convocado para la adjudicación de los terrenos y aprovechamientos urbanísticos del área 022-T6, del Plan general de ordenación urbana de San Roque, adjudicando el concurso a la entidad Venta de Viviendas y Edificios Rehabilitados, SL.

Los argumentos de la impugnación fueron:

—La adjudicataria no había presentado su proposición bajo lema, lo que venía impuesto en la base tercera del pliego de condiciones, que regía el concurso.

—La adjudicataria no había presentado el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de los tres últimos ejercicios,

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 2119/2005
FECHA: 13 de febrero de 2008
PONENTE: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil
DEMANDANTE: Entidad mercantil
DEMANDADO: Ayuntamiento de San Roque
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 79.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, y artículo 80.1 de su Reglamento

sino la declaración del impuesto de sociedades de esos ejercicios.

–Comparando las proposiciones de la adjudicataria y de la impugnante, tanto respecto de las mejoras, los plazos de ejecución y las capacidades técnica y económica, la proposición de Sotogolf Costa, SA era más ventajosa, por lo cual el concurso no debió ser adjudicado a Venta de Viviendas y Edificios Rehabilitados, SL.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia, en fecha 19 de noviembre de 2004, en que estimó el recurso deducido por la entidad mercantil Sotogolf Costa, SA. En la sentencia estableció:

–Que la base tercera del concurso exigía la presentación de determinada documentación, y seguía diciendo que toda esta documentación vendrá nominada exclusivamente bajo un lema.

–La voluntad de la Administración no podía ser más clara. Por dos veces consecutivas impone a aquéllos que la documentación sea presentada exclusivamente bajo un lema, de suerte que no quedaba otra opción.

–Consta en el expediente que la asesoría jurídica de la entidad que resultó adjudicataria remita a un funcionario del departamento de contratación del ayuntamiento copia de los estatutos de la sociedad a los efectos del bastanteo de poderes, identificándose plenamente. La vulneración de la base del concurso resulta más que evidente.

–La base tercera exigía, entre la documentación que debía aportarse, los balances y cuentas de pérdidas y ganancias de los tres últimos ejercicios. La adjudicataria no lo acompaña y lo sustituye por el impuesto de sociedades de esos tres últimos ejercicios, hasta el punto de que el propio técnico municipal en su informe económico manifestó que el criterio de confección de esos estados en este impuesto (criterio fiscal) difiere del criterio de confección en las cuentas anuales (criterio mercantil). En todo caso, no deja de ser otro incumplimiento de la base del concurso, que por sí solo quizás carecía de trascendencia, aunque producía como consecuencia que no se comparara a todos los licitadores con base en los mismos documentos, y que unido a las otras vulneraciones señaladas arrojan una sombra de duda más que razonable y sugieren que la adjudicación de los terrenos y aprovechamientos urbanísticos aparecía ya decidida de antemano en favor de la codemandada.

La sala anula el acto administrativo y todos los demás que traigan causa del mismo, y ordena una nueva adjudicación del concurso respetando las bases establecidas en el pliego de condiciones.

Contra la sentencia, interponen un recurso de casación tanto el Ayuntamiento de San Roque como la codemandada-adjudicataria.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de San Roque y por la entidad mercantil Venta de Viviendas y Edificios Rehabilitados, SL, con expresa condena en las costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En el segundo motivo de casación del ayuntamiento se alega la infracción del artículo 79.1 de la Ley de contratos, del artículo 80.1 de su Reglamento y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pliego de condiciones, que constituye en palabras del Tribunal Supremo el meollo del asunto.

El Tribunal Supremo desestima el motivo de acuerdo con los siguientes razonamientos:

“A) Si alguno de los interesados no estaba de acuerdo con la exigencia contenida en la base 3ª del pliego sobre la utilización de un lema, debió impugnar el pliego. La presentación de la proposición ‘presupone la aceptación incondicionada por el

DOCTRINA: La legislación de contratos cuando regula la forma de presentación de los sobres con las ofertas no prohíbe, en absoluto, que el pliego de condiciones exija medidas adicionales que garanticen, además del secreto de las proposiciones, el anonimato de sus autores.

empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad alguna’ (artículo 79.1 del RDL 2/2000, de 16 de junio).

“B) Ese mismo precepto dispone en su inicio que ‘las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública’. De manera que el pliego de condiciones no puede infringir disposiciones de la Ley o del Reglamento, pero sí puede imponer mayores exigencias para lograr el secreto. El artículo 80 del Reglamento 1098/2001, de 12 de octubre, que regula la forma de presentación de los sobres, no prohíbe, en absoluto, que el pliego de condiciones exija medidas adicionales que garanticen, además del secreto de las proposiciones, el anonimato de sus autores.

“C) La base 3ª de ninguna manera establece un requisito de cumplimiento optativo o voluntario. Su literalidad excluye esa conclusión, pues por dos veces la exige, así: ‘Toda esta documentación vendrá nominada exclusivamente bajo un lema. En sobre aparte lacrado, identificado en su exterior exclusivamente bajo el mismo lema, se aportarán los siguientes documentos...’ Y esa exigencia venía complementada por la base 5ª, que prohibía las proposiciones por correo. Por lo tanto, no hay posibilidad alguna de considerar el requisito del lema como una mera opinión voluntaria para los concursantes.

“Y frente a ello no puede decirse:

“a) Ni que otros concursantes incumplieron también el requisito del lema, ya que ellos no resultaron ser adjudicatarios, y, además, un incumplimiento no se sana por otros.

“b) Ni que la exigencia de fianza contenida en la base 6ª invalida el requisito del lema. Sin embargo, un nombre no tiene por qué revelar un lema, y, en todo caso, la exigencia clara y terminante de éste no puede quedar desvirtuada por argumentos indirectos, ni por el hecho de que por otros documentos pueda llegar a saberse la identidad de los participantes, pues ello no permite relacionar cada propuesta con cada concursante.

“c) El ayuntamiento demandado, aquí recurrente, no puede calificar la exigencia del lema de ‘tamaño desatinado’, porque él fue quien aprobó el pliego. Si la exigencia del lema se consideraba inútil o inoperante, el pliego no debió ser aprobado como lo fue. Una vez aprobado, y con concursantes que cumplieron la exigencia en regla, no puede ser despreciada en perjuicio de algunos.”

En el tercer motivo se alega la infracción del artículo 11.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre libre concurrencia. El Tribunal Supremo no acepta el motivo, que afirma que tiene poco que ver con la cuestión debatida, porque:

“la libre concurrencia no queda disminuida por el hecho de que los pliegos de condiciones impongan requisitos suplementarios para garantizar el secreto. Fue el ayuntamiento quien lo impuso y fueron los concursantes (entre ellos, la adjudicataria) quienes lo aceptaron al presentar sus proposiciones.”

Por todo ello se desestiman los recursos de casación, con condena en costas.

4. Patrimonio de las administraciones públicas

Tribunal Supremo. El expediente que exige la legislación para, a través de la permuta, excepcionar la regla general de la subasta únicamente podrá considerarse cumplida cuando no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también cuando hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por las que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios

SUPUESTO DE HECHO

Una serie de particulares formulan un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella, adoptado en su sesión de fecha 17 de diciembre de 1993, relativo al contrato de "Permuta de terreno de propiedad municipal, sito en la plaza de la Victoria, esquina a calle Caballero, por cosa futura", celebrado con la entidad TENSA.

El recurso se resuelve por la sentencia de 31 de julio de 2003 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Málaga, que estableció desestimar las causas de inadmisibilidad invocadas por el Ayuntamiento de Marbella y por la mercantil TENSA, y desestimar el recurso contencioso-administrativo por lo recurrentes.

Contra esta sentencia se formula un recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El debate se centra sobre el segundo motivo de casación formulado. Los recurrentes entienden infringidos los artículos 83.2 de la LJCA de 1956 y 70.2 de la vigente LJCA. Argumentan la existencia de desviación de poder y fraude de ley, por cuanto se ha acudido a la figura de permuta de cosa futura con la finalidad desviada de evitar la licitación y contratar directamente con la entidad TENSA, ya que, en realidad, no se estaba ante un contrato de permuta de cosa futura, sino ante un pago en especie consistente en la realización de una obra que lo mismo que TENSA podría ejecutarla cualquier otro contratista, no concurriendo así la finalidad que justifica la ausencia de licitación, exponiendo que cualquier otro contratista podía haber ejecutado la obra incluso en un precio más barato para el ayuntamiento. Concluye señalando que la figura de la permuta se ha realizado con la finalidad desviada de evitar la licitación y realizar la adjudicación directa a favor de la entidad TENSA.

El Tribunal Supremo, para definir la desviación de poder, cita la STS de 16 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2901).

De esta sentencia transcribe lo siguiente:

"La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, y de este concepto legal la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características:

"a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la ley.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 773/2004

FECHA: 5 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Marbella

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 112.2 del RBEL, aprobado por el Real decreto 1372/1986, y artículo 70.2 de la LJCA

DOCTRINA: Concorre desviación de poder en una permuta porque se realiza el ejercicio de una potestad administrativa (consistente en la elección de la figura del contrato de permuta de cosa futura), para alcanzar un fin distinto (cual es adjudicar la realización de unas obras públicas a una entidad concreta, con posterior cesión a la misma de parte de lo edificado), introduciendo un elemento contractual que ha posibilitado la arbitrariedad en el ámbito de la disponibilidad de los bienes patrimoniales. El expediente que exige la legislación para, a través de la permuta, excepcionar la regla general de la subasta únicamente podrá considerarse cumplida cuando no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también cuando hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por las que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios.

"b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurrir en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta sala contenida, entre otras, en las sentencias de 5 de octubre de 1983 (RJ 1983, 4829) y 3 de febrero de 1984 (RJ 1984, 613).

"c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Adminis-

tracción, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido, precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la sentencia de 8 de noviembre de 1978.

“d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las sentencias de 30 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4611) y 10 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5396).

“e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la sentencia de 10 de octubre de 1987 (RJ 1987, 8334).

“f) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión, y el artículo 1214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal, y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.

“g) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas sentencias de esta sala (entre otras las de 6 de marzo de 1992 [RJ 1992, 1759], 25 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1191], 2 de abril [RJ 1993, 2755] y 27 de abril de 1993 [RJ 1993, 2866]), que insisten en que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine.”

El Tribunal Supremo, en el supuesto que examina, entiende que se ha producido por el Ayuntamiento de Marbella “el ejercicio de una potestad administrativa (consistente en la elección de la figura del contrato de permuta de cosa futura) para alcanzar un fin distinto (cual es adjudicar la realización de unas obras públicas a una entidad concreta, con posterior cesión a la misma de parte de lo edificado), generando, así, una conducta de desviación de poder, introduciendo un elemento contractual que ha posibilitado la arbitrariedad en el ámbito de la disponibilidad de los bienes patrimoniales”.

La concurrencia de desviación de poder la apoya también en jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (TJCE 2006, 213) (Endesa, SA contra Comisión), que sintetiza el concepto de desviación de poder:

“cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados

o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso.”

El Tribunal Supremo argumenta, asimismo, que, tal como ya señaló en la STS de 21 de marzo de 2000:

“no existe obstáculo para revisar en casación la conclusión a que el Tribunal de instancia ha llegado sobre la inexistencia de la arbitrariedad denunciada —que la desviación de poder implica— en la decisión administrativa impugnada, pues, si bien es cierto que en casación no pueden ser revisados los hechos declarados probados por el tribunal de instancia (a salvo la posible infracción de preceptos sobre valoración tasada de la prueba), también lo es que la arbitrariedad no es un hecho, sino una valoración jurídica de unos hechos, y la decisión arbitraria es aquella que procede sólo de la voluntad o del capricho y no de los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico, y para afirmarla o negarla hay que partir de unos hechos. Pues bien, éstos son intocables en casación, pero su evaluación es una operación exclusivamente jurídica, y, como tal, susceptible de revisión en este momento.”

Entre los datos que destaca el Tribunal Supremo para considerar que concurre desviación de poder, hay que destacar que:

“Lo más significativo es que no existe dato alguno objetivo que justifique la concreta elección de la recurrente, que, no se olvide, no es la propietaria de los terrenos, sino todo lo contrario. En la permuta, y más en el ámbito de los intereses públicos, la razón de ser de su viabilidad jurídica viene determinada por la concreta necesidad pública de un determinado bien de titularidad ajena al patrimonio municipal, pero, en el supuesto de autos, ninguna razón objetiva, experiencia técnica, habilidad específica o calificación profesional avalan la elección de la recurrida para la suscripción de un contrato de permuta, como no fuera la arbitraria voluntad municipal de que fuera ella —y no otra— la entidad a la que habría de permutarse el inmueble municipal a cambio, en parte, de la realización de unas obras y el abono de unas cantidades que, en principio, no se presentan como contraprestaciones contractuales personalísimas, específicas o genuinas sólo realizables por la entidad recurrida; mas al contrario, las mismas se presentan como prestaciones objetivamente ejecutables por cualquier entidad dedicada a la actividad constructora, a la se podría —y debería— haber elegido a través de un mecanismo contractual más objetivo que la particular elección llevada a cabo utilizando —con desviación de poder— el expediente contractual de la permuta.”

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye reiterando la interpretación que ya hizo en la STS de 15 de junio de 2002 (RJ 2002, 5932) del artículo 112.2 del RBEL, aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio —y no derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público—. Aquella sentencia estableció:

“La sala de instancia no niega que las corporaciones locales puedan disponer mediante permuta de sus bienes patrimoniales. Simplemente declara que la regla general es la enajenación mediante subasta, y que la permuta sólo es admisible previo expediente en el que queda asegurada su necesidad, expediente que en el caso presente no se ha observado [...], el significado de esa regla va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución. Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del ente local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes [...].

“Elo conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta únicamente podrá considerarse cumplida cuando no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad.

“Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por la que para dicha atención son más

convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo anula la sentencia y al resolver sobre el fondo anula el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella, adoptado en su sesión de fecha 17 de diciembre de 1993, relativo al contrato de “Permuta de terreno de propiedad municipal, sito en la plaza de la Victoria, esquina a calle Caballero, por cosa futura”, celebrado con la entidad TENSA, el cual deja sin efecto, así como la escritura pública de fecha 4 de marzo de 1994 en la que la misma se materializa.

5. Servicio público

Tribunal Supremo. Cuando en el depósito de bienes procedentes del lanzamiento por desahucio el ayuntamiento asume frente a la autoridad judicial una función de custodia de aquellos bienes, aceptando el requerimiento verbal de colaboración, sin efectuar reparo, debe responder ante la pérdida de éstos y no cabe alegar que los bienes tienen el carácter de abandonados

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Valencia denegó, mediante resolución de 2 de agosto de 1999, la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados a los bienes procedentes de un desahucio que se hallaban en custodia municipal.

La sentencia de 13 de junio de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó en parte el recurso interpuesto contra la anterior resolución. La parte dispositiva de la sentencia establece: estimar parcialmente el recurso planteado contra la resolución de 2 de agosto de 1999 del Ayuntamiento de Valencia desestimando la reclamación de responsabilidad patrimonial, que cuantifica en 80.000.000 millones de pesetas. a) Se estima el recurso y anula la resolución recurrida. b) Se condena al Ayuntamiento de Valencia a restituir a la parte actora los bienes, obras de arte y demás enseres de la relación presentada en el expediente administrativo el 11 de marzo de 1999 (folios 9 a 12 del expediente administrativo), en el plazo de dos meses a partir de la firmeza de la presente sentencia. c) Caso de no poder devolverlos en el plazo que se fija, deberá indemnizar a la parte demandante en 300.897,41 euros, cantidad que devengará el interés legal a partir de la fecha de la presente sentencia.

El Ayuntamiento de Valencia recurre en casación la anterior sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En el primer motivo de casación se denuncia la infracción del artículo 1781.1 del Código Civil, de los artículos 25.2.1) y 26.1 de la LBRL, del artículo 2.1.e) de la Ley 42/1975, sobre recogida y tratamiento de desechos y residuos sólidos urbanos, y del artículo 3.b) de la Ley 10/1998, de residuos.

El Tribunal Supremo desestima el motivo, en cuanto a la infracción del artículo 1781.1 del Código Civil, dada la realidad de los hechos. En concreto que:

“el oficial de la comisión D. Juan Enrique requirió la presencia del propio coordinador jefe del Servicio Común de Notificaciones y Embargos, D. José Enrique, que se desplazó personalmente a la vivienda para dirigir el lanzamiento y se puso en contacto con el Ayuntamiento de Valencia con el objeto de que éste les facilitara un lugar adecuado a las características de esos bienes para su depósito judicial. Fue de esta forma como el Servicio de Patrimonio Histórico y Cultural se hizo cargo del mismo y envió a la Contrata de Mantenimiento del Ayuntamiento Prieto, SA al frente de la cual estaba D. Rodrigo, con el objeto de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª). Recurso de casación 9596/2003

FECHA: 15 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Valencia

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1781.1 del Código Civil

DOCTRINA: Cuando en el depósito de bienes procedentes del lanzamiento por desahucio el ayuntamiento asume frente a la autoridad judicial una función de custodia de aquellos bienes, aceptando el requerimiento verbal de colaboración, sin efectuar reparo, debe responder ante la pérdida de éstos y no cabe alegar que los bienes tienen el carácter de abandonados.

hacerse cargo de los bienes para su posterior traslado a los depósitos del Ayuntamiento situados en las Torres de Serranos. Y los hechos llevan a la conclusión de que el Ayuntamiento, en definitiva, aceptó hacerse cargo de unos bienes de cuya procedencia y especial valor se le informó, con objeto de que los custodiara en un lugar adecuado a sus características ‘para su depósito judicial’, con lo que asumió dicha obligación de custodia y en su caso devolución, obligación que debía cumplir independientemente de su vestimenta jurídica.”

De todo ello se desprende, señala el Tribunal Supremo:

“que no existe ninguna infracción del mencionado artículo 1781.1 del Código Civil y que, en todo caso, de haberla, sería irrelevante para el resultado del pleito, porque la responsabilidad que declara la sala de instancia no es la de un mero depositario incumplidor sino la de una administración que, por unas razones u otras, a través de quienes la representan y tienen capacidad para obligarla, asume una obligación de custodia de unos bienes que debe entregar cuando, con justo título, le son requeridos y que, en caso de no hacerlo, debe indemnizar los daños y perjuicios que cause.”

En el segundo motivo del recurso de casación se denuncia la infracción del artículo 26.1 de la LBRL. En opinión del Ayuntamiento de Valencia:

–El indicado precepto sólo impone a los municipios la prestación del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos, pero no que los bienes procedentes de la prestación de tales servicios municipales queden constituidos en depósitos.

–El supuesto examinado no es asimilable a la retirada de vehículos de la vía pública, que sí constituyen depósito legal porque así lo señala el artículo 71.1 del RDL 339/1990, de 2 de marzo (Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial).

–Cuando el ayuntamiento recoge bienes procedentes de un lanzamiento por desahucio, actúa en cumplimiento de la obligación de limpieza viaria y de recogida y tratamiento de residuos (ex artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, en cuyo caso tales bienes tienen la consideración a todos los efectos de bienes abandonados y por tanto de residuos sólidos urbanos ya que, de acuerdo con el artículo 2.1.e) de la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, y 3.b) de la Ley 10/1998, que deroga la anterior, lo son los animales domésticos, así como los muebles, enseres y vehículos abandonados.

Añade el ayuntamiento recurrente que este criterio lo mantiene, también, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia que, en su acuerdo de 14 de abril de 1994, consideró que “si los bienes procedentes de un lanzamiento por desahucio no estaban ni embargados ni retenidos por el juzgado quedaba a criterio del ayuntamiento darles el destino que estimase oportuno”, así como que este criterio se ha visto ratificado por el artículo 703 de la LECivil, que dispone que “si en el inmueble que haya de entregarse hubiere cosas que no sean objeto del título, el tribunal requerirá al ejecutado para que las retire dentro del plazo que señale. Si no las retirare, se considerarán bienes abandonados a todos los efectos”.

Tampoco, por los hechos acontecidos, el Tribunal Supremo estima el motivo en cuanto a la infracción del artículo 26.1 de la LBRL. Argumenta:

“El Ayuntamiento efectúa aquí un razonamiento alambicado que acaba cayendo por su propio peso porque, mediante el mismo, pone de manifiesto la inaplicabilidad del mismo artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local, que denuncia como infringido ya que su aplicación está condicionada a que los bienes en cuestión puedan considerarse como ‘abandonados’, lo que, en el caso concreto, no acontece, pues todos los hechos y circunstancias demuestran lo contrario. En efecto, en el relato de hechos de la sentencia recurrida consta que el jefe del Servicio Común de Notificaciones y Embargos se puso en contacto con el Ayuntamiento de Valencia con el objeto de que éste les facilitara un lugar adecuado a las características de esos bienes para su depósito judicial. Luego el Ayuntamiento no puede pretender que se considere que tales bienes debían ser objeto de tratamiento como residuos sólidos urbanos y mucho menos que pudieran considerarse como abandonados, ya que lo que se pidió al representante del Ayuntamiento fue que facilitara un lugar adecuado a las características de esos bienes para su depósito judicial [lo que excluye radicalmente que pudiera considerarlos abandonados y por tanto la posibilidad de aplicación y, consecuentemente, de infracción de los artículos 2.1.e) de la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, y 3.b) de la Ley 10/1998, que deroga la anterior], y a eso es a lo que se obligó al hacerse cargo de ellos.”

Respecto a la afirmación del Ayuntamiento de Valencia de que “no hubo una petición de ‘auxilio a la justicia’, pues no consta ningún oficio del juez en que se requiera a la Alcaldía para colaborar en el lanzamiento, asumiendo la custodia de los bienes, y que de hecho el funcionario jefe del Servicio de

Notificaciones y Embargos se excedió en sus funciones, adoptando decisiones que no le correspondían ya que una mínima diligencia exigía suspender el lanzamiento y recabar la autorización judicial correspondiente”, el Tribunal Supremo califica la observación de desafortunada a la vista “de lo que ya declaramos en la sentencia de esta sala de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9370), antes citada, donde en contemplación de un supuesto muy similar, consideramos que el Ayuntamiento ‘asumió frente a la autoridad judicial una función de custodia de aquellos bienes, encuadrable en el deber de colaboración con la Administración de Justicia, de *auxilio a la justicia*’. Pero es que además resulta gratuita e irrelevante para esta causa, ya que el Ayuntamiento se hizo cargo de los bienes ante el requerimiento verbal de colaboración, sin efectuar reparo alguno. Y por cierto, nada impide que si el Ayuntamiento considera que su jefe del Servicio de Notificaciones y Embargos se excedió en sus funciones, adoptando decisiones que vinculan al Ayuntamiento y de las que efectivamente dimanaban obligaciones para el mismo, pueda proceder contra él en la forma legalmente o reglamentariamente prevista”.

En los motivos segundo y tercero, que el Tribunal Supremo desestima, se reafirma en la realidad del daño y la existencia de nexo causal entre éste y el funcionamiento del servicio público municipal.

En el motivo cuarto, se denuncia la infracción del artículo 141.3 de la LRJPAC. Sostiene el recurrente que, de acuerdo con dicho precepto, la indemnización debe venir referida al día en que la lesión efectivamente se produjo y, por tanto, debe ir referida al año 1995, cuando se produjo el lanzamiento y pérdida de los bienes. Y entiende que la sentencia lo infringe porque acepta una valoración practicada en el año 1998, que toma como valores de referencia los de mercado del año 1998, e incluso respecto de algunas pinturas lo actualiza conforme a su valor de mercado del año 2002. Añade que cuando la sentencia de instancia se refiere a actualización no estamos ante la actualización prevista en el artículo 141.3 de la LRJPAC, sino ante una modificación y fijación de su valor de mercado conforme al año 2002, como lo demuestra el hecho de que la valoración de ciertas pinturas en cuatro años (1998-2002) ha aumentado en casi diez millones de pesetas, a juicio del perito.

El Tribunal Supremo estima el motivo cuarto de la casación. Afirma en primer lugar “que, según ha proclamado reiterada doctrina jurisprudencial (valgan por todas las sentencias de 25 de septiembre de 2001 [RJ 2002, 461], 9 de octubre de 2001) la determinación del *quantum* indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulan la valoración de los medios probatorios”.

El Tribunal Supremo considera irrazonable la cuantificación llevado a cabo por la sentencia de instancia, porque:

“es preciso tener en cuenta que la sala ha considerado dos valoraciones: A) la efectuada por D. Carlos Daniel (acompañada a la demanda), que aplica un criterio de valoración que, afirma, está a caballo entre el valor de reposición de las piezas y el de venta en el mercado de ocasión, atendiendo para la tasación de los cuadros de firma singulares a los valores de cotización de enero de 1998, de donde resulta un importe total de tasación que asciende a 41.147.500 ptas. (247.301,46 euros), y B) la efectuada por el perito judicial que realiza su valoración en el año 2002 y toma como base la anterior tasación, por su rigor, a la que realiza pequeñas modificaciones para actualizarla, puesto que ‘han transcurrido cinco años desde que se efectuó’, arrojando un total de 300.897,41 euros. Es evidente que la sala, que, previamente, ha fijado la efectividad del daño a partir del 5.12.1997, no actúa razonablemente cuando fija la indemnización de acuerdo

con una valoración actualizada al año 2002, que no se corresponde con sus propias conclusiones acerca del momento en que el daño es efectivo, por lo que hay que concluir que la sentencia recurrida incurre, efectivamente, en la infracción denunciada del artículo 141.3 de la LRJPAC y en consecuencia el motivo debe ser estimado.”

La estimación de este motivo obliga al Tribunal Supremo a entrar a resolver la cuestión relativa a la cuantía de la indemnización. Lo hace del siguiente modo:

“Con carácter previo, hay que rechazar la pretensión del ayuntamiento recurrente en cuanto a que la indemnización venga referida al año 1995, fecha en que se produjo el lanzamiento y que, de acuerdo con los pronunciamientos de la sentencia recurrida, no constituye la fecha de efectividad del daño.

“Examinando la prueba existente en autos, integrada por los informes periciales aportados por las partes con tal carácter y

teniendo en cuenta que la efectividad del daño se produce a partir del 5 de diciembre de 1997, la sala estima que la valoración del perito D. Carlos Daniel, efectuada con referencia a enero de 1998, es adecuada para la determinación del *quantum* indemnizatorio, que por tanto se fija en la cantidad de 247.301,46 euros, cantidad que, al objeto de conseguir una plena indemnidad, habrá de ser actualizada, aplicando el interés legal del dinero, en ejecución de sentencia y hasta la fecha de la misma, todo ello con el límite de 300.897,41 euros que impone la prohibición de la *reformatio in peius* y con independencia de los intereses que procedan sobre la cantidad resultante hasta el completo pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Ley de la jurisdicción.”

Por ello, el Tribunal Supremo estima el recurso y anula la sentencia en lo relativo a la determinación del *quantum* indemnizatorio.

6. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

Tribunal Supremo. No puede obtenerse por silencio administrativo positivo la autorización autonómica para construir e instalar un complejo de golf, un club hípico, un hotel e instalaciones complementarias en suelo no urbanizable, cuando lo solicitado es contrario a Derecho en aplicación del artículo 23.2 de la LS 1992 (ahora incorporado al artículo 8 del Texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio)

SUPUESTO DE HECHO

Una entidad mercantil formula un recurso de casación contra la sentencia dictada en fecha de 28 de octubre por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestima el recurso formulado contra el acuerdo de la Comunidad Autónoma de Madrid de denegación de la autorización para construir e instalar un complejo de golf, club hípico, hotel e instalaciones complementarias en suelo no urbanizable.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid al desestimar el recurso contencioso-administrativo razonó que el silencio positivo no puede conducir a la producción de actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual no se produjo en el caso estudiado, tanto por ser el proyecto lesivo para el medio ambiente como por ser contrario a las normas urbanísticas de Villaviciosa de Odón.

Lo primero, porque la Agencia del Medio Ambiente, en su informe, consideró inaceptable el proyecto porque implicaba la utilización de todo el efluente producido por la depuradora municipal y ello dejaría sin caudal al Arroyo de la Vega, y porque la situación y magnitud de las obras de fábrica y la creación de embalses y láminas de agua resultan claramente perjudiciales para el medio ambiente y determinantes de impactos críticos sobre el territorio.

Lo segundo, porque el suelo donde se pretende construir el complejo está clasificado como suelo “no urbanizable especialmente protegido por interés forestal”, y el artículo 8.8.5 de las Normas Urbanísticas del Plan sólo permite la implantación en él de edificaciones e instalaciones de utilidad pública e interés social cuando no sea posible hacerlo en suelo no urbanizable común y no afecten negativamente al aprovechamiento forestal. Por todo lo cual no puede acogerse la tesis de haberse obtenido la autorización por silencio positivo.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 1275/2004

FECHA: 27 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Pedro José Yagüe Gil

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Comunidad Autónoma de Madrid

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23.2 de la LS 1992, ahora incorporado al artículo 8 del Texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio

DOCTRINA: No puede obtenerse la autorización autonómica para construir e instalar un complejo de golf, un club hípico, un hotel e instalaciones complementarias en suelo no urbanizable, cuando lo solicitado es contrario a Derecho en aplicación del artículo 23.2 de la LS 1992 (ahora incorporado al artículo 8 del Texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio), que establece: “En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.

El Tribunal Supremo establece que:

“la sala de instancia ha respondido debidamente a esta argumentación, con razones que la parte recurrente ignora: la autorización no pudo obtenerse por silencio positivo porque lo que se solicitaba era contrario a Derecho (artículo 23.2 del Texto refundido de la Ley del suelo de 26 de junio de 1992, precepto no afectado de inconstitucionalidad), conforme a lo dicho. Y debe tenerse presente que la autorización a otorgar por la comunidad

autónoma en la fase regulada en los artículos 44.2 y 45 del Reglamento de gestión urbanística, no es un acto de fiscalización de una actuación previa municipal, porque, según el artículo 44.2, hasta ese momento la única actuación municipal es un informe con el que se ha elevado el expediente a la comunidad autónoma; se trata de un acto propio y específico de la comunidad autónoma, que tiene una finalidad singular, a saber, 'valorar

la utilidad pública o el interés social de la edificación o instalación [...] y las razones que determinan la necesidad de emplazarse en el medio rural"; en esas finalidades, la comunidad autónoma no fiscaliza ninguna actuación municipal (que no existe todavía) sino que dicta un acto propio."

Por ello el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. El plazo para recurrir un acuerdo de suspensión de licencias adoptado como consecuencia de la aprobación de un plan urbanístico se inicia el día siguiente de su publicación en los diarios oficiales, todo ello sin perjuicio que el acuerdo se notifique individualizadamente a los solicitantes de licencias en trámite.

Es inviable la obtención de licencias urbanísticas por silencio sin que se hayan emitido los informes jurídicos y técnicos (en contra un voto particular, que considera que una cosa es la imposibilidad de adquirir por silencio licencias en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial, y otra muy distinta es que la omisión de trámites en el procedimiento, en este caso de informes preceptivos, conlleve un obstáculo insalvable para la producción de los efectos del silencio)

SUPUESTO DE HECHO

Construcciones y Promociones Tinamar, SL formuló un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Haria, adoptado en la sesión plenaria extraordinaria de 4 de junio de 2004, de "suspensión del otorgamiento de licencias en las áreas determinadas en el informe técnico" y de notificación "de dicho acuerdo a los interesados que hubiesen solicitado licencias en las citadas zonas con anterioridad a la adopción del mismo" y de publicación "en el *Boletín Oficial de la Provincia*, así como en el de la Comunidad Autónoma de Canarias".

El acuerdo fue notificado a la entidad Construcciones y Promociones Tinamar, SL el 18 de junio de 2004 y fue publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas* número 75, de 23 de junio de 2004.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, de 27 de marzo de 2006, declaró inadmisibile el recurso. La sentencia computa el plazo para la interposición del recurso no desde la publicación del acuerdo, sino desde que se le notificó personalmente a la entidad recurrente el día 18 de junio de 2004.

Construcciones y Promociones Tinamar, SL impugna la sentencia en apelación porque considera que el recurso se interpuso en plazo, si se toma en consideración la última publicación del acuerdo de suspensión del procedimiento de otorgamiento de licencias en el *Boletín Oficial de Canarias*, que se produjo en virtud del acuerdo de corrección de errores de 2 de septiembre de 2004.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias revoca la sentencia, declara que no existe causa de inadmisibilidad y resuelve sobre el fondo estableciendo que las licencias objeto de litigio habían sido otorgadas por silencio administrativo positivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias declara admisible el recurso por el hecho de que el acuerdo de suspensión de licencias deriva de la aprobación inicial de un plan especial de infraestructura ferroviaria, que tiene carácter normativo. El Tribunal Superior de Justicia lo razona, sin precisar si el acuerdo de suspensión recurrido tiene carácter normativo, del siguiente modo:

"el acuerdo de suspensión de licencias adoptado por el Ayuntamiento de Haria se adopta al amparo del artículo 28.3 del

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2a). Recurso de apelación 63/2007

FECHA: 10 de enero de 2008

PONENTE: Excm. Sra. Inmaculada Rodríguez Falcón

DEMANDANTE: Particulares

DEMANDADO: Ayuntamiento de Haria (Lanzarote)

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 28.3 del Decreto legislativo canario 1/2000, de 8 de mayo (TRLOTENC)

DOCTRINA: El plazo para recurrir un acuerdo de suspensión de licencias adoptado como consecuencia de la aprobación de un plan urbanístico se inicia el día siguiente de su publicación en los diarios oficiales, todo ello sin perjuicio que el acuerdo se notifique individualizadamente a los solicitantes de licencias en trámite.

Es inviable la obtención de licencias urbanísticas por silencio sin que se hayan emitido los informes jurídicos y técnicos (en contra un voto particular, que considera que una cosa es la imposibilidad de adquirir por silencio licencias en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial, y otra muy distinta es que la omisión de trámites en el procedimiento, en este caso de informes preceptivos, conlleve un obstáculo insalvable para la producción de los efectos del silencio).

Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo de 2000 [...]. Aunque se haya dispuesto la notificación personal además de la publicación, el plazo para la interposición del recurso se cuenta a partir de la última publicación. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005 destacó que 'con las precisiones que a esa doctrina se deben hacer, pues en ningún caso excusa de proceder a la notificación de los actos y resoluciones a los interesados, lo cierto es que estamos, como todas las partes acertadamente

admiten, en presencia de disposiciones de carácter general [...], estableciendo concretamente que para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial que corresponda.

“La inexcusable publicidad de las normas ha sido consagrada por el artículo 9.3 de la Constitución y representa un principio general del Derecho incorporado a los textos constitucionales, tradicionalmente exigido por nuestro Código Civil. En consecuencia, siendo los planes especiales de infraestructura ferroviaria disposiciones de carácter general, no cabe aplicar, para decidir sobre la extemporaneidad o no de la acción ejercitada frente a ellos, la doctrina relativa al cabal conocimiento de su contenido y alcance, pues el cómputo para el ejercicio de acciones jurisdiccionales frente a tales disposiciones de carácter general debe hacerse a partir de la fecha de su publicación en los respectivos diarios oficiales.”

La declaración de admisibilidad del recurso conlleva que el Tribunal Superior de Justicia resuelva sobre el fondo en el que se plantean dos cuestiones: a) si el apelante ha adquirido por silencio administrativo las licencias solicitadas correspondientes a los expedientes L 14/03 y L 29/03, y b) si los efectos de la suspensión de licencias se inician a partir de la publicación del acuerdo en el *Boletín Oficial de Canarias* y alcanzan de forma retroactiva a las solicitudes anteriores de licencia que se hubieran efectuado en el plazo de tres meses a partir de esa publicación.

A) En cuanto a la adquisición por silencio de la licencia solicitada, el Tribunal Superior de Justicia afirma:

“Esta sala ha señalado que se puede otorgar u obtener por silencio sólo aquello que se puede otorgar expresamente por ser conforme a Derecho. En la sentencia de dieciséis de abril de dos mil siete dictada por esta sala en el recurso número núm. 55/04, además, dijimos que para que existiese silencio positivo era necesario que no sólo el vencimiento del plazo, que la solicitud inicial se formule correctamente, la observación del procedimiento, y que lo solicitado o interesado sea conforme con la normativa sectorial de específica aplicación al caso. Lo que debe ser conectado con el artículo 62.1.f) de la LRJAPAC, que declara nulos de pleno derecho los actos expresos y presuntos contrarios al ordenamiento jurídico.

“Así, si bien es cierto que se admite por algunos tribunales superiores de justicia, en base a la revisión de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, el silencio incluso *contra legem* [...].

“Así, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de noviembre de 2005, ‘La institución del silencio administrativo no está para obviarla cuando es desfavorable para la Administración, sino que entra en juego cuando la Administración no cumple sus deberes para con el ciudadano que reclama una decisión. Ahora ya no es aplicable la máxima jurisprudencial de no se puede adquirir por silencio aquello a lo que no se tiene derecho. Vemos que el derecho en este caso ha pasado a un segundo lugar’; y la sentencia del STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 2002, ‘el carácter positivo del silencio en caso de resolución tardía del recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por silencio de una solicitud. Por tanto, la única alternativa que cabe a la Administración es, una vez producido el silencio positivo, acudir a los procedimientos de revisión previstos en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992 si entiende que concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992’.

“Por tanto, estas sentencias, en base a la modificación legislativa operada por la Ley 4/1999, consideran que la única posibilidad es estimar el silencio positivo sin revisar el contenido del acto, y remitiendo a la Administración, si lo considera conveniente, a la revisión de oficio de sus actos.

“Con ello estas sentencias se apartan de la corriente jurisprudencial que estimaba que no puede apreciarse un silencio admini-

nistrativo positivo en el caso de autos, por cuanto, siendo creado el silencio por la Ley, difícilmente podría aceptarse que por esta vía pudiera obtenerse lo que la Ley prohíbe. Así, podemos concluir que el silencio suple el acto expreso, pero, dentro de los límites de la Ley [artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992]. Como dijo esta sala en la sentencia de 6 de octubre de 2003 (PROV 2004, 26087), ‘no puede entenderse concedido por silencio positivo, lo que es ilegal otorgar expresamente’.”

Todas las anteriores consideraciones las trae a colación el Tribunal Superior de Justicia porque entiende “inviabile la obtención de licencia sin que existan los informes jurídicos y técnico”.

Cita la apelación 48/2007, en la que el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias desestimó la existencia de silencio porque:

“el expediente adolece aún así de unos requisitos que harían inviable el otorgamiento de la licencia por un tribunal, cuales son la ausencia de informe técnico o jurídico, por lo que se contraviene el artículo 166.5 del TRLOTENC, que exige que en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas la inclusión de los informes técnico y jurídico de los servicios municipales sobre la conformidad del acto pretendido con la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística aplicable. La sentencia dictada por esta sala en el recurso contencioso-administrativo número 1695/2000, de 31 de julio de 2005, SIC (PROV 2005, 272168) declaró que la ausencia del informe jurídico municipal ha sido valorada en ocasiones por la sala como una causa de anulabilidad y no de nulidad radical (recurso contencioso-administrativo 158/2002, se valoró la circunstancia de encontrarnos ante un proyecto de ejecución y que ningún precepto de la Ley lleve a catalogar tal omisión como un motivo de nulidad radical, ni se trate de un informe vinculante).”

El Tribunal Superior de Justicia concluye que:

“si este tribunal viene anulando las licencias otorgadas expresamente, y declarando que no pueden ser concedidas por carecer entre otros de informes técnicos y jurídicos, es claro que no procedería su otorgamiento expreso, y en consecuencia no deben entenderse otorgadas por silencio administrativo. En el caso enjuiciado y de los antecedentes fácticos transcritos se constata la ausencia de informe jurídico emitido por el asesor jurídico del Ayuntamiento.”

Para concluir establece que no puede apreciar que existe un silencio positivo y se refiere expresamente al Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1658), que establece:

“La línea jurisprudencial seguida en relación con esta cuestión es antigua, constante y permanece en la actualidad, pese a las diversas regulaciones que sobre el silencio administrativo se han producido, tanto en el ámbito estrictamente procedimental como en el urbanístico. Esto es, la jurisprudencia (y posteriormente la ley) se ha encargado de corregir el efecto automático del silencio positivo entendiendo que (STS de 28 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 9030]) no pueden entenderse legalizadas por esta vía actuaciones enfrentadas con claridad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.”

El fallo de la sentencia estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3, que es revocada en cuanto inadmitió el recurso, y desestima el recurso interpuesto contra los actos impugnados.

Voto particular, que formula el magistrado Ilmo. Sr. César José García Otero (que era inicialmente el ponente de la sentencia)

El magistrado matiza el razonamiento de la revocación de la sentencia que declaró inadmisibile el recurso (que se refería al carácter normativo del plan especial cuya aprobación conllevó la suspensión de la licencia). El magistrado señala que sostuvo

desde el primer momento que, por previsión legal, la publicación es requisito de eficacia de los acuerdos de suspensión de licencias, lo que significa que el plazo para recurrir en sede judicial no comenzó a correr hasta que se produjo la publicación en la forma exigida por el artículo 14.6, párrafo 3, del TRLOTCyENC.

Su razonamiento es más preciso que el de la sentencia:

“Así las cosas, aunque no estamos ante una determinación asimilada a disposición general, sino ante un acto administrativo con pluralidad de destinatarios (nos referimos al acuerdo de suspensión de licencias) es exigible la publicación del acuerdo, tal y como establece el artículo 28.3 del TRLOTCyENC [...] por previsión legal la publicidad es aquí un requisito para la eficacia del acto cuando se trata de acuerdos de suspensión del otorgamiento de licencias [...]. Es decir, al igual que la notificación a los interesados es requisito de la eficacia de los actos administrativos (artículo 58.1 de la LRJ-PAC) también la publicación se convierte en requisito de eficacia de aquellos actos administrativos para los que el procedimiento prevea dicho medio de comunicación, como ocurre en el caso, en el que el acto administrativo es un acuerdo de suspensión del procedimiento de otorgamiento de licencias, que por mandato legal (artículo 14.6, párrafo 3, del Texto refundido), debe ser publicado, lo que significa que su eficacia queda pendiente de la publicación, y, corolario de ello, que el plazo para la interposición de los recursos que procedan no se inicia hasta el cumplimiento del requisito de eficacia del acto, en este caso, la publicación. Por tanto, es claro que el recurso Contencioso-Administrativo se interpuso en el plazo de dos meses desde la publicación a que se refiere el artículo 46.1 de la LJCA.”

Donde radica la discrepancia del magistrado, respecto de la sentencia es en “que más que centrar el debate en la legalidad de dichos actos, dirigen gran parte de su argumentación a poner de relieve que no es posible la producción de los actos de otorgamiento de las licencias por silencio, pues no cabe conceder por silencio positivo lo que es ilegal otorgar expresamente, concluyendo que, en aplicación de dicha doctrina, se convierte en inviable la obtención de las licencias de obras sin que existan los informes técnicos y jurídicos pues ello contradice el artículo 165.5 del TRLOTCyENC (fundamento cuarto). [...] En apoyo de esta conclusión, de imposibilidad legal de producción del acto presunto, se apunta que el informe jurídico hubiera revelado aspectos que, según opinan las magistradas firmantes, permanecen oscuros, relativos a la incidencia de la legislación sectorial de costas, a la titularidad e identificación catastral de las parcelas y cuestiones urbanísticas relativas a la necesidad de constancia del uso residencial de la vivienda o necesidad de planeamiento

municipal de desarrollo. Y, por último se introduce, como otro dato en contra del silencio, que la propia parte presentó el proyecto de seguridad y ejecución al Ayuntamiento en abril de 2004, lo que significa, según el razonamiento de la sentencia, que la propia parte consideraba dicha documentación necesaria para el otorgamiento de la licencia”.

El magistrado, en su voto particular, considera que:

“ni de la jurisprudencia de esta sala, en el sentido amplio del término jurisprudencia [...] ni los demás motivos en los que se basa la sentencia, impiden o constituyen una barrera a la producción de los efectos del acto por silencio en el caso concreto objeto de examen [...]. En el caso de licencias de obras, por previsión del legislador canario, que en este particular sigue las pautas de la legislación estatal anterior, el silencio tiene como límite que ‘En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias urbanísticas en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística o sectorial aplicables’. Pero una cosa es la imposibilidad de adquirir por silencio licencias en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial, y otra muy distinta es que la omisión de trámites en el procedimiento, en este caso de informes preceptivos, conlleve un obstáculo insalvable para la producción de los efectos del silencio (tesis de la sentencia). [...] podemos concluir, según entiendo, que para la producción del acto por silencio, en el ámbito del procedimiento de otorgamiento de licencias, basta con el transcurso del tiempo o plazo previsto, siempre que no conste claramente que la solicitud de licencia vaya en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial.

“Sin embargo, el quid de la cuestión es que esa posible resolución expresa y tardía, denegatoria de la licencia podrá basarse en que la solicitud es contraria a la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial, pero, a mi juicio, nunca podrá impedir la producción del silencio la falta de informes técnico o jurídico, cuya importancia no discute este magistrado, que está totalmente de acuerdo en que dichos informes, tras la entrada en vigor de la Ley de ordenación del territorio de Canarias, se convierten en trámite esencial de un procedimiento por previsión legal, pues el resto de los trámites se remiten al desarrollo reglamentario de la ley. De ahí que esta sala haya declarado en numerosas ocasiones que la falta de dichos informes constituye, en el ordenamiento jurídico canario, un vicio invalidante del acto, si bien esa importancia de los informes, y consecuencia de su ausencia, no es obstáculo impeditivo a la producción de los efectos del silencio.”

Tribunal Supremo. El derecho al vallado de las fincas es un derecho reconocido en el Código Civil y las restricciones que a tal derecho se impongan en los instrumentos de planeamiento urbanístico han de contar con el adecuado respaldo legal. La mera apelación a la función social del derecho de propiedad no otorga respaldo suficiente a la prohibición o la imposición de restricciones para vallar, ni puede establecerse en el planeamiento urbanístico sin ampararse en un precepto legal que le dé específica cobertura

SUPUESTO DE HECHO

La entidad Inmobiliaria Gallardo, SA interpuso un recurso contencioso-administrativo contra los actos del Ayuntamiento de Caldes de Malavella siguientes:

1. Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de 30 de diciembre de 1997 en el que se decide denegar la licencia para la realización de una obra de construcción de cierre en la finca Mas Punxo, dado que, en aplicación de la previsión del artículo 183 de las ordenanzas del Plan general –que exige que el cierre sea necesario para una explotación ganadera de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 6808/2003

FECHA: 4 de febrero de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas

DEMANDANTE: Entidad mercantil

DEMANDADO: Ayuntamiento de Caldes de Malavella

carácter intensivo–, sólo podrá obtenerse la autorización solicitada si se justifica previamente la obtención de licencia para el establecimiento, apertura y entrada en funcionamiento de una explotación de esta clase. En todo caso, la licencia que pueda otorgarse en el futuro no permitirá cortar la circulación, tanto rodada como peatonal, por el camino público que discurre entre las dos fincas donde se pretende ubicar el cierre.

2. Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 7 de enero de 1998, en el que se dispone suspender el otorgamiento de licencias de edificación y de actividad destinadas a uso ganadero en suelo no urbanizable a fin de estudiar la reforma del planeamiento vigente por lo que hace a las condiciones de implantación de estos establecimientos.

3. Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 15 de enero de 1998, en la que se resuelve acordar la interrupción del procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas y de actividad en trámite.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña –Sección Segunda– dictó sentencia el 10 de junio de 2003, parcialmente estimatoria del recurso. La sentencia estima el recurso en lo que se refiere al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, en el que se decidía suspender el otorgamiento de licencias de edificación y de actividad destinadas a uso ganadero en suelo no urbanizable, pero no la denegación de la licencia de vallado.

La entidad mercantil recurre en casación la sentencia, en cuanto que no anula la denegación de la licencia de vallado de la finca, sobre la base de:

–La vulneración de lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53 del mismo texto, y de los artículos 348 y 388 del Código Civil, al haber sido vulnerado el contenido esencial del derecho de propiedad por haber restringido, más allá de lo que un propietario está obligado a soportar, las facultades de uso y disfrute inherentes a dicho derecho, con infracción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

–La vulneración de lo dispuesto en los artículos 44.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo, o, en su caso, de los artículos 106.2 de la Constitución, 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 2 del Real decreto 429/93, de 23 de marzo, y 43 de la mencionada Ley 6/1998, al desestimar la pretensión de indemnización por daños y perjuicios causados.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil recurrente, casa la sentencia impugnada y estima en parte el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo examina la vulneración de lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53 del propio texto constitucional, y de los artículos 348 y 388 del Código Civil. La sentencia recurrida invoca el artículo 33 de la Constitución para destacar que, puesto que la función social de la propiedad es la que delimita el contenido de ese derecho, de acuerdo con las leyes, y que la previsión del artículo 183 de las normas del Plan general referida al suelo no urbanizable está orientada a la protección y preservación del entorno natural y responde al intento de superar una visión decimonónica del derecho de propiedad y contrapuesta a una perspectiva sensible a la función social.

Para el Tribunal Supremo:

“la mera apelación a la función social del derecho de propiedad no otorga respaldo suficiente a las severas restricciones que se imponen en el artículo 183 de las normas urbanísticas en lo que se refiere al vallado de fincas situadas en suelo no urbanizable [...]. Por más que la sentencia recurrida explique sus

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 33 de la Constitución, en relación con el artículo 53 del mismo texto, y artículos 348 y 388 del Código Civil
DOCTRINA: El derecho al vallado de las fincas es un derecho reconocido en el Código Civil y las restricciones que a tal derecho se impongan en los instrumentos de planeamiento urbanístico han de contar con el adecuado respaldo legal. La mera apelación a la función social del derecho de propiedad no otorga respaldo suficiente a la prohibición o la imposición de restricciones para vallar, ni puede establecerse en el planeamiento urbanístico sin ampararse en un precepto legal que le dé específica cobertura.

razonamientos como un intento de ‘superar una visión decimonónica anclada en el pasado’, es lo cierto que las disposiciones del Código Civil que invoca la recurrente no pueden ser ignoradas; ni cabe tachar sin más de ser contrario a la función social de la propiedad el ejercicio del derecho a cercar o cerrar las heredades que el artículo 388 del citado Código reconoce al propietario. No se cuestiona aquí que el ejercicio de ese derecho está sujeto a licencia –en ese sentido se pronuncian con claridad las sentencias de esta sala de 5 de febrero de 1996 (casación 821/91) y 15 de octubre de 1998 (apelación 5966/92), entre otras–, pero, partiendo de que el mencionado derecho al vallado de las fincas cuenta con el sustento indudable del Código Civil, las restricciones que a tal derecho se impongan en los instrumentos de planeamiento urbanístico han de contar también con el adecuado respaldo legal.”

El Tribunal Supremo examina normas legales que podrían dar ese respaldo legal. En concreto, el artículo 138.b) de la LS 1992, cuya vigencia quedó expresamente salvada en la disposición derogatoria única de la LRSV 1998, que establece que “en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, [...] no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo”. Este precepto hoy está incorporado al artículo 10 del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo.

Concluye que:

“los instrumentos de planeamiento pueden regular las condiciones de vallado o imponer restricciones al derecho de los propietarios a cerrar sus fincas siempre que las limitaciones que por esa vía se establezcan tengan engarce en los preceptos citados o en otros de significado equivalente contenidos en la legislación urbanística que sea de aplicación. Pero tal engarce o respaldo normativo no se da en el caso que nos ocupa. En efecto, las restricciones que impone el artículo 183 de las normas urbanísticas del Plan general de Caldes de Malavella –que con carácter general excluye el cerramiento de las fincas situadas en suelo no urbanizable, salvo las destinadas a explotaciones ganaderas de carácter intensivo o para la protección de las viviendas, y esto último con limitaciones en cuanto a la longitud perimetral del vallado– van considerablemente más allá de lo que aquellas disposiciones legales permiten; y, al mismo tiempo, son restricciones de tal entidad que desnaturalizan o vacían de contenido el derecho reconocido en el ya citado artículo 388 del Código Civil.”

El Tribunal Supremo anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y estima en parte el recurso, dado que la anulación del acuerdo municipal de 30 de diciembre de 1997 no comporta el reconocimiento del derecho de la recurrente a que le sea otorgada dicha licencia sino la procedencia de que el

Ayuntamiento de Caldes de Malavella resuelva la solicitud con arreglo a los preceptos de la legislación urbanística que contienen reglas de aplicación directa, sin tomar en consideración el artículo 183 de las normas urbanísticas del Plan general que el Tribunal Supremo ha considerado contrario a Derecho.

Tribunal Supremo. La concesión otorgada por un ayuntamiento que permite el uso privativo de un terreno calificado como espacio libre en el planeamiento no permite que el uso concreto sea contrario al planeamiento urbanístico, extremo que a su vez permite que la comunidad autónoma, ante la pasividad municipal, instruya y resuelva el procedimiento para restaurar el orden jurídico infringido sin necesidad de utilizar la vía prevista en el artículo 65 de la LBRL, por la especialidad y aplicabilidad preferente de la norma sectorial urbanística

SUPUESTO DE HECHO

Un particular formula un recurso de casación contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2003 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), que desestimó el recurso formulado contra la resolución de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de fecha 8 de enero de 2002, por la que se acordó el cese de la actividad llevada a cabo por el recurrente consistente en el almacenamiento de materiales de construcción en una parcela destinada por el planeamiento urbanístico a zonas de áreas libres en la barriada La Resolana de Salteras (Sevilla). El recurrente era titular de una concesión administrativa otorgada por el Ayuntamiento para el uso privativo del terreno.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sentencia de instancia desestimó el recurso con la siguiente argumentación:

“los términos de la resolución son suficientemente claros como para evitar una confusión como la padecida por la parte actora; dicha resolución no procede a anular o dejar sin efecto la concesión a favor del actor otorgada por el Ayuntamiento de la citada parcela, sino en exclusividad se limita en un procedimiento *ex profeso* de protección de la legalidad urbanística, a restaurar el orden urbanístico alterado. Así es, el hecho de que el actor tenga otorgada la referida concesión, no obsta a que el uso que haya de hacerse de la parcela se someta a las determinaciones legales. La concesión no le autoriza a utilizar el suelo al margen de las determinaciones urbanísticas o prescindiendo de la autorización urbanística necesaria. Siendo de observar que a más abundamiento en este caso, el uso que realiza de la parcela, almacenamiento de material de construcción, resulta a todas luces incompatible con el planeamiento.

“En definitiva, una cosa es la concesión y su régimen jurídico, sobre cuya validez y virtualidad no se pronuncia el acto administrativo recurrido y que, por tanto, no es objeto del presente recurso; y otra bien diferente el régimen urbanístico aplicable y cuya vulneración ha dado lugar a un procedimiento y resolución tendente directa y exclusivamente a restaurar el orden urbanístico perturbado.”

El recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 65 de la LBRL. En concreto, se considera infringido porque la sentencia de instancia no lo aplica, a pesar, según se expresa, de que en el mismo se regula la forma de impugnación, por parte de una comunidad autónoma, de los actos de una administración local que infringen el ordenamiento jurídico. En su lugar, afirma el recurrente en casación, ha procedido al requerimiento del Ayuntamiento de conformidad con el artículo

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 1864/2004

FECHA: 28 de marzo de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Comunidad Autónoma de Andalucía

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 250 y 252 de la LS 1992, y artículo 65 de la LBRL

DOCTRINA: La concesión otorgada por un ayuntamiento que permite el uso privativo de un terreno calificado como espacio libre en el planeamiento no permite que el uso concreto sea contrario al planeamiento urbanístico, extremo que a su vez permite que la comunidad autónoma, ante la pasividad municipal, instruya y resuelva el procedimiento para restaurar el orden jurídico infringido sin necesidad de utilizar la vía prevista en el artículo 65 de la LBRL, por la especialidad y aplicabilidad preferente de la norma sectorial urbanística.

250 de la LS 1992, dando por supuesto que la concesión administrativa de la que es titular el recurrente infringe el ordenamiento jurídico, obviando la aplicación del citado artículo 65 de la LBRL. Considera que, con tal actuación, se infringe el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El Tribunal Supremo rechaza el motivo de casación, de acuerdo con el razonamiento siguiente:

“No es cierto que la comunidad autónoma demandada haya cuestionado, en el ejercicio de las competencias de las que hizo uso, la legalidad de la concesión administrativa de que era titular el recurrente, por cuanto, según se expresa tanto en la resolución administrativa como en la sentencia de instancia, lo cuestionado por la Junta de Andalucía, ante la pasividad del Ayuntamiento de Salteras, ha sido el destino urbanístico dado a la parcela sobre la que se había autorizado la concesión. Esto es, lo impugnado por la citada Junta de Andalucía –desde una perspectiva sectorial urbanística– ha sido la repercusión de la actuación del recurrente en la legalidad urbanística ante la pasividad del Ayuntamiento inicialmente competente en la materia.

“No ofrece duda –y no ha sido discutida– la situación de ilegalidad urbanística en que se mantenía la actuación del recu-

rente, ocupando una zona destinada a área libre de la barriada de La Resolana de Salteras con materiales de construcción, pues, como con claridad se expone en la sentencia de instancia, la existencia de una concesión administrativa desde 1993, incluso otorgada por el propio ayuntamiento, no puede ser considerada como una causa de exención del cumplimiento de la legalidad urbanística representada por las normas subsidiarias municipales. Será en otro lugar donde podrán exigirse las consecuencias derivadas de la posible ineficacia de la concesión, mas ello, se insiste, no debió situar al ayuntamiento competente en materia urbanística en la mencionada posición de pasividad ante una evidente infracción de la legalidad; situación de pasividad que, de forma subsidiaria, determinó la correcta actuación autonómica.

“Efectivamente, aun tratándose de una actuación basada en los preceptos mencionados del TRLS 92, posteriores a la STC 61/1997, de 20 de marzo, las posteriores Ley del Parlamento de Andalucía 1/1997, de 18 de junio, la Ley 6/1998, de 13 de abril, del

Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, y el Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, posibilitaron, desde una perspectiva competencial la actuación subsidiaria de la Administración autonómica andaluza, con base en el artículo 252 del citado TRLS 92, ante el incumplimiento municipal del artículo 261.3 del mismo texto (al carecer el recurrente de licencia para la actuación que realizaba en una zona de área libre), y, desde la perspectiva material, la articulación de las potestades contempladas en el artículo 250, párrafo segundo, del mismo texto legal, esto es, proceder a ‘impedir definitivamente dicha actividad y, en su caso, a ordenar la reposición de los bienes afectados al estado anterior al incumplimiento de aquélla’, sin necesidad de utilizar la vía reclamada del artículo 65 de la LBRL, ante la especialidad y preferente aplicabilidad de la norma sectorial urbanística.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al presente recurso de casación.

Tribunal Supremo. Las disposiciones generales o normas reglamentarias, con su mero pronunciamiento y necesaria publicación, agotan la vía administrativa, sin necesidad de interponer contra ellos recurso alguno administrativo. El acuerdo de aprobación definitiva de un plan de urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio plan de urbanismo que se aprueba). La exigencia de agotamiento de la vía administrativa que impone la legislación urbanística es conforme a Derecho sólo en cuanto se impugne el acuerdo de la omisión en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la LRJPAC prohíbe tal exigencia

SUPUESTO DE HECHO

Se formula un recurso de casación contra el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por el que se acordó desestimar el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 16 de enero de 2006 de la misma sala, en el recurso contencioso-administrativo 137/2005, sobre la inadmisión por falta de agotamiento de la vía administrativa. Se trata, en síntesis, del recurso contencioso-administrativo formulado contra la aprobación del Plan de ordenación urbanística municipal de Esparreguera, que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declara inadmisibles porque “resultando de aplicación el régimen establecido en el ordenamiento jurídico urbanístico, debe concluirse que sin ponerse fin a la vía administrativa mediante el obligatorio recurso de alzada debe declararse inadmisibles el recurso contencioso-administrativo”.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y ordena la reposición de actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En el recurso se esgrimen dos motivos de impugnación, articulándolos, ambos, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primero, se consideran infringidos los artículos 25 y 26, en relación con el 69.c) de la LJCA, y la jurisprudencia que se cita en el desarrollo del motivo, cuestionándose quién tiene la acción para la impugnación de una norma de carácter general como es un plan general de ordenación, que los autos impugnados limitan a quienes previamente hayan formulado recurso de alzada. Frente a ello, considera la recurrente que, una vez firme en la vía administrativa, nace con carácter general el derecho a

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª). Recurso de casación 3187/2006

FECHA: 19 de marzo de 2008

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde

DEMANDANTE: Particular

DEMANDADO: Ayuntamiento de Esparreguera y Comunidad Autónoma de Cataluña

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Normas urbanísticas autonómicas que regulan recursos administrativos contra los actos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos, y artículo 107.3 de la LRJPAC

DOCTRINA: Las disposiciones generales o normas reglamentarias, con su mero pronunciamiento y necesaria publicación, agotan la vía administrativa, sin necesidad de interponer contra ellos recurso alguno administrativo.

El acuerdo de aprobación definitiva de un Plan de urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio Plan de urbanismo que se aprueba). La exigencia de agotamiento de la vía administrativa que impone la legislación urbanística es conforme a Derecho sólo en cuanto se impugne el acuerdo de la omisión en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la LRJPAC prohíbe tal exigencia.

impugnar la citada norma, sin que la previsión del recurso de alzada pueda suponer una limitación para acceder al recurso contencioso-administrativo.

En el segundo, se considera infringido el artículo 24.1 de la Constitución española, en relación con los citados artículos 69.c) y 25 de la LJCA, así como con la jurisprudencia que cita en desarrollo del mismo.

El Tribunal Supremo analiza de forma conjunta los dos motivos.

En primer lugar, cita la STS de 19 de diciembre de 2007, en la que afirmó que:

“los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, y así lo tiene reconocido una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo [...]. Se impugna, pues, una disposición de carácter general. El artículo 107.3 de la Ley 30/1992 establece que ‘contra las disposiciones de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa’. Éste es un precepto estatal básico que no puede ser contradicho por la legislación autonómica, ni siquiera en aquellas materias que, como el urbanismo, son de la exclusiva competencia de ésta, pues en ellas la comunidad autónoma puede normar aspectos procedimentales y de régimen jurídico, pero sin infringir las normas básicas del Estado. El precepto de que se trata no es sólo básico en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución española, sino también de lo establecido en su artículo 149.1.8, que atribuye competencia al Estado para fijar ‘las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas’, aspectos estos que están implicados cuando se ordena una vía de recursos administrativos contra ciertas disposiciones de carácter general (v.g. los planes de urbanismo), con la posibilidad de que se pida y se conceda la suspensión de su eficacia (artículo 111 de la Ley 30/1992).”

En la indicada STS de 19 de diciembre de 2007, que servirá de fundamento de ésta, se estableció:

“En el Derecho autonómico de Cataluña los preceptos aplicables en el momento en que se dictaron las resoluciones que el demandante impugnó en su escrito de interposición eran: A) El artículo 294 del Texto refundido de 12 de julio de 1990, cuando se adoptó el acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Girona de fecha 28 de octubre de 1992. B) El artículo 16.4 de la Ley autonómica 2/2002, de 14 de marzo, cuando se adoptó el acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Girona, de 26 de marzo de 2003. Ahora bien, esos preceptos deben ser interpretados concordadamente con el artículo 107.3 de la Ley 30/1992, pues si cabe una interpretación armonizadora debe aceptarse para evitar el desplazamiento que la prevalencia de Ley básica estatal producirá en otra caso sobre la norma autonómica (artículo 149.3 de la CE).

“Esa interpretación armonizadora es la siguiente:

“El acuerdo de aprobación definitiva de un plan de urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio plan de urbanismo que se aprueba).

“Pues bien, la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que imponen en el Derecho autonómico de Cataluña los artículos 294 del Texto refundido 1/1990, de 12 de julio, y 16.4 de la Ley autonómica 2/2002, de 14 de marzo, es conforme a Derecho en cuanto se impugne el acuerdo de la Comisión en el aspecto que tiene de acto administrativo, pero no en cuanto se impugne la disposición misma, pues en este último caso el artículo 107.3 de la Ley 30/1992 prohíbe la exigencia.

“En el presente caso, la parte demandante impugna la modificación misma del plan, no aspectos del mismo acto de aprobación, y, por lo tanto, no rige la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que se contenía en la publicación del acto.”

El Tribunal Supremo se ratifica en el contenido de la anterior sentencia y establece:

“Son el principio de seguridad jurídica y el carácter reglamentario del acuerdo impugnado –que no el de acto administrativo– los que, desde la perspectiva jurisdiccional que nos ocupa, nos obligan a confirmar que las disposiciones generales o normas reglamentarias, con su mero pronunciamiento y necesaria publicación, agotan la vía administrativa, sin necesidad de interponer contra ellos recurso alguno administrativo a tal fin, siendo posible –y obligada, en su caso– su directa impugnación en la vía jurisdiccional. Dicho de otra forma, las disposiciones reglamentarias –que son la expresión de la potestad administrativa ordenadora del mismo nombre– al integrarse y formar parte del ordenamiento jurídico, regulando, con carácter genérico y general, un aspecto sectorial del mismo, no pueden quedar pendientes, en cuanto a su concreta eficacia normativa, de la posible impugnación individual o particularizada por parte de algún recurrente, ni mucho menos contar con la expresada eficacia en relación con un sector de la población o de sus destinatarios, y no en relación con quienes hubieran procedido a su impugnación al socaire de una supuesta falta de agotamiento de la vía administrativa; la inseguridad jurídica en el ámbito de la potestad reglamentaria sería manifiesta.”

El Tribunal Supremo, para dar respuesta a las administraciones demandadas, añade:

“a) El invocado artículo 109 de la misma LRJPA, en relación con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, normas que en ningún momento se refieren a las disposiciones generales, sino a los actos administrativos y resoluciones administrativas. Igualmente ocurre con el artículo 85 de la Ley del Parlamento de Cataluña 13/1989, de 14 de diciembre, de régimen jurídico de la Generalidad de Cataluña, que sólo se refieren a las resoluciones administrativas.

“b) El artículo 102.2 de la misma LRJPA, que permite la revisión de oficio de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la misma ley, mas sin que, por el contrario, resulte posible la declaración de lesividad de las mismas (prevista en el siguiente artículo 103 sólo para los actos anulables), ni tampoco su suspensión en el caso de la citada revisión de oficio (tan sólo contemplada en el artículo 104 para los actos administrativos); es, sin duda, el carácter de norma reglamentaria de las disposiciones administrativas la que determina este particular régimen no suspensivo.

“c) Y el artículo 129.2 de la LJCA que, en el ámbito jurisdiccional, permite la suspensión de la norma reglamentaria pero, si bien se observa, sólo cuando la misma se solicite en el escrito de interposición o en el de demanda, con la finalidad, sin duda, de mantener la seguridad jurídica a lo largo del procedimiento jurisdiccional.”

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, revoca los autos recurridos, desestima la alegación previa de falta de agotamiento de la vía administrativa formulada en el contencioso administrativo y repone las actuaciones seguidas ante la sala de instancia para la continuación, tramitación y fallo del recurso.