

servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los cuatro *Landkreise* de que se trata no da lugar, entre dichas entidades, a otros movimientos financieros más que aquellos que corresponden al reembolso de la parte de los gastos que incumben a dichos *Landkreise*, pero que los servicios de limpieza urbana se encargan de abonar al titular de la instalación.”

Por ello, el Tribunal afirma que: “(...) el contrato controvertido constituye tanto el fundamento como el marco jurídico de la construcción y explotación futuras de una instalación destinada a la realización de un servicio público, a saber, la valorización térmica de residuos. Dicho contrato se celebró exclusivamente entre autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada, y no prevé ni prejuzga la eventual convocatoria de una licitación necesaria para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos.”

3. Una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas

El Tribunal de Justicia recuerda, en particular, que: “(...) una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (véase la sentencia *Coditel Brabant*, antes citada, apartados 48 y 49).”

Para el Tribunal, no es trascendente para el Derecho comunitario la opinión de la Comisión relativa a que, si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público, encargado de realizar la misión de interés general de eliminación de residuos a instancia de las distintas entidades en cuestión, habría admitido que la utilización de la central por los *Landkreise* de que se trata no entraba dentro de la normativa sobre contratación pública.

En este sentido, el Tribunal concluye que: “(...) el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau* [TJCE 2005, 1], antes citada, apartados 50 y 51).”

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide desestimar el recurso y condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico y procedimiento administrativo y contencioso-administrativo

Tribunal Supremo. Si se recurren ante los juzgados de lo contencioso-administrativo los actos de aprobación de instrumentos de gestión urbanística (así, unidades de actuación o proyectos de reparcelación), y simultáneamente se recurre indirectamente el plan urbanístico que da cobertura a esos actos, estos juzgados de lo contencioso-administrativo serán los órganos competentes para conocer de las impugnaciones indirectas. Por ello, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia corresponde a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues este solo procede –artículo 86.1 LJCA– contra las recaídas en única instancia

Supuesto de hecho

El actor impugna en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 15 de marzo de 2005, dictada en el recurso interpuesto directamente contra:

–La desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Beneguasil de 25 de enero de 2001, desestimatorio de la

solicitud de exclusión de los terrenos de los recurrentes del Programa de desarrollo de la Actuación Integrada de la Unidad de Ejecución núm. 3.

–Por vía de ampliación del recurso, Acuerdo plenario del mismo Ayuntamiento de 26 de septiembre de 2002, de aprobación definitiva del Programa de Actuación Integrada (PAI) y del Proyecto de Reparcelación de la referida Unidad de Ejecución.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2587/2005

Fecha: 23 de julio de 2009

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

Demandante: Particular

Demandado: Ayuntamiento de Beneguasil

Disposiciones analizadas: Artículos 8, 10.2 y 86.1 LJCA

Doctrina: Si se recurren ante los juzgados de lo contencioso-administrativo los actos de aprobación de instrumentos de gestión urbanística (así, unidades de actuación o proyectos de reparcelación) y simultáneamente se recurre indirectamente el plan urbanístico que da cobertura a esos actos, estos juzgados de lo contencioso-administrativo serán los órganos competentes para conocer de las impugnaciones indirectas. Por ello, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia corresponde a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues este solo procede –artículo 86.1 LJCA– contra las recaídas en única instancia

A su vez la sentencia resuelve el recurso indirecto contra las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Beneguasil, en lo relativo a la clasificación del suelo del ámbito de referencia y a la delimitación de la citada Unidad de Ejecución.

La sentencia recurrida en casación desestimó la demanda en su totalidad.

Los motivos de casación son:

1º.- Por infracción del artículo 8 de la Ley 6/1998 (LRSV), al haberse clasificado como suelo urbano terrenos destinados a cultivo de regadío, carentes de edificaciones y de los servicios urbanísticos básicos necesarios para poder ser clasificados como suelo urbano.

2º.- Por infracción de la jurisprudencia relativa al ámbito que se ha de tomar como referencia para poder clasificar el suelo como urbano, atendiendo al criterio de consolidación (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 4 de febrero de 1999).

3º.- Por infracción de la jurisprudencia en la que se reconoce el “principio de unidad de parcela”, que, según los recurrentes, impide otorgar a las distintas partes de una misma finca diferentes clasificaciones urbanísticas (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1974).

4º.- Por infracción de los artículos 5 y 14 de la Ley 6/1998 (LRSV), al haberse debido excluir de la Unidad de Ejecución y del proceso de reparcelación determinados terrenos de los recurrentes que, según afirman, se hallan totalmente urbanizados y ostentan la condición de suelo urbano consolidado.

El Tribunal Supremo declara inadmisibile el recurso de casación.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo advierte que la sentencia recurrida, de fecha 15 de marzo de 2005, ha sido dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, introducida por la disposición adicional decimocuarta de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial.

Respecto de dicha reforma señala que:

“(…) a partir de su entrada en vigor, los juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán, ex artículo 8.1 de la Ley jurisdiccional en su nueva redacción, ‘de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico’; correspondiendo, por lo tanto, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia, a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia –artículo 10.2–. Y el acuerdo impugnado directamente en el proceso ahora en grado de casación queda comprendido en el ámbito de ese artículo 8.1 de la Ley de la jurisdicción, ya que los programas de actuación integrada valencianos (PAI), cuando, como ocurre en este supuesto, no modifican la ordenación del ámbito, así como los proyectos de reparcelación y de delimitación de unidades de ejecución constituyen instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria, y correspondiendo, por tanto, el conocimiento de su impugnación en primera instancia, tras la referida reforma legal, a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

“(…) al igual que hemos declarado en numerosas resoluciones respecto de casos en los que se planteaba esta misma cuestión que ahora nos ocupa, el presente recurso de casación debe ser declarado inadmisibile, ya que (...) debe aplicarse (...) la disposición transitoria primera, apartado 2, último inciso, de la mencionada Ley, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en ella para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues este solo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia.”

La cuestión que plantea un mayor interés es si lo anterior es aplicable al caso por el hecho de que en la demanda también se impugnase indirectamente un instrumento de planeamiento general (Normas Subsidiarias Municipales). En este sentido, debe advertirse que el artículo 86.3 LJCA establece que son susceptibles de casación las sentencias de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de justicia, que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general.

La doctrina del Tribunal Supremo es, a pesar de ello, la que sigue:

“(…) en los supuestos de impugnación indirecta de instrumentos de planeamiento urbanístico no puede considerarse que la competencia para el conocimiento del recurso

estuviese atribuida, aun después de la Ley orgánica 19/2003, a los tribunales superiores de justicia, dado que ello supondría 'la negación en esta materia urbanística del derecho al recurso de apelación reconocido expresamente en el apartado d) del artículo 81.2 de la Ley jurisdiccional', precepto que, de modo imperativo y sin excepciones, declara que 'serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes: d) las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales'. De ello resulta que, si conforme al artículo 10.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, la competencia para conocer del recurso ordinario de apelación corresponde, en segunda instancia, a las salas de lo contencioso administrativo de los tribunales superiores de justicia, es claro

entonces que los juzgados de lo contencioso-administrativo serán los órganos competentes para conocer de las impugnaciones indirectas de las disposiciones generales, naturaleza de la que, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, participan los instrumentos de planeamiento referidos en el artículo 8.1 aquí analizado (auto de 10 de julio de 2008 –recurso de casación número 218/2006–). Además, como ha declarado esta Sala reiteradamente, la competencia del Juzgado viene determinada por el acto impugnado directamente (así, autos de 18 de mayo de 2006, 27 de octubre de 2005 –recurso de queja número 213/2005–, de 16 de febrero y de 14 de diciembre o de 31 de mayo de 2007)."

El Tribunal Supremo declara la inadmisión del recurso.

2. Administración local

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. La norma jurídica infringe el principio de seguridad jurídica si, su contenido o sus omisiones, produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable, acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 639/2008

Fecha: 29 de junio de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Piqueras Valls

Demandante: Particulares

Demandado: Ayuntamiento de Santander

Disposiciones analizadas: Artículos 51, 62.2 y 133 de la LRJPAC

Doctrina: El recurso directo contra las disposiciones generales ha de efectuarse, a tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 62.2 de la LRJPAC, mediante la comprobación de que la norma es conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico positivo, incluidos los principios generales del Derecho; y, de acuerdo con el artículo 106 de la CE, el control de la potestad reglamentaria es de legalidad, por lo que los tribunales no pueden rebasar dicho límite, pues en otro caso se cercenaría, indebidamente, el margen de decisión que, legítimamente, corresponde a la Administración. Por ello deben rechazarse de plano las alegaciones del recurso directo de carácter genérico o que pretenden materialmente sustituir el ejercicio de la potestad normativa.

La norma jurídica infringe el principio de seguridad jurídica si su contenido o sus omisiones produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento, o sobre la previsibilidad de sus efectos.

Los principios *non bis in idem* y de prejudicialidad penal solo son relevantes en el control judicial de las ordenanzas locales a través de la resolución de recursos directos contra esas normas, para determinar si la norma tipifica como sanción una conducta ya sancionada o si excluye las previsiones del artículo 133 de la LRJPAC

Supuesto de hecho

La Asociación Juristas pro Derechos Humanos (AJUD) interpone recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actividades antisociales del Ayuntamiento de Santander, publicada el día 22 de abril de 2008, en el Boletín Oficial de Cantabria.

La referida asociación recurrente articula las pretensiones sobre los motivos siguientes: 1.- El artículo 2, apartados 2 y 3, de la Ordenanza impugnada constituye una extralimitación de las competencias municipales. 2.- Los artículos 4 y 5 de la Ordenanza se insertan en el ámbito del Derecho Penal, y, además, generan inseguridad jurídica. 3.- El artículo 6 es también impugnable por razones de prejudicialidad penal. 4.- El artículo 7.3. a, b, c y d de la Ordenanza está afecto de inseguridad jurídica; está, en parte, injustificado, y, en parte, supone una extralimitación de competencias. 5.- Entendemos poco acertado el artículo 8, y por lo tanto, eliminable. 6.- Se rechaza el artículo 9 por incurrir en inseguridad jurídica. 7.- Se debe retirar el artículo 11, por incurrir también en inseguridad jurídica. 8.- Abogamos por la eliminación del artículo 12.2, por vulnerar el derecho a la libertad de expresión y estar en contra del principio de libertad de mercado. 9.- Se debe eliminar el párrafo primero del artículo 13, por generar inseguridad jurídica y por existir una normativa concreta sobre la materia. 10.- Se impugna el artículo 15, puntos 1 y 2, que trata de las fiestas en las calles, por infringir el artículo 25.2.a de la LRBRL e imponer fianzas improcedentes. 11.- El artículo 16 incurrir en inseguridad jurídica, al igual que el inciso final del párrafo segundo del artículo 17. 12.- El artículo 18.1 impone a particulares obligaciones propias de la Administración que no les son exigibles, y 13.- Se deben

suprimir los artículos 20, letras a y b, y 21, letras a y c, en su redacción actual, por generar inseguridad jurídica y propiciar la indefensión.

El Ayuntamiento de Santander articula su oposición a las pretensiones formuladas por la asociación recurrente sobre los motivos siguientes:

1) Todo tipo de alegaciones que sobrepase el ámbito impugnatorio regulado en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 es in viable, y

2) Los artículos impugnados de la Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actividades antisociales del Ayuntamiento de Santander son conformes a Derecho, pues no incurren en extralimitación de facultades ni en inseguridad jurídica; no producen interferencia alguna en el ámbito del Derecho Penal; no infringen normativa sectorial alguna; no afectan a la libertad de expresión ni a la de mercado, y delimitan perfectamente el grado de las conductas que califican.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Superior de Justicia delimita el alcance del recurso directo contra disposiciones generales y establece que:

“1) El recurso directo contra las disposiciones generales (artículo 25.1 de la LJCA) tiene por finalidad depurar del ordenamiento jurídico las normas reglamentarias contrarias a Derecho.

“2) El control de legalidad de las disposiciones generales ha de efectuarse, a tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 62.2 de la LRJPAC, mediante la comprobación de que la norma es conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico positivo, incluidos los principios generales del Derecho, y

“3) El artículo 106 de la CE configura el control de la potestad reglamentaria como un control de estricta legalidad, lo que implica que los tribunales no pueden rebasar dicho límite, pues en otro caso se cercenaría, indebidamente, el margen de decisión que, legítimamente, corresponde a la Administración.

“Los anteriores pronunciamientos implican la necesidad de rechazar, de plano y desde este momento, todas las alegaciones de la recurrente, de carácter genérico y no incardinales en el artículo 62.2 de la LRJPAC, que pretenden materialmente sustituir la potestad normativa que corresponde al Ayuntamiento demandado.”

A tenor de las alegaciones realizadas, el Tribunal Superior de Justicia, en primer lugar, delimita, respecto del control de la potestad reglamentaria, el alcance de los conceptos siguientes: seguridad jurídica, *non bis in idem* y prejudicialidad penal.

La seguridad jurídica se define a tenor de:

“(…) de la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada, entre otras, en la STC 96/2002, al declarar que sobre este particular se hace necesario recordar nuestra doctrina

con relación al principio de seguridad jurídica, conforme a la cual este principio implica la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 7, y 235/2000, de 5 de octubre, FJ 8), así como las que en una y otra se citan: Es decir, la seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando ‘la claridad y no la confusión normativa’ (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4), y como ‘la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho’ (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

“En definitiva, solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8, 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15).”

Respecto de la incidencia de los principios *non bis in idem* y de prejudicialidad penal en el control de la potestad reglamentaria, el Tribunal Superior de Justicia afirma que:

“(…) hay que recordar los pronunciamientos de la paradigmática STC 188/2005, al declarar ‘según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo, que el principio *non bis in idem* tiene su anclaje constitucional en el artículo 25.1 CE. (...)’ Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, y en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que, aunque firmado por nuestro país, aún no ha sido objeto de ratificación, protegiendo ‘al ciudadano, no solo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos, una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo’ (STC 2/2003, de 16 de enero).

“El principio *non bis in idem* tiene, en otras palabras, una doble dimensión:

“a) La material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto ‘en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento’, y que ‘tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3, 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y auto 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente’ (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 a) y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3).

“b) La procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, que tiene como primera concreción ‘la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal,’ (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 c), y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3, SSTEDH de 29 de mayo de 2001, en el caso Franz Fischer contra Austria, y de 6 de junio de 2002, en el asunto Sallen contra Austria).”

Explicado este planteamiento, concluye que:

“Consecuentemente ambos principios solo son relevantes en el control judicial de la potestad reglamentaria para determinar: –Si la norma tipifica como sanción una conducta ya sancionada, o –Si la norma excluye, con evidente infracción legal, las previsiones del artículo 133 de la LRJPAC y 7 del R. decreto 1938/1993.”

A partir de estas consideraciones generales, procede a desestimar todas las alegaciones concretas utilizando, en cada caso, alguno de los argumentos siguientes:

–De acuerdo con el artículo 25 de la LRBR, el Ayuntamiento es competente, en materia de seguridad en lugares públicos, “para la protección de personas y bienes” y, además, “para velar por la conservación del medio urbano y de las edificaciones”.

–Las competencias y obligaciones municipales se extienden a los bienes e instalaciones que, con independencia de su titularidad, forman parte del mobiliario urbano, y a las fachadas y otros elementos urbanísticos y arquitectónicos, de titularidad pública o privada, situados en la vía pública o visibles desde ella.

–Los artículos a los que se imputa vulneración del principio *non bis in idem* y de prejudicialidad penal, no tipifican como sanción una conducta ya sancionada, ni excluyen la normativa sobre concurrencia de sanciones (artículo 133 de la Ley 30/92), ni la vinculación del derecho sancionador respecto al orden jurisdiccional penal (artículo 7 del RD 1398/1993).

–Los conceptos “convivencia y tranquilidad ciudadanas” y “normal uso, ubicación y destino” no son incardinables en el ámbito infractor de la seguridad jurídica definido por

la doctrina del Tribunal Constitucional, porque esta liga el concepto a la generación de una “incertidumbre razonablemente insuperable” sobre la conducta exigible, sea cual sea el criterio hermenéutico (artículo 3.1 CC) utilizado. Los conceptos “convivencia” (relaciones sociales armónicas) y “tranquilidad ciudadana” (calma, estabilidad) no generan dicha confusión, y, con independencia de que el significado de los conceptos “normal uso, ubicación y destino” sean claros, la norma impugnada los integra en un contexto cuya claridad y significado son incuestionables.

–En relación al argumento de que lo que no está en el Código Penal es excesivo tipificarlo, ya que, de no encontrarse en el citado texto, supone que no ha recibido reproche por parte de la sociedad (es decir, lo que no está tipificado no puede ser sancionado extraprocesalmente), resulta incompatible con el carácter fragmentario y el principio de intervención mínima del Derecho Penal, y con los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico.

–“Cualquier manipulación” no es un concepto jurídico indeterminado que genera inseguridad jurídica, ya que no se trata de un concepto indeterminado, sino omnicompreensivo, pues incluye “toda actuación con las manos o con cualquier instrumento” sobre los bienes en cuestión, como se evidencia de la simple lectura del Diccionario de la RAE. Tampoco lo infringen los conceptos “respeto al descanso de los ciudadanos” y “normal convivencia”.

–En el mismo sentido, “ruidos innecesarios”, respecto del que el Tribunal Superior de Justicia afirma queda suficientemente explicado por el origen (aparatos de alarma y señalización de emergencia) y la razón de ser de los ruidos, y el concepto “elevada potencia”, que, según el Tribunal Superior de Justicia, está suficientemente explicado por la finalidad de la norma, que es evitar que “las emisiones acústicas trasciendan al exterior” del vehículo.

–No cabe sostener que el concepto “respeto mutuo” genere una incertidumbre razonable insuperable sobre su significado, cuando la propia Constitución Española contiene múltiples referencias objetivadas al mismo (artículo 1º, 20.4, 27.2, etc.) y el Código Civil lo establece como una de las obligaciones de las relaciones familiares (artículo 67 y 155.1º CC).

–La regulación de las emisiones sonoras por medios mecánicos en la vía pública es conforme a Derecho, pues el ruido es considerado legal (Ley 37/2003) y jurisprudencialmente (STEDH 8/7/2003) como una agresión a la integridad de la persona, y resulta totalmente ajeno a los derechos constitucionales invocados.

–La autorización municipal a un colectivo para que, en el curso de las fiestas, utilice la vía pública, implica, ineludiblemente, la obligación del autorizado de respetar las condiciones impuestas, entre las que se encuentra la “seguridad de personas y bienes” derivada del uso a realizar, y no cabe hablar de una transferencia de obligaciones de la Administración pública a los ciudadanos.

–No cabe cuestionar una disposición general basándose en que, a juicio del recurrente, “no es razonable”, pues ello

no es criterio de legalidad; ni tampoco cabe invocar las medidas cautelares administrativas, para cuestionar una condición (la prestación de fianza para garantizar el buen fin del uso de la vía pública) de una autorización administrativa. Y

–El restablecimiento de la vía pública a su estado previo es consustancial con el uso especial de la misma, objeto de autorización, y no infringe disposición alguna.

–No se puede entender que generan inseguridad jurídica los conceptos “Juegos que puedan causar molestias” y “Objetos que puedan representar peligro para la integridad”, ya que ninguno de dichos conceptos es susceptible de integrarse en la “incertidumbre” definida por el Tribunal Constitucional. Además, ambos conceptos quedan razonablemente aclarados por el contexto y las concreciones de la norma a las conductas prohibidas; el concepto “molestias” referido a las repercusiones sobre los usuarios de la vía pública por la práctica de juegos es fácilmente objetivable, y el término “objetos que representen un peligro para la integridad de los ciudadanos” ha sido objeto, en su versión conceptual “instrumentos peligrosos”, de una abundantísima jurisprudencia en el ámbito de los delitos contra las personas.

–No vulnera los artículos 16.1 y 20.1.a de la CE y el propio derecho de reunión, ni va en contra de la libertad de mercado, la prohibición de ocupaciones y actividades no autorizadas en la vía pública, y que dicha prohibición se acompañe de la adopción de medidas cautelares.

–La regulación de la entrada y salida de los locales, y la obligación de los titulares de avisar a la fuerza pública si se producen “actos incívicos o molestos”, se refiere a actos que son objetivables, por lo que ni genera inseguridad jurídica, ni infringe el principio de legalidad en materia sancionadora, que no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 CE se subordina a que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia.

–La regulación de las infracciones muy graves y graves no infringe la seguridad jurídica porque: a) la diferencia entre las infracciones tipificadas de la Ordenanza se encuentra no solo en la entidad de la incidencia, en su caso grave y en otro simple, sino también en la forma de afectar al bien jurídico protegido, pues en las infracciones muy graves la afectación ha de ser inmediata y directa, lo que excluye toda confusión, y b) la distinción entre las infracciones muy graves y graves tipificadas en los artículos 20.b y 21.c de la Ordenanza se articula, también sin posibilidad de confusión, sobre la entidad del deterioro, que en el caso del artículo 20.b ha de ser grave y además relevante, lo que permite no confundirlo con pequeños deterioros que no tengan relevancia respecto a la funcionalidad del elemento afectado.

Se desestima, por tanto, íntegramente el recurso examinado.

3. Haciendas locales

Tribunal Supremo. La exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) TRLHL de los servicios de telefonía móvil, no significa la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa, cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de alzada contencioso-administrativo núm. 211/2008

Fecha: 25 de junio de 2009

Ponente: D. Emilio Rodrigo Aragonés Beltrán

Demandante: Vodafone España, S.A.

Demandado: Ayuntamiento de Mataró

Disposiciones analizadas: Los artículos 5 a 8 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones; el artículo 20.1 de la Ley de tasas y precios públicos, y los artículos 24 y 25 LHL

Doctrina: El artículo 24.1.c) dice que “no se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil”, pero el tenor literal del precepto lo único que hace es excluir a las empresas de telefonía móvil de uno de los regímenes posibles de determinación o cuantificación de la cuota de tasa: el sistema especial del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, pero no está excluyendo la posibilidad de sujetar a los operadores de telefonía móvil a la tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, fijándose el importe de la tasa, en este régimen general del artículo 24.1.a) LHL, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

De no aplicarse el “régimen especial de cuantificación”, y a falta de una exención objetivamente justificada, establecida por el legislador que introduce la tasa a favor de unos operadores determinados (los de telefonía móvil), debe resultar de aplicación el régimen general del apartado a) del artículo 24.1 LHL.

La exclusión de los servicios de telefonía móvil del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) de la LHL, no significa la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa, cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo.

De la Ley no resulta una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil.

Si tanto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público como los operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas, a efectos de los artículos 5 a 8 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones, y del contenido del Real decreto 424/2005, y el régimen del artículo 24.1.c) es un régimen "especial" respecto del "régimen general" del artículo 24.1.a), debe incluirse en este régimen general a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas (los de telefonía móvil y el resto), que podría ser contraria al principio de igualdad tributaria previsto en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, general tributaria, y en el artículo 14, en relación con el artículo 31.1, ambos de la Constitución.

La reforma que, de la Ley 39/1988 reguladora de las haciendas locales, hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley.

Para la prestación de los servicios de telefonía móvil se utilizan las redes de telefonía tendidas en el dominio público local –tanto las tendidas por los operadores de servicios móviles, como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso–, realizándose de ese modo el hecho imponible de la tasa que nos ocupa.

La prestación de los servicios de telefonía móvil exige el empleo no solo de la red fija tendida por la propia compañía, sino también de las redes tendidas por las restantes compañías de servicios móviles, a las que se accede en virtud de los derechos de interconexión para el enlace con terminales móviles de sus clientes. En las llamadas iniciadas en teléfonos móviles con destinatarios en la red fija, resulta inevitable el empleo de las redes fijas tendidas en el dominio público local.

Por ello, también en este caso se realiza el hecho imponible de la tasa, ya que el artículo 24.1.c), párrafo cuarto, de la LHL, en la redacción dada por la Ley 51/2002, corrobora que el hecho imponible de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local se realiza por las empresas que prestan servicios de interés general "tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas."

No cabe desconocer la intensidad en el aprovechamiento del dominio público local por parte de las empresas operadoras de telefonía móvil, sin que se pueda compartir la tesis de que la utilización por el operador móvil recurrente de la red fija es mínima, pues no cabe olvidar que existe un aprovechamiento continuado de la red fija de telefonía por parte de las empresas operadoras en este sector. Si no se pudiera llevar a cabo ese aprovechamiento permanente del dominio público local a través del vuelo, suelo y subsuelo –incluyendo el cableado de telefonía fija–, no podrían las empresas operadoras en el sector de telefonía móvil prestar servicio a sus usuarios.

La legislación aplicable no establece criterios de referencia ni imposición alguna para el cálculo del importe de la tasa, motivo por el cual las corporaciones locales pueden establecer diferentes formas de cálculo, siempre que se respete el límite contenido en el artículo 24.1.a), es decir, que se ha de tomar como referencia el valor de la utilidad o aprovechamiento en el mercado si los bienes no fuesen de dominio público.

Ante la libertad por parte de los entes locales de establecer fórmulas de cálculo de la referida tasa, siempre que se respeten los parámetros y criterios reseñados, es admisible que el Ayuntamiento, en el marco de libertad de regulación que la Ley aplicable permite, establezca un coeficiente de ponderación, acudiendo a la normativa existente tanto en la determinación del valor del dominio público afectado como en la de la utilización de ese dominio público, acudiendo a valores existentes en la normativa tributaria.

La obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo, como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada.

La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales, es una cuestión de carácter infraconstitucional y, por lo mismo, excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales, a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad.

La decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio. Ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario, o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio, y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita

Supuesto de hecho

Se impugna en alzada la sentencia dictada en fecha 30 de septiembre de 2008 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Barcelona, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Vodafone España, S.A. contra la denegación, por el Ayuntamiento de Mataró, del recurso de reposición deducido frente a la ratificación

de acta de disconformidad relativa a la tasa por ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública a favor de las empresas explotadoras de suministros de interés general, y aprobación de la liquidación resultante para el ejercicio de 2001.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de apelación y relaciona su doctrina anterior y la más reciente del Tribunal Supremo.

Fundamentos de Derecho

1. Primer antecedente: recurso contencioso denegado a Vodafone por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de diciembre de 2008 (cuyo objeto fue el acta de disconformidad relativa a la tasa por ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública a favor de las empresas explotadoras de suministros de interés general, y aprobación de la liquidación resultante para el ejercicio de 2004 por importe de 170.569,07 euros), que se fundamenta en otras sentencias anteriores del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita este recurso y su argumentación (fundamentada en otras sentencias anteriores), como antecedente para resolver la apelación planteada. De esta argumentación deben destacarse los siguientes extremos:

1.1. Justificación económico-financiera de la tasa

El artículo 20.1 de la LTPP y el 25 de la LHL, exigen la realización, con carácter previo al establecimiento o modificación de la tasa, de una memoria económico-financiera o informe técnico económico que justifique la cuantía propuesta y ponga de manifiesto el valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización privativa o aprovechamiento especial. La sentencia cita otras anteriores, que establecieron:

“(…) la doctrina jurisprudencial ha venido proclamando que en materia de tasas rige el principio de subsidiariedad o de equivalencia o equilibrio con el coste del servicio, en virtud del cual el establecimiento de la tasa tiene como objeto la financiación del servicio para el cual se exige. Por lo tanto, lo que legitima el cobro de una tasa es la provocación de un gasto o coste; de lo que se deriva la exigencia de justificar la exacción de las tasas mediante la memoria económica financiera impuesta por los indicados preceptos. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1997, 23 de mayo de 1998, 6 de marzo de 1999 y 1 de julio de 2003, entre otras (...)”

El Tribunal Superior de Justicia proyectará esta doctrina sobre un caso concreto: un informe económico que contiene la descripción de los datos relativos al valor del suelo efectivamente ocupado por la red de servicios generales (agua, gas, electricidad, telefonía, fibra óptica), en relación con los valores catastrales del municipio, de los que se extrae la valoración estimada del dominio público local afectado; junto con el importe de los ingresos provenientes de las tasas por ocupación de vuelo, suelo y subsuelo del año en curso y la estimación del siguiente, con especificación en cada caso de las cantidades correspondientes a ingresos brutos de la operadora telefónica.

En relación a tal informe, el Tribunal Superior de Justicia afirmará que: “(...) cumple con las previsiones de la normativa y jurisprudencia que han quedado expuestas, en la medida en que su contenido justifica las utilidades derivadas de la prestación de los servicios, en relación con los valores de

mercado tomados como referencia y, en definitiva, el principio de equivalencia de costes que establece el artículo 24 de la LHL.”

1.2. Fórmula de cálculo de la cuantía de la tasa

En relación a este extremo, el Tribunal Superior de Justicia establece que las empresas de telefonía móvil “(...) realizan el hecho imponible constitutivo de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, tanto si son titulares de las correspondientes redes como cuando, no siendo titulares de estas últimas, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas, en la medida en que el hecho imponible (...) está constituido, no tanto por la utilización privativa del dominio público como por el aprovechamiento especial del mismo, aprovechamiento que, indudablemente, lleva a cabo (...) aunque no sea titular de aquellas.”

1.3. Determinación del importe de la tasa

El artículo 24.1.a) LHL exige valorar la utilidad derivada de la ocupación concreta del dominio público que realice cada contribuyente en particular. En el caso de las operadoras de telefonía móvil, resulta de aplicación el régimen general, como consecuencia de la exclusión de los servicios de telefonía móvil del régimen especial de cuantificación de la tasa que se contiene en el artículo 24.1.c) de la Ley de haciendas locales, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

El Tribunal Superior de Justicia también proyectará esta doctrina sobre un caso concreto. Utiliza como fórmula para el cálculo de la tasa para los servicios de telefonía móvil tres módulos:

—el primero es la red de telefonía útil para la telefonía móvil instalada en el municipio, y se refiere a la potencialidad de utilización del dominio público afectado en cualquier momento, con independencia de que aquella llegue a producirse (STS de 18 de noviembre de 2003), lo que justifica que sea común a los distintos operadores.

—el segundo, el valor de referencia del suelo municipal.

—el tercero, la delimitación individualizada de cada operador y su cuota de mercado en el municipio.

Debe destacarse de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia que no cabe “(...) sostener que resulte de imposible determinación el número de usuarios a los que se presta el servicio en el concreto municipio, habida cuenta que la empresa recurrente dispone de medios técnicos suficientes para ello, como resulta de la imprescindible y permanente adaptación de su actividad a las necesidades de los usuarios y, en defecto de colaboración por parte de la interesada, (...) la posibilidad de acudir a los datos extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante la necesaria proyección a los distintos ámbitos territoriales.”

2. Segundo antecedente: recurso contencioso denegado a Telefónica Móviles de España, S.A. por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de junio de 2008 (cuyo objeto era la pretensión de nulidad de la Ordenanza fiscal número 16 del Ayuntamiento de Camprodon, reguladora de “la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general”)

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita este recurso y su argumentación (fundamentada en otras sentencias anteriores), como antecedente de la indicada sentencia para resolver la apelación planteada. De esta argumentación creemos de interés destacar lo siguiente:

Inexistencia de contradicción entre la LHL y la Ley general de telecomunicaciones.

El Tribunal no considera que exista contradicción entre tal Ley general de telecomunicaciones y la Directiva que transpone, de acuerdo con:

a) “(...) la STS de 16 de julio de 2007 estimó un recurso de casación en interés de la Ley, precisamente, por estimar errónea la tesis del Juzgado de entender que la regulación actual del sector de las telecomunicaciones, articulada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha venido a introducir una serie de requisitos y principios dirigidos a las tasas que gravan el sector (...) y el contenido de las normas que establece (la LGT) –singularmente en cuanto a las tasas por ocupación del dominio público– debe tener aplicación preferente respecto de la LHL, por ser Ley especial frente a la LHL, y además Ley posterior.”

b) “(...) Las disposiciones comunitarias que se invocan van dirigidas a la exclusión de cualquier duplicidad o superposición sobre los servicios de telecomunicaciones, pero no cabe interpretarlas como excluyentes de la satisfacción de la correspondiente exacción cuando se utilice o aproveche especialmente el dominio público local, dado el carácter sinalagmático o bilateral de la contraprestación por tal utilización o aprovechamiento, que nada autoriza a entender haya de ser gratuito para las empresas de telefonía móvil (...)”

c) “(...) tal liberalización (la del sector de las telecomunicaciones), no puede implicar la pretendida gratuidad de la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.”

3. Tercer antecedente: recurso contencioso denegado a Vodafone España, S.A. por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2008 (cuyo objeto era la pretensión de nulidad de la liquidación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del vuelo, suelo y subsuelo del dominio público municipal a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro, ejercicio 2003, girada por el Ayuntamiento de Badalona en aplicación de la Ordenanza municipal núm. 24 del citado municipio, e indirectamente frente a la referida Ordenanza, en lo que atañe a la regulación de los servicios de telefonía móvil)

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita este recurso y su argumentación (fundamentada en otras sentencias

anteriores), como antecedente de la indicada sentencia para resolver la apelación planteada. De esta argumentación creemos de interés destacar lo siguiente:

La exclusión de los servicios de telefonía móvil a que alude el artículo 24.1.c) del TRLHL, lo es única y exclusivamente en relación al régimen especial de cuantificación de la tasa, no al régimen general previsto en la letra a) del mismo precepto.

El Tribunal afirma al respecto:

“(...) los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica hacen obligado concluir, también en este caso, que la exclusión de los servicios de telefonía móvil a que alude el artículo 24.1.c) del TRLHL lo es única y exclusivamente en relación al régimen especial de cuantificación de la tasa, no al régimen general previsto en la letra a) del mismo precepto, en relación al que también deben entenderse comprendidas las empresas titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las redes de titularidad ajena, en la medida en que mediante su utilización se produce asimismo el hecho imponible de la tasa, consistente en el aprovechamiento especial del dominio público local, a tenor de lo preceptuado por los artículos 20 y siguientes del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales.

“(...) La sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2007, dictada en recurso de casación en interés de ley, ha tenido ocasión de señalar: ‘En cualquier caso, una de las cuestiones suscitadas en el debate procesal de la instancia, la eventual contradicción entre el artículo 24.1.c) LRHL y la LGTecom., no podía resolverse mediante la consideración prevalente de esta última, por la simple utilización de los principios de *lex specialis* y *lex posterior*, olvidando la específica función que la primera de dichas leyes tiene, como ley básica, en el régimen local y singularmente del régimen jurídico financiero de la Administración local, dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE (cfr. artículo 1 del Texto refundido de la LRHL)’.”

4. Cuarto antecedente: recurso contencioso denegado a France Telecom España por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de septiembre de 2008 (cuyo objeto era la pretensión de nulidad de las liquidaciones de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del vuelo, suelo y subsuelo del dominio público municipal a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro, ejercicios 2003, 2004 y 2005, giradas por el Ayuntamiento de Badalona en aplicación de la Ordenanza municipal núm. 24 del citado municipio, e indirectamente frente a la referida Ordenanza, en lo que atañe a la regulación de los servicios de telefonía móvil)

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita este recurso y su argumentación (fundamentada en otras sentencias anteriores), como antecedente de la sentencia citada para resolver la apelación planteada. De esta argumentación creemos de interés destacar lo siguiente:

Inexistencia de incompatibilidad con la Directiva 2002/20/CE, e innecesariedad de formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ante la solicitud, asimismo, de que el Tribunal Superior de Justicia plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en orden a la aplicación de la Directiva 2002/20/CE, con fundamento en una pretendida contradicción entre la Ordenanza fiscal y los artículos 12 y 13 de la mencionada Directiva o, cuando menos, en la existencia de una duda razonable respecto de la adecuación de la norma impugnada a esta última, se señaló por el Tribunal Superior de Justicia lo siguiente:

“(...) esta petición no resulta atendible por cuanto, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, solo cuando la interpretación cree problemas insolubles a juicio del órgano judicial procede reclamar la ayuda exegética del Tribunal de Luxemburgo. Se trata de la teoría del ‘acto claro’, que desarrolla la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1998, en los siguientes términos: ‘No procede plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE cuando se está ante la presencia de un *acto claro* (asunto Cilfif, sentencia de 6 de octubre de 1982), es decir, (a), cuando la cuestión sea materialmente idéntica a otra ya resuelta en vía prejudicial; (b), cuando ya exista una jurisprudencia del TJCE resolviendo el punto de derecho en causa, sea cual sea la naturaleza de los procedimientos que han dado lugar a esa jurisprudencia y aunque no haya una estricta identidad entre las cuestiones litigiosas; y, (c), cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone –al juez nacional– con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la forma de resolver la cuestión planteada –con la inteligencia de que la jurisdicción nacional debe estar convencida, también, de que la misma evidencia se impondrá a las jurisdicciones de otros Estados y al TJCE–. De modo que solo si estas condiciones se cumplen puede la jurisdicción nacional abstenerse de someter dicha cuestión prejudicial al TJCE y decidirse a resolverla bajo su propia responsabilidad.’

“Según se concluyó al respecto, tales dudas, a juicio de este Tribunal, no se aprecian en el supuesto que se discute en la presente resolución (...) a las que cabe añadir lo señalado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2007, dictada en recurso de casación en interés de ley (reproducida anteriormente).”

5. Argumentos de la resolución del recurso planteado en autos

Se desestima el recurso con cita de doctrina de las sentencias anteriores, pero creemos que debe destacarse, en relación a la aplicación del artículo 24 LHL, el argumento siguiente:

“(...) Del régimen legal que ya ha quedado reseñado –apartado I) del fundamento cuarto–, resulta, como hemos declarado reiteradamente en las sentencias que hemos transcrito –especialmente, apartado II) del mismo fundamento cuarto–, que el párrafo del artículo 24.1.c) TRLHL relativo a que ‘No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los

servicios de telefonía móvil’, hace explícita referencia al régimen especial de cuantificación, de lo que en ningún caso puede concluirse, con desconocimiento de esos términos legales, que la exclusión haga referencia a toda la tasa en general, sino más bien lo contrario, esto es, que se excluyen los servicios de telefonía móvil del régimen especial de cuantificación, lo que, al menos implícitamente, significa que estarán incluidos en el régimen general de cuantificación de la tasa, el previsto en la letra a) del mismo precepto legal, siempre que tenga lugar la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de aquellos servicios de telefonía móvil.

“En definitiva, según nuestra reiterada conclusión al respecto, no podemos compartir la tesis de la demanda de que la exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) TRLHL de los servicios de telefonía móvil signifique la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa, cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo.

“Las extensas alegaciones de la demanda sobre la tramitación parlamentaria de la Ley 51/2002 no desvirtúan tal conclusión. Precisamente, dado el carácter sinalagmático o bilateral de la contraprestación por la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local, del que resulta la exclusión de su gratuidad para las empresas de telefonía móvil, son elementales exigencias constitucionales las que obligan a su gravamen. El principio de generalidad de los tributos y el principio que veda cualquier enriquecimiento injusto quedarían vulnerados, por el contrario, de entenderse que el legislador no quería, como hizo, excluir la telefonía móvil del sistema de cuantificación del 1,5%, sino excluir cualquier tasa por aquellos aprovechamientos. En suma, la pretendida gratuidad de la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local por las empresas de telefonía móvil sería inconstitucional, siendo obligado el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al respecto.

“Por tanto, la pretensión principal de la demanda ha de rechazarse, pues no resulta de la Ley una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil. Así resulta del propio texto legal, respetuoso con los principios constitucionales, mientras que tal pretensión, basada en un supuesto ‘espíritu’ de la norma, resultaría inconstitucional.”

A su vez, que la negativa a formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vulnere el artículo 24 CE, se argumenta así:

“(...) La STC 58/2004 señala (FJ 9) que: ‘Es decir, ante una duda en la aplicación del Derecho comunitario, el juez o Tribunal interno está facultado para consultar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna,

en principio, en obligación, en orden a preterir un Derecho en beneficio del otro.

“‘Ahora bien, esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81).’

“Y se añade en el FJ 10: ‘Así pues, en principio *la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales* (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4) porque, a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991 y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). Por este motivo hemos afirmado que, *sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad* (SSTC 28/1991, 64/1991), *ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita* (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2).

“‘En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE –al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE– no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.’”

6. Cita de la STS de 16 de febrero de 2009 que confirma todos los anteriores criterios

La STS de 16 de febrero de 2009, que desestima el recurso de casación núm. 5082/2005 interpuesto contra la sentencia de 30 de junio de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, confirma los criterios anteriores.

6.1. Respeto de las cuestiones generales

En su Fundamento de Derecho tercero, la sentencia del Alto Tribunal sienta las siguientes conclusiones:

“–El artículo 24.1.c) dice que ‘no se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil’, pero el tenor literal del precepto lo único que hace es excluir a las empresas de telefonía móvil de uno de los regímenes posibles de determinación o cuantificación de la cuota de tasa: el sistema especial del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, pero no está excluyendo la posibilidad de sujetar a los operadores de telefonía móvil a la tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, fijándose el importe de la tasa en este régimen general del artículo 24.1.a) LHL tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público. De no aplicarse el ‘régimen especial de cuantificación’ y a falta de una exención objetivamente justificada, establecida por el legislador que introduce la tasa a favor de unos operadores determinados (los de telefonía móvil), debe resultar de aplicación el régimen general del apartado a) del artículo 24.1 LHL. No podemos compartir el criterio de que la exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) de la LHL de los servicios de telefonía móvil significa la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo. De la Ley no resulta una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil.

“–Si tanto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público como los operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas a efectos de los artículos 5 a 8 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones, y del contenido del Real decreto 424/2005, y el régimen del artículo 24.1.c) es un régimen ‘especial’ respecto del ‘régimen general’ del artículo 24.1.a), debe incluirse en este régimen general a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas (los de telefonía móvil y el resto) que podría ser contraria al principio de igualdad tributaria previsto en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, general tributaria, y en el artículo 14, en relación con el artículo 31.1, ambos de la Constitución.”

En el Fundamento de Derecho quinto se ratifica al efecto que: “La reforma que de la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales, hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley. Porque para la prestación de dichos servicios de telefonía

móvil se utilizan las redes de telefonía tendidas en el dominio público local –tanto las tendidas por los operadores de servicios móviles, como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso–, realizándose de ese modo el hecho imponible de la tasa que nos ocupa.”

En la parte final del mismo Fundamento de Derecho, el Alto Tribunal señala, entre otros extremos:

“–Que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil reconocen que el servicio de telefonía móvil requiere para su prestación el empleo permanente e indiscriminado de redes de telefonía fija, tendidas en el dominio público local. La prestación de los servicios de telefonía móvil exige el empleo no solo de la red fija tendida por la propia compañía, sino también de las redes tendidas por las restantes compañías de servicios móviles, a las que se accede en virtud de los derechos de interconexión para el enlace con terminales móviles de sus clientes. En las llamadas iniciadas en teléfonos móviles con destinatarios en la red fija, resulta inevitable el empleo de las redes fijas tendidas en el dominio público local.

“–Que, por ello, también en este caso se realiza el hecho imponible de la tasa, ya que el artículo 24.1.c), párrafo cuarto, de la LHL, en la redacción dada por la Ley 51/2002, corrobora que el hecho imponible de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local se realiza por las empresas que prestan servicios de interés general ‘tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.’ En el mismo sentido, las SSTS de 10 y 18 de mayo y 21 de noviembre de 2005.

“–Que no cabe desconocer la intensidad en el aprovechamiento del dominio público local por parte de las empresas operadoras de telefonía móvil, sin que quepa compartirse la tesis de que la utilización por el operador móvil recurrente de la red fija es mínima, pues no cabe olvidar que existe un aprovechamiento continuado de la red fija de telefonía por parte de las empresas operadoras en este sector. Si no se pudiera llevar a cabo ese aprovechamiento permanente del dominio público local a través del vuelo, suelo y subsuelo –incluyendo el cableado de telefonía fija– no podrían las empresas operadoras en el sector de telefonía móvil prestar servicio a sus usuarios.”

6.2. Sobre la invocada vulneración de los artículos 24.1.a) y 25 LHL

En la STS de 16 de febrero de 2009 se afirma:

“a) Que la legislación aplicable no establece criterios de referencia ni imposición alguna para el cálculo del importe de la tasa, motivo por el cual las corporaciones locales pueden establecer diferentes formas de cálculo siempre que se respete el límite contenido en el artículo 24.1 .a), es decir, que se ha de tomar como referencia el valor de la utilidad o aprovechamiento en el mercado si los bienes no fuesen de dominio público.

“b) Que por ese motivo, y ante la libertad por parte de los entes locales de establecer fórmulas de cálculo de la referida

tasa, siempre que se respeten los parámetros y criterios reseñados, es admisible que el Ayuntamiento, en el marco de libertad de regulación que la Ley aplicable permite, establezca un coeficiente de ponderación, acudiendo a la normativa existente tanto en la determinación del valor del dominio público afectado como en el de la utilización de ese dominio público, acudiendo a valores existentes en la normativa tributaria.

“c) Que, atendiendo a la naturaleza del aprovechamiento que realizan las empresas de telefonía móvil, el valor de mercado de la utilidad podría haberse determinado utilizando criterios distintos, pero es indudable que la Ordenanza en cuestión y el Informe técnico elaborado, descansan sobre criterios que, con independencia de que se compartan o no, aparecen explicitados con la suficiente claridad, de modo que no puede considerarse infringido, en ningún caso, el artículo 25 de la LHL.”

6.3. Sobre el contenido del informe técnico-económico

El Tribunal Superior de Justicia señala que, siendo el informe técnico-económico de autos mucho más completo y detallado que el enjuiciado en la repetida STS de 16 de febrero de 2005, hemos de ratificar nuestro criterio en base a las consideraciones del Alto Tribunal al respecto:

“–No cabe argüir que no se tiene en cuenta para el cálculo del importe de la tasa la intensidad de uso, máxime si tenemos en cuenta que el tiempo de duración del aprovechamiento, así como el coeficiente aplicable a cada operador según su cuota de mercado en el municipio, son parámetros que están midiendo de forma exacta y precisa la intensidad de uso.

“–No puede admitirse que al fijar la cuantía de la tasa deba valorarse la utilidad derivada para cada contribuyente en concreto de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local que dicho contribuyente haga en particular, pues la Ordenanza es necesariamente una disposición general y abstracta que no puede contener una regulación *intuitu personae*, sino que se limita a valorar tal utilidad en términos generales para las empresas que prestan las distintas clases de servicios de suministro. Otra cosa bien distinta es que se tenga en cuenta la intensidad en el aprovechamiento, para que la cuantía de la tasa sea distinta según contribuyentes, pero esto también lo hace la Ordenanza, que para conseguir que la cuantía de la tasa guarde alguna relación con la intensidad del aprovechamiento introduce algunos factores de corrección como el número de usuarios a los que se presta el servicio en el municipio, que obviamente algo tendrá que ver con la intensidad en el uso de las redes tendidas en el dominio público local.

“–No se puede aceptar que se reclame una diferenciación según la intensidad en el uso del demanio y luego se impugne el criterio que se emplea –el del número de usuarios– que alguna relación tiene, necesariamente, con la intensidad en el uso de las redes. Menos todavía cuando se afirma que no es técnicamente posible determinar el número de usuarios a los que presta el servicio en el término municipal, cuando debería bastar al efecto, por ejemplo, con localizar –lo que indiscutiblemente es posible– los clientes de la empresa de telefonía móvil que tienen su domicilio en dicho término municipal.

“—Los parámetros indicados no pueden ser considerados, de ninguna manera, como una fórmula encubierta para lograr gravar a las empresas operadoras en el sector de la telefonía móvil con el 1,5% de los ingresos brutos, tal y como establece el artículo 24.1.c) de la Ley reguladora de las haciendas locales, máxime cuando el suministro de telefonía

móvil está expresamente excluido, sino que es un prudente criterio que nos permite el cálculo del importe final de la tasa, respetando los principios de proporcionalidad, equidad en la distribución de la carga tributaria e igualdad tributaria.”

Por todo ello, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso de apelación.

4. Patrimonio de las administraciones públicas

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Allí donde se produzca una adquisición coactiva de un bien o de un derecho por el poder público sin seguir los trámites esenciales de declaración de utilidad pública o interés social, mediando la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes, cabe hablar de actuación material

Para que tenga lugar la prescripción extraordinaria como medio de adquisición de los terrenos a favor de la Administración, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. La existencia de una vía de hecho impide admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica, en el sentido del artículo 1959 del Código Civil, y, tratándose de la posesión adquirida de manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *verus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo.

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 406/2009

Fecha: 25 de junio de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Viñol y Palop

Demandante: Particulares

Demandado: Ayuntamiento de Madrid

Doctrina: La noción de vía de hecho funciona como un reactivo para amparar al propietario que se ve privado de sus bienes por una Administración que no ha seguido los trámites exigidos por el legislador, en garantía de su derecho de propiedad; tiene, precisamente por ello, un carácter expansivo. De este modo, allí donde se produzca un adquisición coactiva de un bien o de un derecho por el poder público sin seguir los trámites esenciales de declaración de utilidad pública o interés social, mediando la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes, cabe hablar de actuación material, no amparada por el ordenamiento jurídico, pues, en tales tesituras, están ausentes las razones que justifican la atribución a la Administración de unas singulares prerrogativas, que solo se le reconocen para que promueva con objetividad los intereses generales (artículo 103, apartado 1, de la Constitución).

No cabe confundir el destino que el Plan General de Ordenación dé a un determinado terreno como vial y su vinculación al mismo, con la adquisición por el Ayuntamiento de dicho terreno, adquisición que no se produce de modo automático con la aprobación del planeamiento urbanístico oportuno, sino a través de la ejecución del planeamiento.

Para que tenga lugar la prescripción extraordinaria como medio de adquisición de los terrenos sobre los que se plantea la controversia, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

La ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa, coloca a la Administración en el terreno de las llamadas vías de hecho.

La existencia de una vía de hecho impide admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil.

Tratándose de la posesión adquirida de manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *verus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella.

El artículo 1959 del Código no puede entenderse desconectado de los demás que regulan la prescripción con carácter general, entre los cuales figura el artículo 1941 del Código Civil, que precisamente determina que la posesión hábil para la prescripción “ha de ser en concepto de dueño”, estableciendo el artículo 447 del mismo texto legal que solo la posesión que se adquiere en concepto de dueño puede servir para obtener el dominio.

Que la posesión en concepto de dueño ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya mediante actos inequívocos, claros y ciertos para el tráfico jurídico.

Supuesto de hecho

Los titulares registrales de unos terrenos, interponen recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, por la que se desestimó el recurso interpuesto contra la actuación material del Ayuntamiento de Madrid constitutiva de vía de hecho, consistente en la ocupación de los terrenos de

los que son titulares registrales, y la realización de obras de acondicionamiento, asfaltado, colocación de aceras y establecimiento de aparcamiento.

Alegan en el recurso de apelación que ha quedado debidamente acreditada la titularidad de los terrenos, la inexistencia de procedimiento de gestión urbanística que hubiese provocado la transmisión o cesión de los terrenos, y su ocupación para trabajos de asfaltado, acerado y establecimiento de aparcamiento.

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

Fundamentos de Derecho

La sentencia objeto de apelación desestima el recurso presentado, en base a entender que, tras la escasa actividad probatoria, no ha quedado acreditado que la Administración haya actuado en vía de hecho, al no constar que, solicitándose la recuperación de la posesión, la finca ocupada estuviera materialmente ocupada por los recurrentes en fecha anterior a las obras de urbanización. La sentencia recurrida sostiene que dicha finca era utilizada como calle o vial público tal y como figura en los planes de ordenación urbana desde el año 1946, concluyendo, tras afirmar que deben acudir a la jurisdicción civil para obtener una declaración a su favor de la propiedad de la finca cuestionada, que no existen presupuestos fácticos y jurídicos para estimar la existencia de la vía de hecho, ya que la actuación administrativa estaba amparada por los planes de ordenación urbana y la propia situación material de la finca.

El Tribunal Superior de Justicia señala que, en el presente caso, ni se discute la propiedad de los terrenos ocupados, acreditada fehacientemente por los apelantes a través de la documental registral obrante en el expediente administrativo, ni la realidad de la ocupación de los mismos para la realización de obras de urbanización, ni mucho menos, como se afirma en la sentencia, se está pidiendo una declaración a favor de los recurrentes de la propiedad de la finca.

El Tribunal, al analizar la sentencia recurrida, niega que pueda sostenerse la inexistencia de vía de hecho por parte de la Administración, porque su actuación está amparada por el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que desde el año 1946 ha calificado dicho terreno como vial público. Asevera que: "(...) no cabe confundir el destino que el Plan General de Ordenación de a un determinado terreno como vial y su vinculación al mismo, lo cual en el presente caso no se discute, con la adquisición por el Ayuntamiento de dicho terreno, adquisición que no se produce de modo automático con la aprobación del planeamiento urbanístico oportuno, sino a través de la ejecución del planeamiento y de acuerdo con los sistemas de actuación determinados en el Reglamento de gestión (...) De lo expuesto se deduce que, si bien la parcela de los recurrentes está calificada como red viaria en el Plan General de Ordenación vigente, dicho plan no ha sido desarrollado en su totalidad a través del corres-

pondiente sistema de gestión, por lo que la Administración no ha adquirido la propiedad del terreno para destinarlo a vial público."

En tal sentido, el Tribunal Superior de Justicia hace mención expresa a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia dictada en el recurso núm. 5503/2005, donde se establece:

"En efecto, nuestra jurisprudencia más reciente [véanse las sentencias de 22 de septiembre de 2003 (casación 8039/99, FJ 2º) y 19 de abril de 2007 (casación 7241/02, FJ 4º)], heredera de una doctrina ya secular, considera que la Administración incurre en vías de hecho tanto cuando usa potestades que no le han sido conferidas por el legislador como cuando, disponiendo de las mismas, las ejercita al margen del procedimiento establecido. (...) Esta estructura dual de la noción de 'vía de hecho' se encuentra presente, como si fuera el negativo de su fotografía, en el artículo 101 LRPAC, cuando dispone que no se admiten interdictos (los actuales procedimientos especiales de protección posesoria de la vigente Ley de enjuiciamiento civil), frente a los órganos administrativos que desenvuelvan materias propias de su competencia con arreglo al procedimiento legalmente establecido, idea que subyace, ya en positivo, al texto del artículo 125 de la Ley de expropiación forzosa, al permitir que los administrados acudan a esa clase de remedios excepcionales frente a la Administración que ocupa, o lo intenta, un bien de su propiedad obviando las garantías básicas del procedimiento expropiatorio. Como se ve, las vías de hecho despojan a la Administración de sus privilegios y prerrogativas, colocándola en pie de igualdad con los particulares.

"(...) no vale sostener, como hace la Administración recurrente, que existía una apariencia de que el propietario del terreno era el Ayuntamiento (...) La Administración expropiante se encuentra obligada a entenderse con el propietario de la cosa o titular del derecho expropiado, esto es, con quien, salvo prueba en contrario, aparezca como tal en los registros públicos que, como el de la propiedad (...), produzcan presunción de titularidad únicamente destruible mediando intervención judicial (...) el artículo 3 de la Ley de expropiación forzosa, rectamente entendido, impone a la Administración la carga de indagar la titularidad dominical del bien expropiado, lo que la compele, tratándose de inmuebles, a dirigirse al Registro de la Propiedad o, si fuera menester, a los registros y archivos administrativos correspondientes.

"(...) La noción de vía de hecho, que funciona como un reactivo para amparar al propietario que se ve privado de sus bienes por una Administración que no ha seguido los trámites exigidos por el legislador en garantía de su derecho de propiedad, tiene, precisamente por ello, un carácter expansivo que no admite interpretaciones estrictas como la defendida por la Comunidad de Madrid. De este modo, allí donde se produzca un adquisición coactiva de un bien o de un derecho por el poder público sin seguir los trámites esenciales de declaración de utilidad pública o interés social,

mediando la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes, cabe hablar de actuación material, no amparada por el ordenamiento jurídico, pues, en tales tesituras, están ausentes las razones que justifican la atribución a la Administración de unas singulares prerrogativas, que solo se le reconocen para que promueva con objetividad los intereses generales (artículo 103, apartado 1, de la Constitución.”

En cuanto a la posibilidad de que el Ayuntamiento haya adquirido el terreno por usucapión, el Tribunal Superior de Justicia lo niega al amparo de la postura mantenida por el Tribunal Supremo sobre tal posibilidad en la sentencia de 12 de diciembre de 2006, en la que se citan a su vez otras dos sentencias del Tribunal Supremo, de las que debe destacarse la STS de 30 de septiembre de 2004 (Rec. 2599/2000), que establece que:

“(..) esta Sala tiene establecido que la adquisición de bienes para el dominio público puede operarse por medios o modos de Derecho Administrativo y también de Derecho Privado, entre ellos la prescripción adquisitiva o usucapión. (...) La prescripción extraordinaria (...) se produce por el transcurso de treinta años en posesión de un bien inmueble sin necesidad de justo título y de buena fe (artículo 1959 del Código Civil). A su vez, (...) dicha posesión ‘ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida’, pues son estos requisitos generales que el Código Civil exige a fin de que la posesión pueda aprovechar para la usucapión de bienes inmuebles en cualquiera de sus modalidades.

“La ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa comporta una vulneración de la garantía indemnizatoria que la Constitución reconoce en favor de la propiedad como derecho fundamental (artículo 33 de la Constitución) y coloca a la Administración en el terreno de las llamadas vías de hecho, que se producen, entre otros supuestos, cuando la Administración actúa totalmente al margen del procedimiento establecido.

“Cuando estas circunstancias ocurren resulta imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil. No cabe, sin embargo, descartar –y para ello es menester un examen de las circunstancias del caso– que una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración pueda pasar a serlo por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario, pues la jurisprudencia civil exige que el carácter no pacífico de la posesión, manifestada por la oposición del *versus dominus*, tenga una continuidad en el tiempo.

“Es cierto que tratándose, sin embargo, de la posesión adquirida de esta manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *versus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo (...).

“Así, el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de

los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho, y de que no se impugne después la ocupación realizada por la Administración, no permitirá siempre entender que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo, pues (...) la sujeción al principio de legalidad que debe presidir su actuación, permiten confiar al particular afectado en que la propia Administración, de haber procedido de manera no adecuada al ordenamiento jurídico, ajustará a él las consecuencias de su conducta remediando la agresión sufrida. Cabe por ello imputar a tolerancia actitudes que si fuera otro el sujeto ocupante de los bienes, podrían ser reveladoras de una pasividad ante la ocupación violenta suficiente como enervar la naturaleza no pacífica de la posesión (...).”

El Tribunal Superior de Justicia resume la doctrina del Tribunal Supremo del siguiente modo:

“Para que tenga lugar la prescripción extraordinaria como medio de adquisición de los terrenos sobre los que se plantea la controversia, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

“La ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa coloca a la administración en el terreno de las llamadas vías de hecho.

“La existencia de una vía de hecho impide admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil.

“Tratándose de la posesión adquirida de manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *versus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella.

“El artículo 1959 del Código no puede entenderse desconectado de los demás que regulan la prescripción con carácter general, entre los cuales figura el artículo 1941 del Código Civil, que precisamente determina que la posesión hábil para la prescripción ‘ha de ser en concepto de dueño’ estableciendo el artículo 447 del mismo texto legal que solo la posesión que se adquiere en concepto de dueño puede servir para obtener el dominio.

“Que la posesión en concepto de dueño ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya mediante actos inequívocos, claros y ciertos para el tráfico jurídico.”

Proyectada esta doctrina sobre el caso concreto, entiende que no concurre la prescripción, por una razón fundamental: “(...) En el presente caso, solo existe como acto claro

de poseer la propiedad en concepto de dueño el hecho de proceder a la urbanización, la cual, según manifestaciones de los propietarios, tuvo lugar en el año 2006, por lo que no ha transcurrido el plazo legalmente establecido para que tenga lugar la alegada prescripción adquisitiva por parte de la corporación local demandada.”

Por ello estima el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia y condena a la Administración a que cese en la actuación constitutiva de vía de hecho y la restitución de la posesión a sus propietarios.

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. El tema de la edificabilidad es importante económica y socialmente y está sumamente regulado en la normativa administrativa, pero no lo está en la civil. No cabe por ello la aplicación del artículo 1470 del Código Civil (expresión del requisito de integridad en el cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa que si es por defecto se aplica el artículo 1469 y si es por exceso, el 1470) a un contrato de permuta celebrado, por el que se transmitía una determinada parcela de 6.600 m², a cambio de otro bien inmueble, con una edificabilidad de 12.362 m², siendo así que la verdadera era de 14.057,14 m². La cosa que se da y la otra que se recibe, como establece el artículo 1538, lo han sido como cuerpo cierto, lo que hace inaplicable el artículo 1470

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Recurso de casación núm. 304/2005. Jurisdicción civil

Sentencia: Número 517/2009

Fecha: 30 de junio de 2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Demandante: La Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S.A. (AGESA)

Demandada: Junta de Andalucía

Disposiciones analizadas: Artículos 1469, 1470 y 1538 del Código Civil

Doctrina: La cosa que se da y la otra que se recibe, como dice el artículo 1538, lo han sido como cuerpo cierto, lo que hace inaplicable el artículo 1470. Si bien es cierto que el volumen de la edificabilidad era mayor que el previsto en el contrato y que el aprovechamiento urbano se halla en el volumen y no en la altura y que, por ende, determina el valor del terreno, ello no está recogido en el Código Civil. El Código no permite fundar una pretensión en un aumento o disminución del volumen de edificabilidad en relación con el previsto contractualmente, en tanto que los preceptos legales se están refiriendo a un error sobre la cabida, concepto este distinto al del volumen de edificabilidad, y que se identifica con la extensión superficial de la finca, atendida su superficie horizontal planimétrica, por lo que es clara la inaplicabilidad de los artículos 1469 y 1470 del Código Civil.

La realidad social, como elemento de interpretación de las normas jurídicas, es el que más ha contribuido a la evolución en la aplicación de las mismas, y tiene especial importancia al analizar la realidad del momento actual, tan distinto al de finales del siglo XIX, y evitar que la norma vaya contra ella. Sin embargo, como dice la sentencia de 26 de febrero de 2004, este elemento “no puede tergiversar la Ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria”, y tal como decía la de 18 de diciembre de 1997, “no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto.”

La base de la analogía es la identidad de razón (semejanza que es destacada por las sentencias de 21 de noviembre de 2000, 5 de febrero de 2004 y 28 de junio de 2004), que comprende los dos presupuestos de falta de norma e igualdad esencial

Supuesto de hecho

La Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S.A. (AGESA) formuló demanda frente a la Junta de Andalucía, fundada en el artículo 1470 del Código Civil, aplicable conforme al artículo 1541 del mismo Código, por razón de un contrato de permuta celebrado en escritura pública de 21 de julio de 2000, por el que, entre otras, se transmitía una determinada parcela de 6.600 m² con una edificabilidad de 12.362 m², siendo así que la verdadera era de 14.057,14 m². Se celebró

un contrato de permuta y el inmueble objeto del proceso se determinó como cuerpo cierto, y se fijó no un precio sino una cosa a cambio.

La esencia de la demanda era la reclamación de la cantidad correspondiente al exceso no ya de cabida a que se refiere el artículo 1470, sino al exceso de edificabilidad. La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5ª, de Sevilla, de 18 de octubre de 2004, revocando la de primera instancia, desestimó la demanda, por entender que la citada