

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO. ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

SUSPENSIÓN DEL ACTO

La suspensión judicial de la orden de expulsión se extiende no sólo a la ejecución del acto sino también a los efectos indirectos del acto en otros procedimientos.

“La ejecutividad del acto administrativo (artículo 56 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común), no es sino la expresión de la facultad de la Administración de llevarlo a efecto por sus propios medios sin auxilio de los Tribunales en contra de la voluntad de los obligados. No significa que el acto no sea susceptible de producir efectos de variada naturaleza desde el momento en que se dicta (a los que alude genéricamente el artículo 57.1 de la misma Ley), no vinculados necesariamente a una actividad de ejecución. Entre estos efectos figuran los efectos prerresolutorios o determinantes de la resolución en un procedimiento administrativo distinto.

La suspensión del acto administrativo constituye una medida cautelar cuyo fin es el de asegurar la eficacia de la sentencia anulatoria que pueda recaer en el proceso, en aras de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, la medida cautelar de suspensión no sólo se extiende a la ejecutoriedad del acto administrativo en sentido estricto (impidiendo pro-

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

visionalmente que pueda ser llevado a efecto mediante una actividad de ejecución), sino al conjunto de sus efectos. Alcanza a los efectos predeterminantes de la resolución definitiva que el acto suspendido pueda producir en otros procedimientos. Estos efectos indirectos del acto administrativo pueden ser tanto o más importantes que los derivados directamente de su ejecución, por lo que permitir que el acto suspendido judicialmente pueda producirlos comportaría la frustración del efecto de la medida cautelar acordada y, por ende, de su finalidad de salvaguarda de la eficacia del proceso pendiente sobre su legalidad.

La jurisprudencia ha atribuido preferencia a los procedimientos encaminados a la legalización de la situación de un extranjero en España frente a la ejecución de la orden de expulsión que pueda pesar sobre él. Ha declarado reiteradamente (sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1991, 25 de noviembre de 1995, 17 de febrero de 1996, 19 de febrero de 2000, 22 de julio de 2000, 30 de septiembre de 2000, 19 de diciembre de 2000 y 24 de febrero de 2001, entre otras) que no es conforme a Derecho la ejecución de la orden de expulsión o de la obligación de salida del territorio español mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de residencia, de trabajo o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero, oportunamente presentadas. Por consiguiente, procede acordar en este interregno la suspensión de aquella orden.

Desde esta perspectiva, cabe concluir también que los efectos indirectos de la orden de expulsión como impeditiva de la legalización (v. gr. sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1988, según la cual la orden de expulsión impide solicitar permiso de trabajo) no se producen en caso de ser esta suspendida. Una de las finalidades de la suspensión puede ser la de permitir que el procedimiento encaminado a la legalización sea resuelto por la Administración sin que su tramitación o la eficacia de la resolución recaída pueda ser obstaculizada por la orden de expulsión.

En el caso examinado debe interpretarse que la orden de expulsión, con arreglo a las disposiciones vigentes a la sazón, produce efectos predeterminantes de la denegación de la oferta de trabajo nominativa.

Así se desprende de resolución del Consejo de Ministros de 9 de junio de 1995 por la que se aprueba el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios en 1995, pues el punto V.1 dispone que las ofertas se atenderán, entre otras circunstancias, “teniendo en cuenta asimismo las causas que impiden la concesión del permiso de residencia o la expedición del visado”.

A este principio responde la instrucción sexta. 5 de las publicadas por resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia 1 de agosto de 1995 sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios en 1995 y procedi-

miento para su cobertura -aprobadas por los directores generales de la Policía y de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo, de Asuntos Consulares y de Migraciones mediante resolución de 19 de julio de 1995 y modificadas de acuerdo con la resolución de los mismos de 21 de noviembre de 1995, publicada por resolución de 1 de diciembre de 1995 de la subsecretaría del Ministerio de la Presidencia-

Con arreglo a esta disposición “En la tramitación de las ofertas nominativas deberá solicitarse informe previo de la Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación sobre la existencia o no de razones que, en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, impidan la concesión de un permiso de residencia (...)”.

Constando la suspensión judicial de la orden de expulsión, procede, a tenor de lo razonado, tener por suspendidos los efectos prerresolutorios de ésta consistentes en impedir que sea atendida la oferta de empleo nominativa. La orden de expulsión no puede ser tenida en cuenta para acordar sobre la misma. De no ser así se frustraría la finalidad de aquella medida cautelar, ya que la estimación del recurso no impediría que la orden de expulsión, a pesar de ser finalmente anulada, hubiera obstaculizado la regularización de la situación de la interesada de manera difícilmente reversible.

La sentencia recurrida se acoge a esta interpretación, por lo que no se aprecia la infracción del Ordenamiento jurídico denunciada”.

(STS de 18 de marzo de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª. Fdts. J. 3ª, 4ª, 5ª, y 6ª. Magistrado Ponente Sr. Xiol Ríos. Ar. 3009).

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

EJECUCIÓN DE PROYECTO DE URBANIZACIÓN POR JUNTA DE COMPENSACIÓN

No precisando licencia urbanística no está sujeta a tasa o impuesto municipal alguno.

“La Sala ha de abundar en los argumentos de la Junta recurrente, que, por otra parte, constituyen ya consolidado criterio jurisprudencial.

En efecto. Las Sentencias, entre otras, de 7 de abril de 2000, de 31 de diciembre de 2001, y de 1 de junio de 2002, con cita de otras muchas, tienen declarado que “el Proyecto de Urbanización es un verdadero acto de ejecución del planeamiento urbanístico, inmediatamente ejecutivo, que hace innecesaria -superflua realmente- la solicitud de licencia de obras, de donde resulta improcedente y nulo, tanto el giro de una tasa, como el del ICIO, pues para liquidar este último es necesario que la construcción, instalación

u obra exija la obtención de una licencia, requisito que no se cumple en los Planes de Urbanización y que no puede suplirse... con una prohibida interpretación analógica del concepto de licencia, referida a un supuesto control urbanístico en la ejecución de un proyecto de urbanización, que, como ya se ha adelantado, sería innecesario, porque, siendo dichos proyectos ejecución del planeamiento, no cabe hablar de algo que sería la ejecución de la ejecución, como tampoco puede... confundirse la licencia urbanística con la aprobación del proyecto de urbanización” (sic en el F. 21 de la última de las sentencias acabadas de citar).

Por otra parte -sigue diciendo esta sentencia- no puede olvidarse que las actividades de ejecución del planeamiento urbanístico, aunque se realicen por los particulares o por entidades distintas del respectivo Ayuntamiento, no suponen intervención a título privado, sino verdaderas intervenciones públicas en la ejecución de la ordenación urbanística, aunque sean, en realidad sustitutorias respecto de la actividad municipal, a quien corresponde, junto con las restantes autoridades urbanísticas, la potestad administrativa de ordenación, cuyo ejercicio, aunque sea realizado mediante delegación o sustitución, no precisa, lógicamente, de licencia alguna.

Por las razones expuestas, unidas a la de la equiparación de la aprobación municipal de un proyecto de urbanización a una licencia significará una extensión analógica del ámbito del hecho imponible del ICIO, extensión prohibida por el art. 24.1 LGT, hoy 23.2 de la misma norma tras la reforma introducida por la Ley 25/1995, de 20 de julio, se está en el caso de estimar el recurso, sin hacer especial imposición de costas, ni en la instancia ni en esta casación de conformidad con lo establecido en el art. 102.2 de la Ley Jurisdiccional aquí aplicable”.

(STS de 15 de febrero de 2003. Sala 3ª, Secc. 2ª. Fdts J. 2º y 3º. Magistrado Ponente, Sr. Sala Sánchez. Ar. 2103).

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DEBER DE OBJETIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

No es posible pretender del administrado la prueba de un hecho negativo, como es el no cumplimiento de un trámite por la Administración.

“En el segundo motivo de casación el recurrente sostiene que se ha infringido el artículo 26.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, RD 203/1995, por cuanto no figura en el expediente propuesta de resolución motivada e individualizada, tal y como exige el citado precepto, pese a lo cual la Sala “a quo”estima acreditado que se ha cumplido dicho requisito por la simple manifestación de la Administración, con lo que se esta impo-

niendo al actor la carga de aportar los elementos probatorios que debían constar en el expediente y que la Administración, con arreglo a la Jurisprudencia que cita, estaba obligada a remitir a la Sala.

El motivo debe prosperar. En efecto el artículo 7 de la Ley 5/1984 establece que el expediente se someterá a la comisión Interministerial, prevista en el artículo 6, a efectos de que por ésta se formule la correspondiente propuesta al Ministro del Interior y formulada ésta si los criterios fueran concordantes se dictará resolución y en caso contrario se elevará el expediente al Consejo de Ministros.

En el caso de autos en el expediente administrativo no sólo no aparece la propuesta de la Comisión Interministerial citado sino que tampoco aparece constancia de la remisión del expediente a aquélla para que emita la correspondiente propuesta, apareciendo como único trámite la audiencia del solicitante que conforme al artículo 24 del Real Decreto 203/1995 debe ser previa a la remisión del expediente a la Comisión Interministerial, sin que en el expediente figure tampoco el informe del ACNUR ni de ninguna otra de las asociaciones a que se refiere el artículo 7 de la Ley, aun cuando en este caso, al contrario de lo que ocurre con la comisión Interministerial, su intervención en el expediente no es preceptiva.

Exigir, como lo hace la Sala “a quo”, que sea el administrado quien deba acreditar el incumplimiento de un trámite administrativo impuesto por la Ley a la Administración y cuya constancia debe figurar en el expediente que aquélla debe remitir al órgano jurisdiccional, supone no sólo primar el incumplimiento por la Administración de su obligación de remitir el expediente administrativo completo, premiando así una conducta pasiva obstaculizadora de los derechos de los ciudadanos, lo que es incompatible con el deber de objetividad impuesta a las Administraciones Públicas por el artículo 103 de la Constitución, sino que supone una clara inversión de los principios generales de la carga de la prueba imponiendo al administrado la necesidad de probar un hecho negativo, el no cumplimiento de un trámite, en este caso esencial en cuanto de su resultado dependerá la competencia para la resolución del expediente.

El motivo en consecuencia debe prosperar y ser estimado.

Estimado el segundo motivo de casación, procede resolver la cuestión en los términos en que ha quedado planteado el debate y en consecuencia, omitido un trámite esencial en orden a la resolución del expediente que incluso afecta a la competencia para dicha resolución en vía administrativa, por tanto también a la posterior para conocer en su caso del recurso en vía jurisdiccional, y no habiéndose admitido la prueba propuesta encaminada a acreditar la realidad de los hechos alegados por el recurrente para la anulación del acto recurrido procede la retroacción del expediente al momento inmediatamente posterior a la solicitud para que se proceda a su tramitación conforme a Derecho, incorporándose la propuesta de la Comisión Interministerial y en su caso ACNUR, así como de cualquier otra Asociación

legalmente reconocida que entre sus objetivos tenga el asesoramiento y ayuda al refugiado, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo”.

(STS de 20 de marzo de 2003. Sala 3ª, Secc. 6ª. Fdtos. J. 2º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Sieira Míguez. Ar. 2821).

IV. BIENES PÚBLICOS

CONCESIÓN DE SANEAMIENTO Y APROVECHAMIENTO DE MARISMAS

El TS sintetiza los supuestos en los que estas concesiones producen o no la transformación de terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada.

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de esta cuestión presenta perfiles diferenciados, cuyo resumen podría hacerse en estos términos:

a) La conversión jurídica en terrenos privados no tendrá si así se deduce de las propias cláusulas concesionales. La posibilidad de que se prevea que la concesión no produciría conversión jurídica a pesar de la desecación de la marisma está contemplada en sentencias como las de 10 de octubre de 1966 (marisma de Santoña Santander) o la de 18 de diciembre de 1970 (marisma en el Canal de Base del Puerto de Santander) para supuestos de concesiones meramente temporales en las que se denegó su otorgamiento a perpetuidad.

b) Tampoco tiene lugar la transmutación dominical en aquellas concesiones en que, a pesar de la desecación, el terreno así saneado no cambie, por su propia naturaleza, su condición de dominio público. Se trata de supuestos en que o bien la desecación de una marisma convierte el terreno, ya desde un principio, en paraje cuyas condiciones físicas son las propias de la zona marítimo-terrestre o de una playa, o bien se recupera “a posteriori” dicho carácter. En la sentencia de 10 de abril de 1992 hemos afirmado que procede declarar la caducidad de la concesión demanial si los terrenos desecados que constituyeron su objeto han sido después “reintegrados” físicamente a la zona marítimo-terrestre por quedar sometidos de nuevo a los efectos de las mareas y filtración de las aguas del mar.

c) en las sentencias de 23 de marzo de 1972 (marisma en la bahía de Santander), 10 de noviembre de 1976 (marisma de Noja, Cantabria) y 7 de febrero de 1984 (marismas del Odiel, Huelva) nos hemos pronunciado a favor de la conversión “del derecho real administrativo en pleno señorío”, en concreto, afirmábamos en las dos últimas que si la concesión controvertida se otorga “al amparo de lo prevenido en el art. 55 de la Ley de 7 de mayo 1880 de Puertos, entonces vigente y, por ende, a “perpetuidad”, expresión

que no puede entenderse en otro sentido que, el de que, tan pronto se cumpliera el contenido fundamental de la misma, que no era otro sino las obras de desecación de la marisma a que la concesión de autos se contrae, los terrenos de tal figura administrativa pasaban a ser propiedad del, en un principio, concesionario o, concesionarios de la misma”.

Afirmaciones que hacíamos sobre la base de considerar que “existen (...) otros supuestos de concesiones demaniales menos frecuentes, como la de desecar marismas, la autorización para realizar obras, las que se ganan terrenos al mar o la vetusta de roturación, rompimiento y cultivo de terrenos baldíos, en todas las cuales, la concesión viabilizadora tiene una finalidad y efecto, muy diferentes a los que hemos llamado típicos siendo su finalidad específica la transformación física del bien o terrenos objeto de la misma con la consiguiente pérdida de su primitiva calificación jurídica, pasar de ser un bien público a ser un bien privado (...)”.

d) en las sentencias de 9 de octubre de 1992 (Castro Urdiales), 16 de julio de 1993 playa del Sardinero en Santander) y 5 de mayo de 1994 (Castro Urdiales) se hace la afirmación, ulteriormente repetida en numerosas ocasiones, de que “las concesiones concedidas a perpetuidad bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880 para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora producen, una vez realizada la urbanización, la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada”, tesis que tiene su apoyo “8...) en los artículos 65 de la Ley de Aguas de 1879, 55 de la Ley de Puertos de 1880, 22 del Real Decreto de 20 de agosto de 1883 y 5-5 de la Ley de Costas de 1969, en la propia Jurisprudencia de este Tribunal (...), y en las cláusulas mismas de las concesiones entonces examinadas (algunas de las cuales eran tan expresivas como la que decía, por ejemplo, que “si por rotura de los muros de cierre, vuelven a penetrar aguas del mar en la marisma, ésta vuelve a pasar al dominio público”.

La afirmación es matizada, acto segundo, para declarar que ello no implica la absoluta pérdida de facultades de la Administración estatal al respecto pues puede seguir conservando, sí así lo prevén los títulos constitutivos, ciertas facultades “(...) atinentes a la salvaguarda de la finalidad originaria, que fue la de ganar terrenos al mar”. Esta es una competencia, se añade, “que, aunque los terrenos sean privados -que lo son- sigue teniendo la Administración de Costas con independencia de la urbanística que corresponde a la Administración Local, y la tiene porque se le deriva del título originario”.

e) Si bien esta misma doctrina es reiterada en la sentencia de 24 de abril de 1997, concesión en Ayamonte, Huelva), en su fundamento jurídico octavo se precisa que ha de atenderse a las cláusulas correspondientes, que constituyen la ley de cada concesión. Y, se añade, no hay transmutación automática del dominio si: “La concesión (...) se otorgó no con arreglo a los artículos 51, 55 y 57 de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 (preceptos en que se regulan las concesiones para desecar marismas), sino con base específica y concreta en los artículos 44 y 45 de dicha Ley (que se citan en la primera condición), y cuyos artículos se re-

fieren a las autorizaciones en general “para construir dentro del mar o en las playas y terrenos contiguos muelles, embarcaderos (...) y demás obras análogas complementarias o auxiliares de las que existan para el servicio del puerto” o para formar salinas, fábricas y otros establecimientos que en todo o en parte ocupen terrenos de dominio público o con destino al servicio particular”.

Estas concesiones o autorizaciones, añade la Sala, son distintas de las especificadas en el artículo 51 de la Ley de 1880; bien claro lo pone de manifiesto el artículo 54, donde se alude pormenorizadamente a las concesiones de que tratan los artículos 44, 45, 47 y 48, que se citan aparte y como distintas a las del artículo 51.

El artículo 54 declara aplicable a estas autorizaciones lo dispuesto en el artículo 50 (que, en efecto, es citado en la condición 13ª de la concesión que examinamos), que se refiere a la necesaria indemnización de sólo el valor material de las obras que sea necesario destruir en el caso de que organismos públicos hayan de realizar obras declaradas de utilidad pública, lo que carece de sentido si se aceptara la tesis de la parte actora”.

f) La doctrina general que hemos sintetizado en la letra d) precedente resulta reiterada en las sentencias de 13 de octubre de 1999 (concesión en la Ribera de Ayamonte, Huelva) de 14 de noviembre de 2000 (marisma de Treto, Cantabria) y de 23 de octubre de 2000 (marisma de Castro Urdiales, Cantabria).

g) Por último, en la reciente sentencia de 1 de julio de 2002, al enfrentarnos con concesiones otorgadas el 10 de septiembre de 1965 y 16 de diciembre de 1968 para el cierre, relleno y saneamiento de marisma, situada en el Canal de Raos, Santander, con el fin de establecer en los terrenos desecados una industria, concesiones en este caso a título de precario, por un plazo de 99 años, sin cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Estado, no sólo hemos confirmando la falta de transferencia patrimonial a favor de los concesionarios, sino declarado la conformidad a derecho de las resoluciones de la Dirección General de Puertos y Costas que autorizaron la transferencia de los derechos concesionales, pero ya reducidos a un plazo de treinta años, contados a partir del 29 de julio de 1988, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria decimocuarta 3 del Reglamento de Costas, aprobado por Real Decreto 147/1989, de 1 de diciembre”.

(STS de 2 de enero de 2003. Sala 3ª, Secc. 3ª. Fdto. J. 5ª. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez. Ar. 1194).

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

DECLARACIÓN DE INTERÉS COMUNITARIO

Los órganos jurisdiccionales no pueden determinar el contenido discrecional de los actos que anulen.

“La Generalidad Valenciana interpone recurso de casación contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 de mayo de 1999, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Isabel D. C. contra el acuerdo de la Administración recurrente de 16 de noviembre de 1995, por el que se denegó a la señora d. C. la declaración de interés comunitario para la instalación de una mina de arcillas y caolín en suelo no urbanizable y reconoció el derecho de la solicitante a la obtención de la declaración de interés comunitario para la referida actividad.

En su segundo motivo de casación, por el cauce del artículo 88.1.c) LJCA, la parte recurrente invoca el artículo 71.2 LJCA, que, a su juicio, ha sido infringido por la sentencia de instancia al reconocer a doña Isabel D. C. el derecho a la concesión de la declaración de interés comunitario que había solicitado.

El citado precepto establece que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”, y la parte recurrente entiende que la declaración de interés comunitario, que es necesaria para la atribución de determinados usos y aprovechamientos en suelo no urbanizable según la Ley Valenciana 4/1992, de 5 de junio, responde al ejercicio de una potestad discrecional por lo que la Sala de instancia debió limitarse a anular el acto impugnado sin reconocer el derecho de la recurrente a la obtención de esa declaración.

Este motivo de casación debe prosperar. La declaración de interés comunitario para el ejercicio de las actividades reguladas en la Ley 4/1992 de las Cortes Valenciana constituye una decisión que ha de adoptarse, según el artículo 16.2 “in fine” de dicha ley, entre otros criterios de carácter reglado, atendiendo a la mayor oportunidad y conveniencia de la localización propuesta frente a otras áreas de suelo no urbanizable, lo que supone el ejercicio de una potestad discrecional que corresponde en último extremo a la Administración, y, que no puede ser llevado a cabo por los órganos de la jurisdicción aunque, como el caso presente, haya encontrado motivos para anular el acto resolutorio del expediente. Más aún, precisamente en el acuerdo que da origen a este proceso la Administración recurrente denegó la declaración solicitada por una cuestión preliminar, por entender que el suelo sobre el que pretendía ejercer la actividad estaba clasificado como suelo no urbanizable protegido, por lo que la denegación se produjo sin que se hubiera completado el expediente son la aportación de los diferentes elementos que exigen los artículos 16.2 y 17 de la indicada Ley 4/1992, y cuya incorporación al expediente es imprescindible para su adecuada resolución. En consecuencia, la Sala de instancia debió limitarse a anular el acuerdo adoptado por la Generalidad Valenciana y limitarse a declarar el derecho de doña Isabel D. C. a que su petición fuera resuelta partiendo de que

el suelo sobre el que pretendía llevarse a cabo la actividad era suelo no urbanizable común y no suelo no urbanizable protegido, por lo que procede estimar este motivo de casación y, en cuanto al fondo, resolver en el sentido que se acaba de indicar”.

(STS de 29 de enero de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. Fdts. J. 1ª y 3ª. Magistrado Ponente Sr. Enríquez Sancho. Ar. 829).

VI. CONTRATOS

CERTIFICACIONES DE OBRA

Su naturaleza de auténtico título de crédito, posee efecto compensatorio de deudas tributarias.

“En segundo término, porque, en el supuesto de las certificaciones de obra, que son las que en el caso enjuiciado pretendían compensarse por “Dragados y Construcciones, SA” con determinadas deudas tributarias determinadas por la AEAT, se está ante documentos auténticamente representativos “per se” de un crédito a favor del contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas a cambio de su precio, de un auténtico título de crédito con tal contenido que, como expresaba el art -de la Ley de Contratos del Estado, aquí aplicable -el Texto Articulado de 8 de abril de 1965-, determinaba el pago de intereses si, transcurrido el plazo de tres meses a contar desde su fecha -dos en la actualidad, según el art. 99.4 del Texto refundido vigente de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo de 16 de junio de 2000-, la Administración no pagaba al contratista el importe de las certificaciones, criterio ratificado por reiterada jurisprudencia de esta Sala, que sitúa, además, el día inicial del cómputo, no en el de la intimación del contratista, sino en el de la fecha de las certificaciones -vgr. Sentencia de 26 de febrero de 2001 y demás en ella citadas-. Esa misma naturaleza le reconoce el STC de 27 de mayo de 1993, que recuerda que el propio Tribunal, en Auto 818/1985, les atribuyó la condición -a las certificaciones, se entiende- de fondos públicos afectos a la obra o servicio de que se trate. Y esta particular naturaleza, por último, hace que, como establecía el art. 145 del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975, y hoy establece el art. 100 del Texto Refundido de 16 de junio de 2000, las certificaciones de obra, que se han de expedir mensualmente -art. 142, párrafo 2º, aparte inembargables, salvo para pago de salarios y de cuotas sociales, sean transmisibles y pignoratias, conforme a derecho, bastando la mera comunicación a la Administración para que ésta tenga obligación de expedir el mandamiento de pago a favor del cesionario.

Y, por último y en tercer lugar, porque, de acuerdo con todo cuanto acaba de argumentarse, el reconocimiento del crédito contra la Administración que la certificación de obras supone está comprendido en el acto administrativo que autoriza o acuerda su expedición. Este sería, propiamente, el acto administrativo firme que exige el antes citado art. 68.1.b) LGT y que, en el caso de las certificaciones, no sería subsiguiente, sino coetáneo a la aludida expedición. Como esta Sala tiene declarado en la reciente Sentencia de 18 de enero de 2003 (recurso de casación 183/1998), no puede confundirse el reconocimiento de la obligación según la Regla 64 de la Instrucción de Contabilidad de los Centros Gestores del Presupuesto de Gastos del Estado, que no es otra cosa que un acto interno de Tesorería en el que se refleja la anotación en cuenta de los créditos exigibles contra el Estado, con un acto administrativo firme de reconocimiento de un crédito en favor del sujeto pasivo. Esta exigencia de la Regla 64 de la Instrucción aludida, como termina diciendo la sentencia mencionada, no puede ser potenciada hasta el extremo de que, con ella, la anotación en cuenta a que se refiere se convierta, como se pretende en el recurso, en un nuevo requisito a añadir a los ya previstos en el art. 67 del Reglamento de Recaudación de 1990, y debe ser reducida a la significación de una norma cuyo cumplimiento por la Administración es imprescindible para ésta, pero que no puede bloquear los efectos extintivos de una compensación solicitada en tiempo, puesto que las certificaciones a que se denegó efecto compensatorio llevaban fecha coincidente como al principio se dijo, con el último día del período voluntario de las deudas tributarias cuya extinción se pretendía”.

(STS de 8 de febrero de 2003. Sala 3ª, Secc. 2ª. Fdto. J. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Sala Sánchez. Ar. 2482).

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO

TASA MUNICIPAL SOBRE PROTECCIÓN ARQUEOLÓGICA

La naturaleza de la tasa es incompatible con la imposición al sujeto pasivo de obligaciones de efectuar la excavación de acuerdo con las directrices del personal técnico del Ayuntamiento.

“La propia denominación y contenido de la Ordenanza pone de manifiesto que la tasa que regula, lo es en concepto de retribución por la prestación de servicios municipales, los cuales han de ser llevados a cabo por el propio Ayuntamiento y en este caso, consisten en la inspección y comprobación de sí, en el inmueble donde se pretende realizar una actividad constructiva, existen o no restos arqueológicos que deban ser preservados, lo que puede

llegar incluso a impedir esa obra para la que se solicitó y obtuvo licencia, pero sometida a la condición de que no fuera incompatible con la protección del patrimonio arqueológico.

Ante esta situación, la imposición de una obligación de hacer (como es la de realizar las excavaciones necesarias para la comprobación arqueológica) resulta incompatible con la naturaleza de la propia tasa, sin que pueda reducirse el servicio -como parece pretender la corporación recurrente- a la actuación de los arqueólogos municipales que, previamente a su preceptivo informe (que denuncia el art. 11 de la Ordenanza) habrían de ordenar y dirigir las calcatas y restantes trabajos a realizar por los operarios (propios o contratados) del solicitante de la licencias (la de obras y la de protección arqueológica que vendría a ratificar la primera), con lo cual el importe real de la Tasa (por el segundo concepto) entendido, dicho importe real, como coste económico para el interesado, quedaría sumido en la incertidumbre, al depender de las "directrices que el personal técnico de esta Gerencia determine", como textualmente reza el precepto discutido; situación que es incompatible con la certeza que debe presidir la imposición, regulación y cuantificación de tributos de cualquier clase.

En cuanto al acto de aplicación a través de cuya impugnación se produce la del referido artículo de la Ordenanza, se haya constituido por el Acuerdo del punto 17 adoptado por el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Málaga, de 27 de enero de 1992 y por la denegación presunta, por silencio administrativo, del ofrecido recurso de alzada ante el Ayuntamiento, después expresamente resuelto el 30 de julio de 1993, estimando en parte la alzada, salvo en lo aquí discutido sobre la Tasa Arqueológica.

Entre las decisiones adoptadas en el expresado Acuerdo de la Gerencia se encuentra el señalado con la letra c) del núm. 1, en el que se condiciona la efectividad de la concedida licencia para la construcción de un edificio de viviendas en la calle Pozos Dulces núm., a su ratificación, "una vez informe sobre la riqueza arqueológica del subsuelo en los términos y plazos previstos en el art. 105 de la Norma urbanística del PGOU, a cuyos efectos deberá autorizar el acceso al solar, debidamente apto a técnico destacado de esta Gerencia, así como abonar las tasas correspondientes para información arqueológica".

Ciertamente, dada la ambigüedad del texto no consta claramente qué ha de hacer el propietario del terreno y solicitante de la licencia para que el solar esté "debidamente apto", pero de las alegaciones de las partes se desprende que se trata de la aplicación del controvertido art. 12 de la Ordenanza.

Procede, por lo tanto, la estimación parcial de la demanda, anulando los actos administrativos impugnados, declarando que no es aplicable por contrario a derecho, lo establecido en el art. 12 de la Ordenanza núm. 20 del Ayuntamiento de Málaga, en cuanto impone obligaciones de hacer a cargo del sujeto pasivo de la Tasa sobre protección arqueológica, rechazando las demás pretensiones y en cuanto a costas, aplicando lo previsto en el art.

102.2 de la Ley de la Jurisdicción en la redacción de 1992, no ha lugar a hacer pronunciamiento en las de instancia y debe pagar cada parte las suyas en las de este recurso”.

(STS de 31 de enero de 2003. Sala 3ª, Secc. 2ª. Fdto. J. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Rodríguez Arribas. Ar. 2033).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

NON BIS IN IDEM

No existe vulneración del principio, dado que los hechos determinantes de la condena penal y de la expulsión del extranjero, fueron respectivamente el delito de falsificación y el ejercicio de actividades contrarias al orden público.

“La representación procesal del recurrente al articular su único motivo casacional -artículo 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional- reproduce los argumentos aducidos en sus escritos de demanda y conclusiones en torno a la conculcación del artículo 25 de la Constitución, en relación con el artículo 124, párrafo 7, del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos que específicamente considera infringido, así como el artículo 26.1.c) de la citada Ley Orgánica 7/1985 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en cuanto que, a su juicio, transgredió la Sala de instancia el principio “nom bis in idem” al haber sido sancionado por esos mismos hechos por la Jurisdicción penal.

Este motivo casacional debe ser desestimado:

La sentencia impugnada no conculcó el artículo 25 de la constitución, pues el hecho determinante de la expulsión gubernativa no fue la comisión del delito continuado de falsificación de documentos de identidad y certificados por los que fue condenado a la pena de diez meses de prisión menor accesoria y multa de cien mil pesetas con dieciséis días de arresto sustitutorio en caso de impago, y, por tanto, resulta inaplicable el artículo 26.1.c) de la Ley 7/1985, que exclusivamente se proyecta, respecto de los delitos sancionados en nuestro país con penas privativas de libertad superior a un año; sino la de la letra c) del citado artículo 26 “estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses de los españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países”. Diferenciadas en el aludido precepto estas dos situaciones, “condenas” y “actividades”; la conducta del expulsado puede y debe considerarse como contraria al “orden público”, en el que la seguridad de los bienes, de las personas y la tranquilidad constituyen su fundamento, pues como declaramos en

nuestras sentencias de diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve, once de abril de y nueve de octubre de dos mil, “el concepto de orden público puede invocarse en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí solo motivo para la adopción de la medida de expulsión, porque sólo cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro artículo 1. ap. 1 y artículo 3 la Directiva 64/221.

En el caso que examinamos, la conducta del recurrente no sólo está tipificada como delito, sino que es merecedora de reproche social, que intenta prevenir y salvaguardar el artículo 26.1.c) de la Ley Orgánica 7/1985, en cuanto tal conducta supone una actividad antijurídica habitual del expulsado atentatoria tanto para la seguridad de los españoles, como para los extranjeros que legalmente pretendan enraizarse en nuestro país.

Hecho por el que, por estar subsumido en la letra c) del artículo 26, la sentencia recurrida declaró ajustada a Derecho la orden de expulsión acordada por la competente autoridad administrativa.

Por otra parte, en cuanto a la supuesta vulneración del principio “nom is idem”, el recurrente se limita, obviando los pronunciamientos de la sentencia impugnada, a reiterar los argumentos ya expuestos en la instancia que fueron debidamente considerados y enjuiciados en la sentencia recurrida, conforme a la cual, en el presente, no han existido dos procedimientos sancionatorios en persecución del mismo hecho”.

(STS de 25 de marzo de 2003. Sala 3ª, Secc. 6ª. Fdts J. 2º. Magistrado Ponente Sr. Lecumberri Martí. Ar. 3031).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO DE EXTRANJEROS

No es posible fundamentar la denegación de permisos de trabajo y residencia, por haber sido detenido el extranjero, sin que del expediente se desprenda su procesamiento y condena.

“La Sala competente del Tribunal Superior de Justicia no acoge la alegación de inadmisibilidad que opone el Abogado del Estado. Para ello se basa en que el caso de autos es cierto que el recurso contencioso-administrativo se interpone varios meses después de haber transcurrido un año desde que se formuló en vía administrativa recurso de reposición. Se considera sin embargo por el Tribunal “a quo” que en el supuesto concreto no debe apre-

ciarse la extemporaneidad por cuanto, a más de que la Administración tiene la obligación de resolver el recurso de reposición, obligación incumplida en este caso, lo cierto es que se dictó resolución expresa desestimando el recurso y esta resolución se encuentra incorporada al expediente, pero no consta la fecha de la misma (la Administración sólo aportó una copia del documento) y desde luego no se notificó al interesado. Por ello la Administración no puede ampararse en su falta de diligencia, que sólo a ella puede perjudicarle. Por tanto, aplicando criterios de jurisprudencia anterior de la misma Sala y basándose en el principio “pro actione” y a la vista de las garantías que en cualquier caso deben otorgarse al administrado, se concluye que no puede apreciarse la extemporaneidad del recurso, lo que lleva a que debe desecharse la alegación de inadmisibilidad del mismo.

En cuanto al fondo del asunto se hace constar por la Sentencia que la motivación de los actos por los que se deniegan los permisos de trabajo y residencia se basa exclusivamente en que el peticionario de los mismos había sido detenido en una ocasión determinada imputándosele el delito de tráfico de drogas. Se hace constar sin embargo que el solicitante cumple todas las condiciones y todos los requisitos necesarios para obtener los permisos, y que el dato de que fuera detenido una sola vez no puede considerarse motivación suficiente. Pues sólo consta que se produjo la detención, sin que del expediente se desprenda otros datos relativos al seguimiento de un proceso y a la condena por el delito imputado. No puede considerarse en consecuencia que la simple detención sin condena subsiguiente sea motivo bastante para denegar los permisos, ya que la detención por sí misma no adviera que la conducta ilícita se produjera efectivamente.

A la vista de todo ello se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el peticionario y se declara el derecho del mismo a que se le concedan los permisos solicitados”.

(STS de 5 de febrero de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª. Fdto. J. 1º. Magistrado Ponente Sr. Baena del Alcázar. Ar. 2052).

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

JURADOS TERRITORIALES DE EXPROPIACIÓN

La competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra los acuerdos de dichos Jurados, corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de los TSJ.

“Así si bien es cierto que los Acuerdos dictados por los Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa del País Vasco -en tanto que creados con arreglo

al principio jurídico-administrativo de desconcentración o descentralización burocrática- constituyen actuación de la Administración periférica de dicha Comunidad Autónoma, sin embargo no cabe compartir que la competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra dichos acuerdos corresponda a los Juzgados de lo contencioso-administrativo por ordenarlo así el párrafo primero del artículo 8.3 de la vigente Ley Jurisdiccional, y no poder ser englobados en la excepción del párrafo segundo del mencionado precepto, tal y como se sostiene en el Auto que se recurre en queja.

Por el contrario, se ha de tener en cuenta que, tratándose de las materias de expropiación forzosa y propiedades especiales, la atribución de competencia a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no sólo resulta de lo establecido en el artículo 8.3, párrafo 2º, en relación con el artículo 10.1.j) de la mencionada Ley, respecto de los actos de la Administración periférica del Estado y de los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, sino que también el artículo 10.1, apartado i) de la LJCA prevé expresamente que dichas Salas conozcan en única instancia de los recursos que se deduzcan contra los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

Por tanto, y teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se ha de concluir que la competencia para reconocer de los recursos que se deduzcan frente a los actos dictados en materia de expropiación forzosa, tanto procedan de la Administración periférica del Estado y organismos públicos estatales, como de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas o de órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado, está atribuida al conocimiento de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en una interpretación concordante de los artículos 8.3 y 10.1, apartados a), i) y j) de la vigente Ley jurisdiccional, normas que por lo tanto excluyen la genérica atribución de competencia que el apartado 1º del mencionado artículo 8.3 efectúa a favor de los Juzgados de lo contencioso-administrativo para conocer de los recursos que se deduzcan frente a los actos de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas. En esta misma línea, y en materia distinta, concretamente en relación con la Oficina Española de Patentes y Marcas que, en cuanto organismo autónomo con personalidad jurídica diferenciada, se encuentra contemplado en el artículo 9.c) de la LJCA, regulador de la competencia de los Juzgados Centrales de lo contencioso-Administrativo, esta Sala ya ha declarado, entre otros, en Auto de fecha 30 de junio de 2000, la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia por considerar que el recurso se deduce frente a un acto en materia de propiedades especiales, entre las

que se encuentra comprendida la propiedad industrial, materia que está atribuida al conocimiento de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en una interpretación concordante del artículo 9.c) “in fine” y del artículo 10.1.i) de la Ley Jurisdiccional -que contempla las materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa-, reforzada por la prevalencia que el artículo 13.c.) otorga a la atribución de competencia por razón de la materia sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto”.

(STS de 11 de noviembre de 2002. Sala 3ª, Secc. 1ª. Fdto. J. 3ª. Magistrado Ponente, Sr. Ledesma Barret. Ar. 1115).

XIII. FUENTES

DERECHO COMUNITARIO

La interpretación del Derecho comunitario puede hacerse por los Tribunales nacionales, cuando la correcta aplicación del mismo puede imponerse con tal evidencia que no deje duda razonable alguna.

“La representación procesal de las entidades recurrentes nos pide el planteamiento de tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al amparo del artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hoy 234 según el cuadro de equivalencias contemplado en el artículo 12 del Tratado de Amsterdam, ahora bien, una vez que hayamos examinado el primer motivo de casación, en el que se alega que el Tribunal “a quo” ha conculcado al artículo 56.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, hoy 46.1 según el indicado cuadro de equivalencias, podremos pronunciarnos acerca de tal petición, ya que, como declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia CILFIT, de 6 de octubre de 1982, “la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada”, pues “la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”.

La evidencia con la que aparece la solución de la cuestión jurídica suscitada en el proceso tramitado en la instancia, reproducida al articular el primer motivo de casación esgrimido por las recurrentes, nos excusa del deber impuesto por el último párrafo del artículo 177 (en la actualidad 234) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y revisado por el Tratado de Amsterdam el 2 de octubre de 1997, ya que tal solución se impondría con la misma evidencia a los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros, y, en con-

secuencia, no procede plantear a éste las cuestiones prejudiciales suscitadas por las recurrentes en el primer otrosí de su escrito de interposición del recurso de casación”.

(STS de 25 de enero de 2003. Sala 3ª, Secc. 6ª. Fdts. J. 1ª y 6ª. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 964).

XIV. HACIENDA PÚBLICA

SUBVENCIONES

Resulta aplicable el régimen de revisión de oficio de la subvención cuando se infringe el ordenamiento jurídico en su otorgamiento.

“Nuestra jurisprudencia ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derecho que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ-PAC. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar el ejercicio de su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una “causa donandi”, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un “modus”, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste. Las cantidades que se otorgan al beneficiario están vinculadas al pleno cumplimiento de los requisitos y al desarrollo de la actividad prevista al efecto. Existe, por tanto, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario cumpla unas exigencias o tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión. No puede, por tanto, ignorarse el carácter modal y condicional, en los términos como ha sido contemplado por la jurisprudencia de esta Sala, al examinar la eficacia del otorgamiento de las subvenciones: su carácter finalista determina el régimen jurídico de la actuación del beneficiario y la posición de la Administración concedente. En concreto, para garantizar en todos sus términos el cumplimiento de la afectación de los fondos a determinados requisitos y comportamientos que constituye la causa del otorgamiento, así como la obligación de devolverlos, en el supuesto de que la Administración otorgante constata de modo fehaciente el incumplimiento de las cargas asu-

midas, como deriva del propio esquema institucional que corresponde a la técnica de fomento que se contempla.

Ahora bien, la sentencia de instancia extiende la obligación de reintegro, sin la previa utilización de los procedimientos, establecidos en los artículos 102 y 103 LRJ y PAC, a un supuesto en el que realmente no se ha producido un incumplimiento de requisitos o de condiciones establecidas en el otorgamiento por parte de la beneficiaria, sino que de lo que se trata es de una concesión de subvención con base en un criterio de la propia Administración que resultó ser erróneo o improcedente según la normativa europea aplicable.

En efecto, las primas se percibieron por la producción de tabaco de la variedad "Habana E" cultivado en las localidades de Orbigo y Santa Cruz de Campeza, cuando según la normativa europea, Álava, en cuyo territorio se ubican estos municipios, no era aún zona autorizada para dicho cultivo. A esta conclusión nos lleva el propio relato de lo acontecido que reflejan tanto la sentencia de instancia como los actos administrativos que aquella confirma.

Fueron las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas de Las Comunidades Europeas, en cuanto a dichas primas pagadas, las que dieron lugar a la exigencia de devolución por CETARSA, ya que el Reglamento que establecía la organización común del mercado del tabaco no contemplaba, pese a prever en sus consideraciones que cada Estado miembro comunicase a la Comisión cada año y para la cosecha siguiente las zonas de producción de cada variedad para la que solicita el reconocimiento, como zona de producción de la variedad "Haba E" al País Vasco. Y sería luego el Reglamento 2061/1992 del Consejo (LCEur 1992, 2498) la norma que ya consideraría como zona de producción de la referida variedad de tabaco a Campezo (País Vasco), aunque sin efecto retroactivo.

Por consiguiente, la perceptora de las primas no incumplió ninguna condición, sino que recibió aquéllas conforme a lo que entonces era un criterio de la Administración favorable a la percepción que, bien es verdad, resultó luego equivocado por anticiparse al posterior reconocimiento de la zona como de producción de la variedad de tabaco de que se trata. Y la Administración con ello creó una confianza legítima en el perceptor respecto a la adecuación a Derecho del pago de las primas o ayudas que no puede verse defraudada permitiendo la aplicación de una consecuencia de la naturaleza jurídica de la subvención o del régimen jurídico de ésta contenido en el mencionado artículo 819 LGP, que sólo se justifica si el incumplimiento del requisito o de la condición procede al beneficiario de la ayuda. Y es que, precisamente, la revisión de los actos nulos y la declaración de lesividad de los actos anulables declarativos de derecho previstas en los artículos 102 y 193 LRJ-PAC (arts. 109 y 110 LPA/1958, son de necesaria aplicación cuando la Administración pretende declarar o conseguir la ineficacia de los actos administrativos declarativos de derecho que incurran en uno u otro grado de invalidez por su oposición al ordenamiento jurídico. Condiciones és-

tas que han de reconocerse, como aquí ocurre, en el otorgamiento de una subvención, aunque condicionada al cumplimiento de determinadas exigencias para el beneficiario, sí resulta que éstas fueron cumplidas y que, sin embargo, de lo que se trata es de que pudo ser otorgada por la Administración en momento anterior a la vigencia de la norma que amparaba dicha subvención”.

(STS de 24 de febrero de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª. Fdto. J. 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo. Ar. 2250).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

El plazo de interposición del recurso contencioso se inicia al día siguiente de la notificación del acto y finaliza el día correlativo al de la notificación en el mes que corresponda.

“Planteada así la controversia, esta Sala debe recordar su ininterrumpido criterio jurisprudencial -v gr. Sentencias de 16 de febrero de 1996, 4 de abril de 1998, 13 de febrero y 3 de junio de 1999, de 3 de enero, 4 de julio y 9 de octubre de 2001, entre muchas más- con arreglo al cual, cuando se trata de un plazo de meses -como era el del art. 58 de la Ley Jurisdiccional de 1956 y sigue siendo el del art. 46 de la vigente-, el cómputo ha de hacerse según el art. 5 del Código Civil, al que se remite el art. 185.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha a fecha, para lo cual, si bien se inicia al día siguiente, concluye el día correlativo al de la notificación en el mes que corresponda. Y es que, como recuerda la precitada Sentencia de 4 de julio de 2001, citando el auto de 4 de abril de 1993 “La interpretación de las normas de computación del plazo de los dos meses previstos en el art. 58.3.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo había dado lugar a una vacilante jurisprudencia sobre el art. 7 del Código Civil derogado, que desapareció a raíz de la unificación que realizó en esta materia el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo -Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil-, dictado en uso de la autorización, que había concedido el art. 91 de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, para la modificación del Título Preliminar citado, en virtud de la cual el nuevo art. 5 de éste acepta el sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil, acorde con el art. 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo en el que la norma de excluir el primer día se configura como regla que solamente puede aplicarse al plazo señalado por días, como claramente explica el Preámbulo de dicho Decreto y confirma el texto del mencionado art. 5, y, en los plazos señalados por meses, éstos se computan de “fecha a fecha”, frase que no puede tener otro significado que el

de entender que el plazo vence el día cuyo ordinal coincida con el que sirvió de punto de partida, que es el de notificación o publicación, es decir, que el plazo comienza a contarse a partir del día siguiente de la notificación o publicación del acto, siendo la del vencimiento la del día correlativo mensual o anual al de la notificación o publicación (Sentencia de la Sala de Revisión de este Tribunal Supremo de 2-4-1990).

Aplicada la anterior doctrina al caso de autos, se comprende fácilmente que si, como antes se resaltó la notificación de la resolución del TEAC impugnada en la instancia jurisdiccional tuvo lugar el 17 de noviembre de 1993 y el recurso contencioso fue interpuesto el 18 de enero de 1994, aunque fuera sólo por un día, el plazo prevenido en el art. 58 de la referida Ley Jurisdiccional fue claramente rebasado, y en consecuencia, la sentencia aquí impugnada debió acoger la causa de inadmisibilidad del recurso oportunamente opuesta por la representación del Estado en el escrito de contestación a la demanda”.

(STS de 27 de enero de 2003. Sala 3ª, Secc.2ª. Fdto. J. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Sala Sánchez. Ar. 2009).

XVI. MEDIO AMBIENTE

CANON DE VERTIDO

La Ley de Aguas satisface suficientemente la regulación de los elementos esenciales del tributo.

“En cuanto a los motivos segundo y tercero, a estos efectos casacionales pueden ser examinados conjuntamente y reproducir los fundamentos de la indicada sentencia: “Como ya dijimos en la Sentencia citada (31 de) la Ley de Aguas 29/1985, en su Título VI, regula lo que denomina “régimen económico financiero del dominio público hidráulico” y lo articula mediante diversos cánones, cuyos elementos esenciales establece en los arts. 104 a 106 y ulteriormente desarrolla en el Título IV, arts. 284 y siguientes, del aludido Reglamento de 1986. *Estos cánones*, que el citado Reglamento denomina de ocupación, *de vertido* y de regulación, a más de las Tarifas de utilización del agua, salvo el de regulación que en algunos componentes de su estructura se aproxima al concepto jurídico-tributario de tasa, *responden a la categoría de “prestación patrimonial de carácter público”* -por utilizar los amplios términos en que se manifiestan el art. 31.3 de la constitución y la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre- *y están sometidos, por tanto, al principio de legalidad tributaria* -arts. 31.3 ya citado, y 133.1 de la Constitución y arts. 2 y 10 de la Ley General de 28 de diciembre de 1963 -*Requieren, en consecuencia, que sus elementos esenciales y los directamente determinantes de la deuda tributaria estén regulados por norma con rango de Ley”*.

“Pues bien; la citada Ley de Aguas, en cuanto afecta al *canon de vertido*, configura suficientemente sus elementos esenciales. Así, concreta *su hecho imponible en la realización de vertidos autorizados*, considerando como tales -art. 105.1, en relación con el 92- los de aguas y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales; *determina su sujeto pasivo*, que será la *persona o entidad titular de la autorización*; cuantifica su importe o, mejor dicho, *ofrece los criterios a utilizar para su cálculo -el resultado de multiplicar la carga contaminante del vertido, expresada en “unidades de contaminación”, por el valor que se asigne a cada una de estas unidades -art. 105.2-, y afirma, por último, su carácter periódico y anual”*.

“Es claro que, con estos elementos, la habilitación del Reglamento para llenar los distintos conceptos y, sobre todo, los criterios de cuantificación del canon, está sobradamente justificada desde el más estricto respeto al meritado principio de legalidad tributaria, y más aún si se tiene en cuenta que es la propia ley a que establece, incluso, que “el valor de la unidad de contaminación podría ser distinto para los distintos ríos y tramos de río” y que “se determinará y revisará, *en su caso*, de acuerdo con las previsiones de los Planes Hidrológicos respecto a la calidad de las aguas continentales, de modo que se cubra la financiación de las obras necesarias para el cumplimiento de dichas previsiones”. Por eso mismo, las distintas especificaciones reglamentarias dirigidas a fijar el patrón convencional de medida que supone la “unidad de contaminación”, a prever su destino a las actuaciones de protección de la calidad de las aguas que hayan sido consideradas en los Planes Hidrológicos de cuenca -art. 289-, a concretar el devengo, que se sitúa en el momento en que sea otorgada la autorización, tras la reiteración del carácter periódico y anual de la exacción -art. 291-, e inclusive a fijar, con carácter general y transitorio, el valor de la tan repetida “unidad 500.000 ptas., en tanto se determinan por los Organismos de Cuenca los valores correspondientes -art. 295-, con una serie de reducciones anuales a partir del ejercicio de 1986, no hacen otra cosa que coadyuvar al cumplimiento del principio, antes indicado, de legalidad tributaria y configurar la necesaria situación de seguridad jurídica, tanto para la salvaguarda del medio ambiente afectado por la actividad contaminante, como para el desarrollo de ésta dentro de los adecuados y razonables controles que materia tan sensible, como la de preservación del medio ambiente, que constituye un derecho ciudadano constitucionalmente reconocido -art. 45 CE-, requiere”.

“En consecuencia y con carácter general, no cabe hablar de extralimitación del Reglamento de Dominio Público Hidráulico respecto al mandato de la Ley de Aguas, ni de que al no reconocer lo contrario la Sentencia de instancia haya incurrido en la vulneración de los preceptos invocados por la parte recurrente sobre la jerarquía normativa.

Así se ha venido a recoger, en una consolidada doctrina, en Sentencias de 26 de octubre, 6 y 8 de noviembre de 1995, 22 de febrero y 12 de septiembre de 1996, 10 de septiembre de 1997, 27 de marzo de 1998.

Específicamente ya reconoció esta Sala, en la también citada Sentencia de 26 de febrero de 2000, la legalidad del art. 295.3 del Reglamento en cuanto

a la concreta fijación del valor de la unidad de contaminación, argumentando, además de lo ya expresado sobre la adecuación legal del sistema utilizado para el establecimiento de los distintos elementos del tributo, haciendo uso de la llamada reserva relativa, que sería imposible dar cabida en la Ley al valor de la unidad de contaminación, por tratarse de una variable matemática, así concebida por el legislador.

De no ser así -concluye la Sentencia últimamente citada- habría que dictar una Ley para cada cuenca y además renovarla periódicamente, cuantas veces fuera preciso, todo lo cual repugna a la técnica legislativa más elemental y resulta innecesario.

Finalmente, también hemos declarado que no puede aceptarse (como de manera expresa o implícita, ha venido a establecerse en la doctrina antes reiterada) que el art. 105 de la Ley de Aguas impida la determinación reglamentaria del valor de la unidad de contaminación y por ende, el cobro de canon de vertido, antes de que esté elaborado y aprobado el correspondiente Plan Hidrológico y no sólo porque, como también se ha dicho en alguna ocasión, la expresión “en su caso”, que emplea el precepto legal, permite entender que dicha determinación puede hacerse cuando no exista aún el referido planeamiento sino también y sobre todo, por que, estando destinado el canon de vertido a servir de disuasión de los que tengan naturaleza contaminante y siendo su destino -el del importe del canon- allegar fondos para “las actuaciones de protección de la calidad de las aguas”, resultaría absurdo que el retraso de la Administración en la redacción de los Planes y la falta de diligencia de las empresas industriales en realizar las correspondientes inversiones para la depuración preventiva, condujera a la contaminación gratuita de las aguas.

Ello es así, aunque el art. 105 de la Ley de Aguas, al establecer el destino finalista del importe del canon, se refiera a las actuaciones “que hayan sido previstas en los Planes Hidrológicos de cuenca...” por que a renglón seguido añade “a cuyo efecto se pondrá a disposición de los organismos competentes”, con lo que esa previsión planificadora es requisito para la inversión en las actuaciones protectoras del medio ambiente, en cuanto al tratamiento de aguas, pero no necesariamente para la percepción del canon por los vertidos que las deterioran”.

(STS de 22 de enero de 2003. Sala 3ª, Secc. 2ª. Fdto J. 2º. Magistrado Ponente Sr. Pujalte Clariana. Ar. 1133).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

MEDIOS DE PRUEBA

El valor probatorio que reconoce el artículo 137.3 de la Ley 30/92 a los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, es preciso que se acredite razonablemente.

“Los motivos de casación sucintamente expuestos no pueden prosperar por las siguientes razones:

a) La sentencia recurrida no afirma, ni menos aún se basa, en que los informes o denuncias emitidos por los agentes de la autoridad no constituyan medio de prueba, sino en que la Sala de instancia considera que no merece el suficiente crédito un informe del Ministerio del Interior emitido en términos tan precisos como lo fue el que obra en el expediente. Y ello no es contrario al ordenamiento jurídico ni a nuestra jurisprudencia.

Un informe emitido o una denuncia de agente de la autoridad puede considerarse medio de prueba, pero como tal debe ser valorado por el Tribunal de instancia, sin que tal ponderación puede ser objeto de revisión en sede casacional, salvo que el Tribunal de instancia parta de la premisa de que ni siquiera es valorable. Esto es, según nuestra jurisprudencia, puede alegarse válidamente en casación que un Tribunal de instancia niega, incluso, la consideración de medio de prueba del informe o denuncia de un agente de la autoridad, pero no puede cuestionarse la concreta valoración que haya hecho de tal medio de prueba. Además debe tenerse en cuenta que el valor probatorio que reconoce el artículo 137.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común, en su actual redacción, es a la constatación por funcionario público, a los que se reconoce la condición de autoridad, que se formalice en documento público “observando los requisitos legales pertinentes”, sin perjuicio de las pruebas en contrario que puedan aportar los administrados.

Pues bien, en el presente caso, la Sala del Tribunal Superior de Justicia no dice que no sea valorable cualquier informe de comisaría o del Ministerio de Interior, sino que el que examina de la comisaría de Castellón no acredita la existencia del Decreto de Expulsión porque no expresa la fecha, ni la autoridad que le dictó, ni las causas en que basaba la expulsión. O, dicho en otros términos, no convence al Tribunal de instancia un informe que es una simple afirmación carente de toda precisión.

Ello, sin contar con la mayor disponibilidad y facilidad de la Administración para acreditar la existencia un acto propio, frente a la dificultad del administrado de acreditar un hecho negativo consistente en que el acto administrativo no se dictó en ningún momento (Cfr. art. 217.6 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil/2000).

b) El segundo de los motivos representa, en realidad, una petición de principio, pues en él se sostiene que, conforme a la normativa aplicable, si existe un Decreto de expulsión no procede otorgar el permiso de trabajo. Y ello es cierto, pero también lo es que para denegar por tal motivo el permiso es necesario acreditar la existencia de tal orden o Decreto de expulsión, y esto es lo que la Administración no ha acreditado, según el Tribunal de instancia. O, dicho en otros términos, la válida denegación de permiso de trabajo por razón de un Decreto de expulsión requiere la prueba de que tal acto se ha producido, y es en la ausencia de tal constatación en lo que el Tribunal “a quo” basa su fallo”.

(STS de 21 de enero de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª. Fdto. J. 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo. Ar. 734).

XX. RESPONSABILIDAD

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE MUNICIPIO Y COMUNIDAD AUTÓNOMA

El Ayuntamiento denegó indebidamente la licencia de obras en base a la denegación ilícita de la autorización autonómica.

“Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contenciosos-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó en fecha 5 de octubre de 1999, y en sus recursos Contenciosos-Administrativos números 2132/1996 y 1349/1997, por medio de la cual se estimaron sustancialmente los formulados por las mercantiles “Asociación de Unidades de Suministro Giradi, SL” y “Jarechi, SA”, contra los siguientes actos administrativos:

A) El núm 2132/1996, contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Tudela de 25 de octubre de 1996, por el que se denegó la licencia de obras para la instalación de una Unidad de suministros en la parcela... del polígono... de Tudela (Denegación que fundó el Ayuntamiento en la circunstancia de haber sido denegada previamente por el director del Servicio de Caminos del Gobierno de Navarra la autorización para esa instalación, por estar la parcela afectada por el anteproyecto de duplicación de la Variante de Tudela).

B) El núm. 1349/1997, contra la resolución del Director General de Obras Públicas del Gobierno de Navarra, de fecha 9 de octubre de 1996, que denegó la autorización para la construcción de esa Unidad de Suministro de Carburantes.

La sentencia de instancia estimó sustancialmente los recursos contencioso-Administrativos, de la siguiente forma:

a) Anuló los actos recurridos, con base en el argumento principal de que “ni el artículo 13.1 de la Ley Foral de Defensa de las Carreteras de Navarra, ni el artículo 3.2 del Decreto Foral 130/1995 autorizan la denegación si no es en el supuesto de que existan planes, estudios, anteproyectos o proyectos *aprobados* con los que sean incompatibles las Estaciones de Servicio, y no es tal (...) el supuesto de autos en el que como hemos visto, la aprobación del Proyecto se sitúa en el año 1998, cuando se publica la Orden Foral correspondiente”; concluyendo que las entidades recurrentes tenían derecho a obtener la licencia litigiosa.

b) La Sala de instancia condenó también a la Comunidad Foral de Navarra y al Ayuntamiento de Tudela a indemnizar solidariamente a las mercantiles recurrentes los daños y perjuicios que les fueron originados por la denegación de la licencia, según las bases que el Tribunal señaló.

En tercer lugar el Ayuntamiento de Tudela alega la infracción del artículo 140 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Discute aquí el Ayuntamiento el hecho de que la Sala de Pamplona le haya condenado solidariamente al pago de las indemnizaciones que establece, propugnando que se condene sólo a la Comunidad Foral de Navarra, a quien correspondía en exclusiva la decisión sobre la autorización solicitada, al no discurrir la variante sobre suelo urbano.

Tampoco este motivo puede prosperar.

El Ayuntamiento de Tudela concurrió con su decisión de denegar la licencia municipal de obras a la producción de los daños, pues, tal como dice la Sala de instancia, el Ayuntamiento tiene el deber inexcusable de conocer sus propias competencias y de ejercitarlas sin que pueda hacer dejación de ellas. Al Ayuntamiento se le pidió una licencia de obras, no una autorización de carreteras, y debió resolver la solicitud con arreglo al ordenamiento urbanístico, que la permitía. Y si el suelo era urbano, entonces, también tenía competencia para otorgar la autorización de carreteras (artículo 3 de la Ley Foral 11/1986. Así que la denegación de la licencia de obras basada en la previa decisión del Servicio Autonómico de Carreteras fue una decisión precipitada y disconforme a Derecho, que originó los daños de cuya reparación se trata, juntamente con la actuación de la Comunidad Foral de Navarra”.

(STS de 27 de marzo de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. Fdtos. J. 1º, 3º, y 8º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar. 2936).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN EL PLANEAMIENTO

La omisión de la fase de exposición al público de los trabajos preparatorios de elaboración, modificación y revisión del planeamiento, determina la nulidad del plan aprobado.

“En el presente caso, la aprobación inicial de la modificación del Plan se produjo sin que con anterioridad se cumpliera el trámite de sugerencia previas regulado en el artículo 125 del RPU, al que (para los Planes Especiales) se remite específicamente su artículo 147.3 (A su vez, el artículo 49.1 del TRLS de 9 de abril de 1976 sujeta la modificación de los Planes a los mismos trámites que su formación).

A propósito de esa fase de sugerencias previas este Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de enero de 2000 (casación núm. 2172/1994, ponencia del señor E. S., realiza un resumen completo y exhaustivo de la doctrina jurisprudencial, lo que justifica su cita literal. dice así:

“Supuesta la necesidad de exponer al público los trabajos de elaboración de las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento, se alega que

la omisión de ese trámite, en cuanto se trataría de una causa de anulabilidad pero no de nulidad de pleno derecho, únicamente podría viciar el acuerdo de aprobación definitiva de aquellas si hubiera causado indefensión a los recurrentes en la instancia, efecto que en el presente caso ha de descartarse puesto que, conforme al artículo 128.1 RP tuvo lugar una fase de información pública en la que aquellos se personaron y formularon cuantas alegaciones estimaron oportunas. Tal como el presente motivo de casación ha sido formulado no puede prosperar, porque refleja un claro error respecto a la función que el artículo 125.1 RP representa en el procedimiento de elaboración de los instrumentos de planeamiento. El hecho de que los recurrentes en la instancia hayan formulado alegaciones en el período de información pública abierto conforme al artículo 128 RP no subsana, sin más, la omisión de la exposición al público de los trabajos preparatorios, porque en esta fase no se trata propiamente de la defensa de intereses particulares afectados sino de hacer efectivo el derecho de participación ciudadana reconocido en el artículo 4.2 TRLS que tiene en el citado artículo 128 RP una expresión distinta de la que se reconoce en el trámite de información pública abierto cuando la voluntad de la Administración se ha manifestado en la aprobación inicial del plan. La cuestión no es, pues, si los recurrentes, en la instancia han sufrido o no indefensión, puesto que formularon alegaciones en la fase formal de información pública, sino si la infracción cometida ha impedido alcanzar el fin propuesto con el trámite omitido, que es el de la elaboración de las Normas con la más amplia participación ciudadana. Aunque en atención a las circunstancias del caso esta Sala haya declarado en alguna ocasión (sentencias de 10 de junio de 1997 y 6 de abril de 1987) que la omisión del trámite de participación previsto en el artículo 125.1 RP puede quedar subsanada por el resultado de la información pública abierta conforme al artículo 128 RP, *la finalidad de uno y otro trámite no es coincidente por lo que no puede sostenerse esa tesis con carácter general*. La exposición al público prevista en el artículo 125.1 RP actúa cuando el planificador no ha mostrado todavía preferencia sobre ninguna de las opciones posibles, enriqueciendo los trabajos preparatorios con las sugerencias que los ciudadanos puedan aportar, mientras que el trámite de información pública se proyecta sobre una decisión ya inicialmente adoptada y, en la práctica, opera más como crítica a la solución acogida que como propuesta de soluciones alternativas, por lo que, en sentencia de 22 de febrero de 1988, *esta Sala ha declarado que la infracción del artículo 125.1 RP determina la nulidad del plan aprobado*. Sólo el análisis de las circunstancias de cada caso podrá excluir ese vicio de nulidad, en función de su eventual subsanación por la posterior fase de información pública, y es claro que entre esas circunstancias habrá de atenderse a la mayor o menor entidad de la alteración del planeamiento que se pretenda llevar a cabo. sin embargo, no cabe, como parece entender la Comunidad Foral de Navarra, reducir la exigencia de la fase de exposición al público de los trabajos preparatorios a los supuestos de revisión del planeamiento, excluyendo los de modificación del

mismo, porque, en ambos casos ha de seguirse el procedimiento establecido en los artículos 124 y siguientes RP”.

Pues bien; aplicando todo a esa doctrina al supuesto de autos, se está en el caso de concluir que para la modificación del Plan Especial de que se trata *debió abrirse el trámite de sugerencias previas a que se refiere el artículo 125 del RPU*, lo que conduce a la desestimación de los recursos contencioso-administrativos y a la confirmación de la resolución autonómica que, estimando los recursos de reposición, anuló la modificación del Plan y ordenó la retroacción de las actuaciones por ese motivo”.

(STS de 23 de enero de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. Fdtos. J. 5ª y 6ª. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar. 961).