

# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (\*)

## I. ACTO ADMINISTRATIVO

Motivación. Canon de vertidos. La determinación del coeficiente K para fijar la carga contaminante corresponde a la Administración motivadamente. La presunción de legalidad implica la carga de impugnar pero no invierte la carga la prueba.

No discutiéndose la procedencia del canon y el volumen de vertidos tomados en consideración para su cálculo, la única cuestión controvertida radica en la determinación del coeficiente K para la fijación de la carga contaminante y que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir estima que debe ser el valor 1.

Por el contrario la Corporación demandante, con fundamento en un informe del Ingeniero Técnico Municipal que señala que los valores de contaminación orgánica de las aguas residuales son medios-bajos, tratarse de un suelo urbano sin industria, la utilización de las aguas residuales para labores agrícolas y la ausencia de analítica alguna por parte de la Confederación Hidrográfica que justifique la aplicación del coeficiente utilizado, considera que el valor asignable al coeficiente K debe ser el establecido en la tabla 2 del Anexo al Título IV del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, es decir el de 0,20.

Para la adecuada resolución de la cuestión planteada hay que partir del hecho de que la presunción de legalidad implica la carga de impugnar; pero en modo alguno supone inversión de la carga de la prueba y de fijar los hechos que a cada parte corresponde conforme al artículo 114 de la Ley General tributaria y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, en este caso, puesto que es la Confederación la que exige el cumplimiento de una obligación, es a ella a la que corresponde acreditar y fijar los datos y demás elementos de la liquidación que hace. De acuerdo con ello examinaremos el cálculo de canon que hace la liquidación reclamada.

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN

Así, en el cálculo aquí impugnado, se entiende que se trata de un vertido autorizado de la tabla uno, aunque no todos los datos del análisis realizado que figura en la encuesta coinciden con los valores de dicha tabla del Anexo al título IV del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. En consecuencia, tratándose de un vertido urbano sin industria, se asigna un valor de  $k$ , a efectos de la fórmula del Anexo al título IV, de 1 y se finan las unidades de contaminación, con la fórmula del mismo anexo, en 15,695. Pero, dado que la red de casos definidas es demasiado amplia, lo que hace difícil el cálculo, el propio Reglamento prevé la posibilidad de establecer valores intermedios del coeficiente  $k$ . Y eso es lo que se hace por Orden de 19 de diciembre de 1989. Por todo ello, dada la falta de explicaciones y dado que es a la Confederación a la que corresponde concretar y acreditar los datos de la liquidación, es por lo que en solución idéntica a la dada por el propio órgano económico-administrativo para las liquidaciones correspondientes a los ejercicios de 1994 y 1997, según resoluciones que se aportan con la demanda, procede anular la liquidación recurrida a fin de que se practique una nueva debidamente justificada en cuanto al valor del coeficiente  $K$  que se aplique.

*(St. de 23 de Septiembre de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES

Extranjería La documentación a aportar en la solicitud de permiso de residencia y de trabajo es la que deriva de los requisitos exigidos sin que proceda en consecuencia concesión de plazo adicional para subsanación.

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Huelva de fecha 9 de abril de 2002 desestimatorio del recurso de reposición formulado contra el de 29 de noviembre de 2001 denegando al demandante la concesión del permiso de residencia temporal y autorización para trabajar solicitado al amparo de lo dispuesto en el art. 31.4 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En la resolución denegatoria originaria se hace mención a que de la documentación aportada y un vez examinada la misma, se desprende que el peticionario no reúne los requisitos establecidos para obtener el permiso de residencia temporal.

Frente a ello se opone en la demanda que si la documentación era insuficiente debió la Administración concederle un plazo para que aportara la preceptiva en aplicación del art. 71.1 de la Ley 30/92.

En la medida en que se solicita con la demanda el otorgamiento del permiso de residencia temporal, el demandante debió acreditar en el presente proceso el cumplimiento de los requisitos necesarios para su concesión, no limitándose a formular las alegaciones referidas en el fundamento anterior. En cualquier caso, lo cierto es que hay por el recurrente una interpretación del art. 71.1 de la Ley 30/92 que no es la correcta. En las solicitudes como la aquí examinada es el peticionario el que conoce cuales son los documentos acreditativos de su derecho. No hay en la norma reguladora del permiso de residencia temporal una relación normativa de documentos necesarios que deben acompañar a la petición, sino una simple mención a los requisitos legales para su concesión, con lo cual aquel que lo solicita es el único que conoce cuales son los documentos que probarían la presencia en su persona de los requisitos determinantes de la viabilidad de la petición. De aquí que la Administración ni pueda ni deba requerir para que aporte documentación complementaria alguna.

Igualmente como motivos de nulidad de la resolución recurrida se hace valer la falta de motivación de la misma y la concurrencia de los requisitos legalmente determinados para, dada la existencia de arraigo, obtener la autorización instada, así como el incumplimiento del trámite de audiencia y la incongruencia de no pronunciamiento administrativo sobre la solicitud de exención de visado.

Respecto a la primera cuestión, como hemos dicho, el acuerdo fundamenta la denegación de la autorización en que de la documentación aportada y un vez examinados los antecedentes del peticionario, se desprende que no reúne los requisitos establecidos para obtener el permiso de residencia temporal, habiéndose transcrito con anterioridad el contenido del art. 34.1 L.O. 4/2000 que señala la posibilidad de otorgarse el permiso citado cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo. Hay por tanto una expresión del resultado de la valoración de los motivos y documentación aportada con la solicitud señalándose el incumplimiento de las condiciones para su concesión. Ciertamente la fórmula recogida en el acuerdo impugnado es genérica y de cierta indeterminación pero realmente poco mas se puede añadir a lo allí expresado y, principalmente, el actor, en cualquier caso conoce que es el incumplimiento de las condiciones legales la causa de la denegación del permiso y frente a ello medios de defensa dispone intentando crear la convicción de lo erróneo de tal conclusión, eliminándose con ello la indefensión que la falta de motivación debe siempre provocar y que aquí no se encuentra presente.

Por otro lado cuando se trata de un procedimiento iniciado a instancias del propio recurrente y la norma reguladora del mismo no prevé expresamente la existencia de un trámite previo de alegaciones a la resolución del mismo, no se advierte cual pudiera ser el vicio de indefensión que se invoca en la demanda, dada la innecesariedad de dicho trámite.

Tampoco puede hablarse de incongruencia pues en la solicitud de fecha de registro 31 de julio de 2001 en ningún instante hay referencia a que se pidiera la exención de visado.

Por último el certificado de utilización de servicios sociales municipales y la oferta de trabajo que acompaña con la petición no son suficientes para entender que existía la situación de arraigo en los términos en que se prevé legalmente. De aquí que deba considerarse ajustada a Derecho la denegación del permiso de residencia temporal.

*(St. de 7 de Octubre de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES

Extranjería. Procede acordar la orden de expulsión de un extranjero carente de la documentación exigida aun cuando se esté tramitando un procedimiento penal. Modus operandi.

Se impugna en el presente proceso la resolución del Subdelegado del Gobierno en Córdoba de fecha 8 de agosto de 2000, confirmada en reposición por la de 25 de noviembre de 2002, acordando la expulsión del territorio nacional del demandante, con prohibición de entrada por cinco años, como autor de una infracción grave tipificada en el art. 53 a) L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Comienza la demanda señalando la imposibilidad de acordar la expulsión cuando existen abiertas diligencias penales seguidas ante un Juzgado de Instrucción de Córdoba por la comisión de un delito contra la propiedad intelectual. Preciso es señalar que el número 7º del art.57 de la L.O. 4/2000, modificada por la LO 8/2000, dispone que, “cuando el extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador”.

No solo no existe imposibilidad de apertura de un procedimiento sancionador contra un extranjero que por su situación irregular en nuestro país pudiera ser objeto de expulsión cuando se sigue contra el mismo un procedimiento penal por delito menos grave, sino que incluso el art. 136.4 del Reglamento de la Ley de Extranjería, aprobado por Real Decreto 864/2001, obliga al Ministerio Fiscal a informar a la autoridad gubernativa para que

compruebe si procede o no la apertura del expediente de expulsión. No existe, por tanto, la alegada imposibilidad a que se refiere el demandante. Advertida la situación que pudiera determinar la expulsión y acordada ésta, es precisamente cuando la Administración puede solicitar del Juez de Instrucción autorización para la expulsión en lugar de seguir con la tramitación del procedimiento penal. La decisión administrativa acordando la expulsión es la que, como ocurre en el presente caso, puede ser objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa, sin que nada se haya alegado sobre el fondo de la misma, esto es, nada se dice sobre la situación irregular del actor que justifica la imposición de dicha sanción. Lo que sucede es que, a solicitud de la Administración y si el Juez de Instrucción lo autoriza, el procedimiento penal seguido se archiva y se ejecuta la sanción de expulsión, pero de ello no puede extraerse la conclusión de que si fuera condenado por delito y cumplida la pena ya no cabe la expulsión del territorio nacional del extranjero en situación irregular. El art. 137.5 del Real Decreto 864/2001 es un claro ejemplo de lo contrario, lógica consecuencia de tratarse de dos bienes jurídicos protegidos muy distintos con dispares razones para el cumplimiento de ambas sanciones.

Continúa la demanda señalando como motivos de nulidad del acuerdo sancionador la vulneración del principio de proporcionalidad que justificaría que la sanción a imponer fuera la de multa y no la de expulsión, el que no se haya acordado primero la salida obligatoria y el que haya solicitado un permiso de trabajo y residencia.

El art. 53.a) de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, modificada por la L.O. 8/2000, tipifica como infracción grave “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada mas de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en dicho plazo”.

La realización esta conducta tipificada faculta a la Administración para, en aplicación del art. 57, en lugar de la imposición de la correspondiente multa, iniciar la tramitación de expediente administrativo de expulsión, opción ejercitada en el presente caso y que no puede decirse que sea desproporcionada antedicha la carencia absoluta de documentación que autorizase su estancia o residencia.

Respecto a la falta de una orden de salida obligatoria anterior realmente no se advierte su necesidad cuando estamos ante un procedimiento sancionador que precisamente lleva aparejada como sanción la expulsión sin acto previo alguno. Del mismo modo, el hecho de que, con posterioridad al inicio del expediente de expulsión, se hubiere solicitado un permiso de trabajo y residencia en nada afecta a la validez del acuerdo que pone fin del procedimiento sancionador.

*(St. de 14 de octubre de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*

XVI. HACIENDA PÚBLICA.- IAE

Supuesto de sucesión de empresas o de responsabilidad a efectos sancionadores. Tratamiento de la sanción a efectos de la referida responsabilidad.

Los hechos en base a los que la Dependencia de Recaudación declara la responsabilidad solidaria de la actora respecto a las deudas de D. Manuel Luna Millán y D<sup>a</sup> Carmen León Luna por razón de la actividad económica desarrollada por éstos son, según la resolución recurrida, los siguientes: 1) la entidad Pescaluna se constituyó el 28 de junio de 1989 por los hijos de los deudores principales, siendo nombrado administrador único D. Nicolás Luna León; 2) la actividad de los deudores principales es la de exportación, intermediación en la venta de pescado y venta al mayor de pescado y bacalao y la entidad Pescaluna declara como objeto social el de importación, exportación, compra, venta, distribución y comercialización en general de toda clase de pescados y mariscos, así como la realización de actividades preparatorias necesarias, complementarias o relacionadas con los mismos; 3) D. Manuel Luna Millán es autorizado a ocupar el saladero n<sup>o</sup> 26 del Muelle pesquero de Algeciras, desde septiembre de 1987 hasta septiembre de 1993, siendo el domicilio declarado a efectos del I.A.E. pasando en el mes siguiente a ser autorizada la entidad Pescaluna S.L., mientras que el saladero n<sup>o</sup> 27 es ocupado desde septiembre de 1987 a marzo de 1994 por el deudor. No obstante, Pescaluna lo declara como domicilio social, fiscal y de la actividad a efectos de alta del I.A.E., siendo la actora la que el 10 de mayo de 1994 solicita la baja de la titularidad de D.Manuel Luna Millán en el saladero n<sup>o</sup> 96 de la Lonja Antigua por no ser utilizado por éste. 4) según la Inspección de Trabajo hay coincidencia de trabajadores, de forma que diez de los once trabajadores de D. Manuel Luna pasan a Pescaluna S.L. respetándose su antigüedad en la empresa; 5) la actividad de los deudores principales decrece en tanto que aumenta la de Pescaluna hasta que en 1994 absorbe el total de operaciones comerciales y si bien no consta la fecha exacta de cese de la actividad resulta relevante el descenso en la facturación, la inexistencia de personal contratado desde 1991, el cese en el uso de locales desde 1993 y la percepción de una pensión de jubilación por incapacidad desde agosto de 1994 y 6) con fecha 11 de junio y 12 de febrero de 1990 y 19 de marzo de 1994, el deudor principal transmite a Pescaluna S.L. una parcela de terreno de 2.742 m<sup>2</sup>, una embarcación y una vivienda de 164 m<sup>2</sup>, desapareciendo los deudores principales como titulares de bien alguno. Sentado lo anterior, entiende la actora que no estamos ante el supuesto del artículo 72.1 de la Ley General Tributaria, ya que no existe sucesión en la titularidad ni transmisión de la empresa sin que exista coincidencia alguna entre el deudor principal originario y la actora. Ciertamente la redacción del artículo 72 de la Ley General Tributaria no es muy afortunada, por cuanto, al referirse, por ejemplo, a titularidad y a la

herencia, parece mezclar supuestos de sucesión en un patrimonio, *inter vivos* o *mortis causa*, con las consecuencias inherentes de sucesión en la deuda (cuyos supuestos son regulados por el Derecho Civil o por el Derecho Mercantil), con un supuesto de responsabilidad. Por ello el Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse del sentido propio del artículo 72, entre otras en sentencia de 15 de julio de 2000 y 24 de septiembre de 1999, que aclara en el sentido de que aquí no estamos ante tales supuestos de sucesión a título universal, sino ante un supuesto de responsabilidad a fin de evitar que con la transmisión de la actividad, por cualquier concepto, se defraude el derecho de la Hacienda al cobro de la deuda, mediante la falencia del transmitente. Para establecer la responsabilidad, por tanto, lo determinante es la continuación en la explotación económica, lo que, naturalmente, habrá de concluirse, ya que normalmente se intentará ocultar el supuesto, del conjunto de los hechos como indicios de esa sucesión en la explotación.

Hecha la aclaración, se dice que los hechos comprobados por la Administración Tributaria no acreditan el supuesto de sucesión en la explotación. Sin embargo, esos hechos y documentos no discutidos hemos de entender que acreditan la sucesión en los términos dichos en este fundamento, ya que, trazan con enlace preciso y directo de acuerdo con las reglas del criterio humano el supuesto de sucesión en la explotación a que se refiere el artículo 72 de la Ley General Tributaria. Y, desde luego, no puede dejar de ser significativo que todo el patrimonio realizable del deudor y su cónyuge pase a la sociedad actora, entre ellos la vivienda, lo que nos lleva incluso más allá de la mera sucesión en la actividad: a la mera interposición ficticia de una persona jurídica.

Cuestión distinta es la del tipo de responsabilidad que corresponde a la actora. La Dependencia de Recaudación declara la responsabilidad solidaria con fundamento, se supone, en el artículo 13.3 del Reglamento de Recaudación. Sin embargo dicho precepto, en este concreto aspecto, fue declarado nulo por sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2000, por cuanto dicho precepto iría contra lo previsto en el artículo 37 de la Ley General tributaria, a cuyo tenor, la responsabilidad será siempre subsidiaria salvo precepto legal en contrario. No obstante, hay que entender que, pese a que se habla de responsabilidad solidaria, la que se imputa a la reclamante reúne las características propias de la responsabilidad subsidiaria, debiendo tenerse por declarada la responsabilidad subsidiaria y no solidaria. Ahora bien, hecha esta aclaración, y teniendo presente que ya el propio acuerdo del TEARA excluye que la responsabilidad declarada alcance al recargo de apremio, hemos de examinar si la misma alcanza o no a las sanciones. Ciertamente, como ya hemos señalado, la regulación de la cuestión no es muy fina, sin embargo no podemos compartir el criterio del TEARA. Así, no es significativo el que se haga referencia a la deuda y responsabilidades, comprendiendo la deuda, conforme al artículo 58.2 de la LGT, las sanciones; y es que, también en el artículo 37 se habla de la deuda tributa-

ria como objeto tanto de responsabilidad solidaria como de la subsidiaria. Por otra parte el propio artículo 58, también en la redacción anterior a la Ley 25/95, considera que la deuda está constituida esencialmente por la cuota y, “en su caso”, por las sanciones. Y tampoco la mención de las responsabilidades que hace el artículo 72 puede considerarse significativa a efectos de considerar allí incluida las sanciones, ya que, como dice el Tribunal Supremo en la sentencia a la que nos hemos referido, tal interpretación debe ser rechazada por redundante en relación con el argumento del artículo 58. En definitiva no pudiendo deducirse otra cosa ni del texto ni de la finalidad del artículo 72, habrá que estar a lo que señala el artículo 37.3 en el sentido de que la responsabilidad no alcanza a las sanciones.

Despejado lo anterior es cierto que, en nuestro caso, a diferencia de lo ocurrido en otros casos existe una previa declaración de fallido. Es decir, se han cumplido todos los hitos procedimentales propios de la declaración de responsabilidad subsidiaria. No se omite pues garantía procedimental alguna para el contribuyente, por lo que, por elementales razones de economía, hay que considerar ajustado a Derecho el proceder de la Administración en cuanto tienen por declarada la responsabilidad subsidiaria.

Por lo tocante a la posibilidad de que exista caducidad en el procedimiento seguido en base a lo establecido en el art. 29 de la Ley 1/98, reguladora de los Derechos y Garantías de los Contribuyentes, señalar que la falta de acogimiento de tal alegato deriva, desde un inicio, de la imposibilidad de aplicar dicha Ley a un procedimiento iniciado antes de su entrada en vigor, según dispone la Disposición Transitoria Única. 1.

*(St. de 14 de octubre de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Competencia del Alcalde para la aprobación de la relación de afectados en una expropiación para sistemas generales en suelo urbano.

Se impugna en el presente proceso el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera de fecha 15 de febrero de 2001 ratificando en reposición el de 1 de septiembre de 2000, por el que se aprueba definitivamente la relación de propietarios, bienes y derechos afectados por el expediente de expropiación destinado a la obtención de terrenos ubicados en el Sistema General de Espacios Libres, del Polígono 4 del P.A.U.-1 de dicho municipio.

Comienza la demanda instando la declaración de nulidad del acuerdo referido en el fundamento anterior por falta de competencia de la autoridad

que lo emite, entendiendo la actora que entre las atribuciones de la Alcaldía no se encuentra la de aprobar con carácter definitivo la expropiación de terrenos incluidos en el Plan General como Sistema General en Suelo Urbano al no constituir un instrumento de desarrollo del planeamiento general, razón por la cual la competencia, a su entender, vendría atribuida al Pleno de la Corporación.

Respecto a su redacción originaria, la Ley 11/1999, de 21 de abril modificó el régimen de distribución de competencias entre el Alcalde y el Pleno del Ayuntamiento que se establecía en la Ley 7/1.985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, de tal forma que el nuevo art. 21.1.j) señala como atribución del Alcalde en cuanto Presidente de la Corporación Local, la aprobación de los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidos al Pleno, así como la de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización.

Como indica el Ayuntamiento demandado es obvio que no nos encontramos ante ningún instrumento de planeamiento pero sí de gestión urbanística pues precisamente tal naturaleza ostenta el acuerdo que viene a expropiar bienes y derechos dentro de la actuación urbanística destinada a la dotación del Sistema General de Espacios Libres de un Polígono de un P.A.U. y, como tal, competencia de la Alcaldía.

*(St. de 21 de octubre de 2.004. Sala de Sevilla. Fundamento jurídico primero y segundo. Ponente Vázquez García).*