

# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (\*)

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Posesión de 2 gramos de resina de hachis en cartera y sin consumo en lugar público. Procede sancionar ex artículo 25.1 Ley Orgánica 1/92 de 21 de Febrero.

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Dirección General de Política Interior de fecha 30 de julio de 1998 confirmando en recurso ordinario la dictada por la Delegación del Gobierno en Andalucía de fecha 14 de mayo de 1998 imponiendo al recurrente la sanción de multa de 50.005 de las antiguas pesetas por la comisión de una infracción prevista en el art. 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

En cuanto a los hechos en ningún instante han sido negados los recogidos en la denuncia formulada por agentes de la Guardia Civil y transcritos en el acuerdo sancionador, siendo estos la posesión por el demandante en su cartera de 2 gramos de resina de hachis. Sobre la tipificación de tales hechos, esto es la mera tenencia de sustancias estupefacientes, no constitutiva de delito, destinada al autoconsumo y sin que éste tenga lugar en lugares públicos, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 28 de septiembre de 1998 en recurso de casación en interés de ley, por lo que a lo declarado en dicha sentencia hemos de estar. Así el Tribunal Supremo afirma que:

“La interpretación literal, lógica y finalista de la trascrita norma que incorpora el precitado artículo 25.1 determina que la mera tenencia ilícita de drogas constituye infracción administrativa de carácter grave y, por tanto, sancionable por la Autoridad gubernativa, sin que pueda entenderse excluida del precepto la tenencia de pequeñas cantidades, aunque se destinen para autoconsumo, porque en la norma no se formula distinción ni excepción de clase alguna al respecto, debiendo ya advertirse, en otro orden de ideas, que para indagar “el concepto de ilicitud que califica la mera tenencia merecedora del reproche administrativo”, no explicitado en la ley, según expresa la Sala de instancia, habrá que integrar aquella con el resto del ordenamiento jurídico, al objeto de precisar el indeterminado concepto de la “tenencia ilícita” siquiera sea mediante la exclusión de los usos o tenencias permitidos, no resultando posible trasplantar, aunque sea a efectos herme-

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

néuticos el ilícito penal o las razones que lo determinan al campo del derecho administrativo sancionador, en cuanto los ilícitos administrativos es posible que no reúnan ni los caracteres típicos de las infracciones penales, ni los motivos tenidos en cuenta por el legislador para su inclusión, en el Código punitivo.

Desde otra perspectiva, aunque en derredor de los mismos conceptos desarrollados en el fundamento anterior, no cabe prescindir de la doctrina proclamada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 341/1993, de 18 de Noviembre, según la cual se considera ajustada a la Constitución el tipo que dio lugar a la sanción administrativa impugnada en vía contenciosa al declarar literalmente “en cuanto configurador de un supuesto de infracción administrativa no es contrario a la exigencias del principio de legalidad en éste orden ( artículo 25.1 de la Constitución), tanto en lo que se refiere al rango de la regla delimitadora del ilícito, como en lo relativo a la configuración misma de la conducta infractora. La “tenencia ilícita” no es concepto tachable de impreciso y cuya determinación corresponderá a los Tribunales, aunque sea necesario acudir a otras reglas legales, como la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre normas reguladoras de estupefacientes, para identificar lo que sea tenencia ilícita (artículo 22) y determinar por contraste con ella la tenencia ilícita sancionable. El hecho de que el precepto impugnado de lugar a la sanción de la tenencia ilícita de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas destinadas al consumo propio, que es conducta hoy no constitutiva de delito, no tiene consecuencia de inconstitucionalidad alguna. El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal da lugar a que no cualquier comportamiento ilícito constituya para aquel una conducta típica, siendo admisible que la ley configure como infracción administrativa una “tenencia ilícita” que no suponga en sí contravención de la Ley penal. Si la tenencia ilícita de drogas destinadas al propio consumo ha de ser objeto o no de revisión penal o de sanción administrativa es algo que se deja al legislador”.

La doctrina constitucional que hemos dejado literalmente transcrita en la motivación anterior, cuya vinculación para todos los Jueces y Tribunales establece el artículo 5º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la interpretación de la norma sancionadora que formulábamos en la tercera, según las cuales el tipo aplicado por la Administración, con la cobertura legal necesaria, describe de modo suficiente la tenencia ilícita de drogas abonada ya de principio la estimación del recurso que decidimos y como el concepto de ilicitud que califica la tenencia merecedora del reproche administrativo, desde luego en todo caso, repetimos, independiente del penal, puede deducirse, según apunta el Tribunal Constitucional, de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 17/1967 de 8 de Abril, acorde con las exigencias de los Convenios Internacionales ratificados por España, en el que se relacionan específicamente los usos permitidos (industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente ley) para, en consecuencia, considerar prohibidos cualesquiera otros, pues según el texto legal no se per-

mitirán otros usos de los estupefacientes, así como la tenencia, siempre que no esté enderezada a los concretos usos relatados, es por todo ello, por lo que no podemos sino reputar errónea la doctrina o el criterio vertido por la Sala de instancia en la sentencia impugnada.”

Sobre la base de lo transcrito, dada la acreditada tenencia de la resina de hachis por el recurrente y no apreciándose violación alguna del principio de proporcionalidad que se invoca, la consecuencia necesaria debe ser la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo y la confirmación de la sanción impuesta.

*(St. de 16 de Marzo de 2005. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Cierre de establecimiento de una asociación. Violación del derecho a la inviolabilidad de domicilio; inexistencia.

La sentencia apelada estimó el recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, frente al Decreto de 22 de mayo de 2002, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Málaga, que por carecer de la preceptiva licencia de apertura, acordó el inmediato cierre del establecimiento y el cese de la actividad de “Bar con música” desarrollada en el número 7, bajo derecha, de la calle Pozos del Rey de esta capital, considerando para ello que dicha resolución, y más concretamente el cierre decretado -no así el cese de la actividad-, vulneró los derechos de asociación y reunión de la entidad recurrente, garantizados por los artículos 21 y 22 de la Constitución, y ello al entender que siendo aquella de naturaleza asociativa y teniendo en ese local su domicilio, dicho cierre desconoció efectivamente tales derechos al haber sido decretado de manera improcedente por no requerirse licencia de apertura para la actividad en cuestión.

**SEGUNDO.** Con todo, y de acuerdo con lo argumentado por la Corporación apelante, tales conclusiones no pueden ser asumidas por la Sala, ya que, ante todo, en cuanto a la supuesta vulneración del derecho de reunión, en ningún momento se aparece que el cierre decretado pudiera haber supuesto el impedimento o interrupción de acto alguno de ejercicio de tal derecho ni tampoco se entiende que pudiera haberlo impedido en un futuro. Debe tenerse en cuenta que como el Tribunal Constitucional ha declarado, el referido derecho, en cuanto autónomo e intermedio entre los de libre expresión y asociación, tiene como elementos configuradores, además del finalístico de la licitud de su finalidad y el real u objetivo relacionado con el lugar de celebración, otro subjetivo, constituido por una agrupación de per-

sonas, y otro más temporal, conectado con su duración transitoria (Sentencias 85/1988 y 196/2002).

Es evidente pues que esa configuración obliga a ceñir la protección del derecho a una concreta agrupación de personas e impide extenderla a la consagración permanente de un determinado lugar para su ejercicio, lo que consecuentemente hace obligado descartar su vulneración en el caso si, como así ocurre efectivamente, no consta que la actuación impugnada hubiere disuelto o impedido ninguna agrupación concreta de personas.

La misma conclusión se alcanza en relación con el derecho garantizado por el artículo 22 de la Constitución, aunque de entrada y frente a lo que señala la apelante, deba reconocerse la posibilidad que asiste a la asociación recurrente para invocar en su favor la protección del artículo 22 CE (así lo tiene dicho el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia 219/2001), que, sin embargo, tampoco extiende su protección a la ostentación de un domicilio o a su ejercicio en un determinado lugar, siempre que, claro está, con ello no se imposibilite efectivamente la realización del derecho.

Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de diciembre de 1997 (casación 874/1995), al declarar taxativamente que “..la disponibilidad del local en modo alguno se inserta en el derecho fundamental elegido, que no queda así afectado por el hecho de que la sedicente asociación pueda ser privada de su uso..”, añadiendo que “..el derecho fundamental de asociación no alberga en su contenido los derechos de que, en su caso, pueda ser titular la asociación constituida, cualquiera que sea la importancia de esos derechos para el mantenimiento de la vida asociativa..”, y que “..las prácticas y actividades de una asociación no son en modo alguno los elementos que hacen cognoscible, según pretende la parte, el derecho de asociación, sino que se diferencian jurídicamente de éste, y están sometidas al régimen jurídico que les sea aplicable..”. En definitiva, como concluye el Tribunal “..el derecho del “colectivo” de jóvenes recurrentes a asociarse es totalmente diferenciable del derecho a disponer de un local, por lo que la privación del uso del mismo en modo alguno afecta a aquel derecho..”.

En consecuencia, tampoco en este caso, en el que la vulneración constitucional se imputa a una decisión administrativa dirigida al cierre del lugar en el que la asociación recurrente tenía fijado su domicilio, puede considerarse vulnerado el citado derecho constitucional, sobre todo, además, a la vista de la finalidad que aquella asume, orientada (según la resolución que autorizó su inscripción en el registro provincial) a la defensa del patrimonio histórico del centro de Málaga, que no parece que requiera de manera indispensable el desarrollo de actividades en un local como el que, según lo actuado, parece configurarse el que fue objeto de la actuación impugnada, cuyas condiciones no lo muestran desde luego como un elemento necesario o indispensable a tal fin, tal y como refleja la solicitud presentada días después del cierre para la realización en el local de actividades de “Bar sin música” y la declaración de la Policía Local, que entre otras cosas se refería a la existencia de una barra para servicio de bebidas.

Por lo demás, descartada la vulneración de los derechos fundamentales alegados y dada la especialidad procedimental escogida por la actora, ceñida al examen aquellos derechos, ninguna relevancia puede ya ofrecerse a la posible infracción de las normas procedimentales aplicables o a la también alegada innecesariedad de licencia de apertura para el desarrollo de la actividad, extremo este en el que, de todas formas, tampoco podría cuestionarse la decisión impugnada si se tiene en cuenta la solicitud de anteriormente formulada por la recurrente, en la que se pedía información sobre el posible ejercicio en el repetido local de aquella actividad comercial, la ya citada solicitud de licencia de actividad que presentó días después del cierre y, finalmente, lo observado directamente por los miembros de la Policía Local, cuya veracidad, frente a lo que alega la representación de la entidad recurrente, no puede ponerse en cuestión por el hecho de hacerse rectificado la denuncia obrante en el expediente remitido a la Sala, que también estuvo en poder de dicha representación, y que dio cuenta del desarrollo en el lugar de aquella actividad de “Bar con Música”.

En cualquier caso, según lo dicho, tales supuestas irregularidades no podrían justificar en el caso dicha vulneración constitucional invocada por la apelada, lo que, en fin, hace obligada la estimación del presente recurso de apelación, con declaración de nulidad de la sentencia recurrida y desestimación de la demanda, y todo ello, sin que, de conformidad con lo establecido por el artículo 139.2 LJCA, se aprecien méritos suficientes para considerar procedente un pronunciamiento sobre el pago de las costas en ninguna de las instancias.

*(St. de 11 de Abril de 2005. Sala de Málaga. Se transcribe completa. Ponente Eduardo Hinojosa Martínez)*

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

IVA- Determinación del Alcance impugnatorio cuando ha habido acta de conformidad.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 30 de octubre de 2002 que, en relación con la reclamación nº 41/6301/00, formulada contra las liquidaciones derivadas de Actas de conformidad practicadas por la Administración de la A.E.A.T. de Sevilla Oeste-Noroeste, por el concepto IRPF, ejercicio 1998 e IVA, cuarto trimestre de 1998 y sanciones derivadas de las Actas, por una cuantía total de 1.992,99 €, declara la nulidad de la liquidación A4160600086002591 referido al IRPF, ejercicio 1998, la inadmisibilidad respecto a los acuerdos de iniciación de los expedientes sancionadores y confirma la liquidación A4160600090000332 correspondiente al cuarto trimestre del IVA, ejercicio 1998.

Determinando previamente aquello que puede ser objeto de impugnación en el presente proceso hay que indicar, en primer lugar, que el TEARA ya declara la nulidad de la liquidación correspondiente al IRPF, ejercicio 1998, por lo que difícilmente puede instarse en este proceso la declaración de nulidad respecto de aquello cuya invalidez ya ha sido previamente afirmada.

En lo que se refiere a las sanciones por infracción tributaria, como indica el acuerdo del TEARA en su fundamento jurídico séptimo, a la fecha de interposición de la reclamación económico-administrativa tan solo existía una propuesta de sanción, lo que constituye un acto de trámite no susceptible de impugnación, extremo que en ningún instante se cuestiona y que necesariamente debe ratificarse pues no existía acto objeto de posible reclamación económico-administrativo e imposibilitando a su vez tal circunstancia el pronunciamiento sobre tal cuestión de esta Sala.

Igualmente, la referencia contenida en la demanda de que la actuación inspectora abarcaría el ejercicio 1997 del IRPF sin que se hubiere dictado acto alguno de conclusión de la Inspección, no puede acarrear otra consecuencia, como indica el TEARA, de que la regularización afectó, en relación con dicho tributo, al ejercicio 1998 y que respecto al precedente existiría un incumplimiento del plazo de finalización de las actuaciones inspectoras con las consecuencias de no interrupción de la prescripción que, en su caso, imposibilitarían dictar en su día liquidación alguna, pero que, en cualquier caso, esta omisión no afecta en absoluto al resto de la actuación llevada a cabo por la Inspección de los Tributos.

Limitada por tanto la cuestión al examen de la liquidación girada en relación con el cuarto trimestre del ejercicio 1998 del IVA, son dos las cuestiones a tratar. Por un lado, la determinación del alcance impugnatorio cuando ha existido Acta de conformidad y, por otro, las consecuencias de la omisión de solicitud y emisión del informe a que se refiere el art. 48.3 RGIT. Para ello, y como referente decisorio, transcribiremos lo que al respecto ha afirmado el T.S. en sentencia de 22 de octubre de 1998 :

“La primera cuestión que se plantea en el presente recurso de apelación consiste en resolver si PIPENSA, parte apelante, podía o no impugnar la liquidación del Impuesto sobre Sociedades, del ejercicio 1984, toda vez que esta liquidación tenía su origen en un acta de conformidad.

El artículo 117 de la Ley General Tributaria dispone que «la confesión de los sujetos pasivos versará exclusivamente sobre supuestos de hecho y no será válida la confesión cuando se refiera al resultado de aplicar las correspondientes normas legales». De este precepto se deduce claramente que la conformidad del sujeto pasivo en un acta de inspección sólo afecta y alcanza a los hechos, desprovistos por tanto de toda calificación y apreciación jurídico-tributaria.

En este sentido, el artículo 61 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 abril, dispone en su apartado 1, siguiendo en este punto una doctrina histórica ya mantenida respecto de las actas de invitación, creadas por Real Orden de 23 septiembre 1927, que «las producidas conforme a la propuesta contenida en un ac-

ta de conformidad y los demás actos de liquidación dictados por la Inspección de los Tributos en vía -, previo el recurso de reposición (...)» precisando a continuación que «no podrán impugnarse las actas de conformidad, sino únicamente las liquidaciones tributarias, definitivas o provisionales, resultantes de aquéllas», precisión que es obvia, aunque didáctica, porque las actas de la Inspección de Hacienda son meros actos de trámite que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, ni ponen término a la vía de gestión, por lo que no son impugnables, en cambio sí lo son los, aunque traigan su origen de actas de conformidad.

El apartado 3, de este mismo artículo 61, remacha que «en ningún caso podrán impugnarse por el obligado tributario los hechos y los elementos determinantes de las bases tributarias respecto de los que dio su conformidad, salvo que pruebe haber incurrido en error de hecho».

Este precepto puede inducir a confusión, si no se comprende correctamente. En la determinación (cuantificación) de las obligaciones tributarias hay que distinguir las siguientes fases cognoscitivas: Primera. Conocimiento de los hechos. Segunda. Calificación de los mismos de acuerdo con las normas jurídicas aplicables al caso, para decidir si se da el elemento objetivo del hecho imponible (sujeción y aplicación espacial y temporal), y el elemento subjetivo del mismo. Tercera. Calificación, apreciación y valoración de los hechos y elementos de hecho que conforman la base imponible. Cuarta. Conocimiento de los hechos que implican la aplicación de reducciones, para hallar la base liquidable, del tipo de gravamen, de las deducciones, desgravaciones, etc., hasta liquidar la obligación tributaria. Quinta. Conocimiento de los hechos y circunstancias de hecho para la tipificación de las infracciones tributarias y la imposición de las correspondientes sanciones. (Esta fase es independiente de las anteriores desde la vigencia de la Ley 1/1998, de 26 febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.)

Pues bien, no son impugnables como tales los hechos, los elementos de hecho y las circunstancias concurrentes, que hayan sido aceptados en un acta de conformidad, salvo que el sujeto pasivo demuestre que incurrió en un error de hecho, por el contrario sí son impugnables los resultados de calificar, valorar, apreciar, y, en general, de aplicar las normas jurídicas a los hechos, elementos de hecho y demás circunstancias, aceptados de conformidad.

En el caso de autos, la liquidación, resultado del acta de conformidad, era en principio impugnable en vía económico-administrativa, si bien a continuación debe examinarse, si los motivos son o no estimables.

La entidad apelante ha insistido tanto en vía administrativa, como en la jurisdiccional de instancia, y, ahora, en el recurso de apelación, que el acta de inspección no contiene los datos fácticos, ni la motivación jurídica, imprescindibles para conocer y enjuiciar los incrementos de la base imponible, que luego se detallan.

El artículo 49 del Reglamento de la Inspección de los Tributos, aplicable, tanto a las actas de conformidad, como a las de disconformidad, dispone en

su apartado 2 que «en las actas de la Inspección que documenten el resultado de sus actuaciones se consignarán: (...) d) Los elementos esenciales del hecho imponible y de su atribución al sujeto pasivo o retenedor, con expresión de los hechos y circunstancias con trascendencia tributaria que hayan resultado de las actuaciones inspectoras o referencia a las diligencias donde se hayan hecho constar. e) En su caso, la regularización que los actuarios estimen procedente de las situaciones tributarias, con expresión, cuando proceda, de las infracciones que aprecien, incluyendo los intereses de demora y las sanciones pecuniarias aplicables, con especificación de los criterios para su graduación, y determinando la deuda tributaria debida por el sujeto pasivo, retenedor o responsable solidario».

Es decir, el sujeto pasivo debe conocer por medio del ejemplar del acta de conformidad, que le entregan los Inspectores Actuarios, y que opera como notificación, los hechos y motivos de la propuesta de liquidación, como exige el artículo 124, apartado 1, a), de la Ley General Tributaria, así como las circunstancias concurrentes que permitan conocer la tipificación de las infracciones tributarias y los criterios aplicados para cuantificar las sanciones.

No obstante, ocurre en la realidad que en las actas de conformidad la expresión de los hechos y de los fundamentos jurídicos suele ser muy concisa, y algunas veces tanto que, ciertamente, se incumplen los preceptos referidos. En cambio, en las actas de disconformidad, ocurre lo contrario, porque los Inspectores Actuarios deben incluso redactar un Informe ampliatorio del acta, como dispone el artículo 56, apartado 3, del Reglamento de la Inspección de los Tributos, que dice textualmente: «En las actas de disconformidad se expresarán con el detalle que sea preciso los hechos, y, sucintamente, los fundamentos de derecho en los que se base la propuesta de regularización, sin perjuicio de que en el informe ampliatorio, que posteriormente ha de hacer el actuario, se desarrollen dichos fundamentos(...)».

El Reglamento de la Inspección de los Tributos no ignora que las liquidaciones originadas por actas de conformidad pueden ser recurribles ante los Tribunales Económico-Administrativos, aunque se haya previamente prestado conformidad a la liquidación, y consciente de que el acta de conformidad será probablemente muy concisa, establece en su artículo 48, apartado 3, no mencionado por las partes en ningún momento, que: «En particular se solicitará informe a la Inspección: (...) se solicitará asimismo, informe por los órganos económico-administrativos cuando se interponga directamente reclamación contra la liquidación tributaria resultante de un acta de conformidad», de modo que cuando se ponga de manifiesto al recurrente el expediente administrativo, éste podrá tener conocimiento de los hechos y fundamentos jurídicos precisos para enjuiciar la liquidación y las sanciones impuestas, sin que exista indefensión.

Este trámite es el equivalente al que debe realizarse por la Inspección de los Tributos, cuando dentro del mes siguiente a la firma del acta de conformi-



dad, el sujeto pasivo se vuelve atrás, rechaza la conformidad prestada y discute los hechos, y la propuesta de liquidación que también había aceptado, en cuyo caso, debe en ese momento iniciarse la instrucción del correspondiente expediente de disconformidad, en el que es preceptivo que los Inspectores Actuarios emitan el informe ampliatorio, para que así al igual que en el caso de impugnación directa ante los Tribunales Económico-Administrativos que hemos expuesto, no se produzca indefensión del sujeto pasivo. En el caso de autos, el Tribunal Económico-Administrativo no pidió el preceptivo informe, ni lo rindió «ex officio» la Inspección de los Tributos cuando tuvo que remitir el expediente del acta de conformidad, ni cuando practicó la liquidación para anular la condonación de la sanción, acordada automáticamente al liquidar, como consecuencia de la aceptación de la liquidación, por todo lo cual la Sala debe examinar si los datos que figuran en el acta de conformidad, son suficientes o no, para que la entidad recurrente tenga conocimiento de los hechos y de los fundamentos de derecho de la liquidación impugnada.”

Aplicando las anteriores consideraciones al particular supuesto aquí debatido se advierte que en el Acta de conformidad se hace mención a que los datos a efectos del cálculo de las cuotas resultantes de la aplicación del régimen simplificado del IVA del cuarto trimestre del ejercicio 1998 son los que constan en la diligencia de toma de datos de 11 de noviembre de 1999 y las de constancia de hechos de 24 de mayo y 13 de septiembre de 2000. Examinando las diligencias citadas se advierte que, en lo que hace mención a la de toma de datos se transcriben una serie de datos promedio referidos a personal no asalariado y asalariado y CVF (potencia fiscal vehículo) sin explicación alguna de donde se extraen. En la diligencia de constancia de hechos de 24 de mayo de 2000 solo hay mención a los libros registros y facturas aportadas por el sujeto pasivo y en la de 13 de septiembre solo hay como datos fiscales de relevancia la mención que los bienes del activo fijo amortizables en el ejercicio son 6 columnas y elementos de cajonería y que las cuotas soportadas deducibles por adquisición de activos fijos asciende a 315.913 de las antiguas pesetas correspondientes a dos facturas de adquisición de unas comodillas. Finalmente, el Acta de conformidad señala que la cuota anual es de 955.130 ptas sin contener detalle de cómo llega a dicha cifra y con la sola mención a que se ha seguido lo señalado en el punto 2 del Anexo II de las Instrucciones para la aplicación de los índices y módulos en el IVA de la Orden de 13 de febrero de 1998.

De lo transcrito se deduce que tanto en relación con los elementos fácticos que sirven de soporte a la liquidación practicada como de la omisión completa de las operaciones seguidas para el cálculo de la cuota fijada, se ha producido indefensión al contribuyente de tal modo que, por lo antes dicho, la falta del informe preceptivo no queda suplido por el contenido del Acta de conformidad y en tal sentido debe declararse la nulidad de la liquidación referida al IVA, ejercicio 1998, cuarto trimestre, estimando la de-

manda en dicha pretensión y sin que quepa hacer pronunciamiento alguno respecto a la actividad inspectora llevada a cabo en relación con el IRPF y las posibles sanciones impuestas, en base a lo fundamentado al principio de la presente sentencia.

*(St. de 2 de Marzo de 2005. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

## **XXII. URBANISMO Y VIVIENDA**

**Aprobación definitiva del Plan Parcial sin informe no vinculante de la Comunidad Autónoma (116.c TR92 incorporado por Ley 1/97 de 18 de Junio ). Nulidad: procedencia.**

Mediante el presente recurso, la Administración de la Junta de Andalucía pretende obtener la declaración de nulidad del acuerdo de 24 de marzo de 1999, de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella, por el que se aprobó definitivamente el Plan Parcial de Ordenación del Sector URP-RR-7, El Pinar I, del Plan General de dicha localidad, y con el que, según la actora, la Corporación demandada infringió concretamente el artículo 116.c) del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, incorporado al ordenamiento autonómico por la Ley 1/1997, de 18 de junio, al no solicitar con carácter previo el informe preceptivo del órgano competente de la Comunidad Autónoma a que dicho precepto se refiere, omisión que la Corporación demandada admite expresamente pero a la que niega toda eficacia sobre la validez de la actuación impugnada en atención al carácter no esencial del informe, al hecho de haberse realizado los trámites fundamentales del procedimiento y al principio de conservación de actos que rige el procedimiento administrativo.

Pues bien, aunque las partes nada plantean al respecto, resulta preciso descartar de entrada cualquier insuficiencia que desde la perspectiva de la legitimación pudiera entenderse que padece la posición procesal de la Administración recurrente, como sucedería en caso de dirigirse el recurso frente a actuaciones realizadas en ejercicio de competencias delegadas por aquella, a las que se refiere el artículo 22 del Decreto 77/1994, de 5 de abril, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, que, en efecto, en orden a lograr una mayor eficacia en la gestión pública y una mayor participación ciudadana, prevé la delegación en los Ayuntamientos, entre otras, de la competencia para la aprobación definitiva de Planes Parciales y Planes Especiales que desarrollen planeamiento general, así como de Catálogos y de sus modificaciones cuando se formulen y tramiten independientemente del planeamiento general o especial al que vayan vinculados, en municipios de menos de 50.000 habitantes. Puesto que, según el artículo 13.4 de la Ley

30/1992, de 265 de noviembre, tales actuaciones habrían de entenderse procedentes de la propia organización de la delegante, tampoco podrían ser recurridas por ésta de acuerdo con lo establecido por el artículo 20.a) de la Ley 29/1998, que prohíbe a los órganos administrativos la interposición de recursos contencioso-administrativos contra las actividades de sus respectivas Administraciones Públicas, y cuya aplicación en estos casos de aprobación de planes urbanísticos por delegación autonómica, ha confirmado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 15 de abril (casación 5436/2000) y de 11 de noviembre de 2003 (casación 1676/2000).

De forma distinta, se trata ahora de la impugnación de un acuerdo de aprobación de un Plan Parcial emitido en virtud de atribuciones propias, reconocidas concretamente por el artículo 118.3.b) del Texto Refundido de 1992, que reconoce esa competencia a los Ayuntamientos no capitales de Provincia con población superior a 50.000 habitantes, lo que, por tanto, descarta aquel posible reproche o el que también en esos otros casos de ejercicio de facultades delegadas pudiera observarse en relación con la falta de seguimiento por la actora del cauce previo de la declaración de lesividad, hoy contemplado en el artículo 103 de la Ley 30/1992.

Así las cosas, lo cierto es que también en tales supuestos el ejercicio de la competencia local se sujeta a la preceptiva solicitud del mencionado informe, al que se refería en efecto aquel artículo 116 de la Ley del Suelo de 1992 tras imponer con carácter general la aprobación definitiva de los Planes Parciales por la Comunidad Autónoma, estableciendo que “..si el Plan hubiera de aprobarse definitivamente por el Ayuntamiento, se someterá a informe no vinculante del órgano competente de la Comunidad Autónoma..”, que, por lo demás, según el artículo 12.12 del Decreto 77/1994, correspondía emitir a las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y que según aquel precepto tiene carácter no vinculante y se entenderá favorable de no emitirse en el plazo de un mes desde la recepción del expediente completo por el citado órgano, marco legal este que, frente a lo que argumenta la demandada, no permite pasar por alto, como irrelevante, la omisión del trámite en cuestión, que, ante todo, se impone por la ley como exigencia dirigida a garantizar en la medida de lo posible un mayor acierto en el ejercicio de la competencia urbanística local y su coordinación con las propias de la Comunidad Autónoma; además, es evidente que desde la perspectiva formal, relacionada con la propia conformación de la competencia local, el redactor de la norma evidenció con ello su voluntad de introducir el informe como una importante limitación de dicha competencia, sometiendo su ejercicio a esa previa exigencia.

De igual forma, y según todo ello, dicho presupuesto se configura de manera independiente respecto del cumplimiento del resto de los requisitos procedimentales legalmente establecidos, como sucede particularmente con el informe de la Administración del Estado a que se refiere el artículo 112 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, al que se refiere la representación demandada invocando su cumplimentación en el caso, pe-

ro que, como es evidente, por mucha importancia que haya de reconócersele, se refiere sólo a un aspecto concreto del objeto del Plan y no su totalidad (de alcance general en esta modalidad de instrumentos urbanísticos), sin que, por lo demás, esa intervención estatal haya podido servir para sanar la preterición de una Administración distinta, como es la autonómica.

En último extremo, es verdad que el principio de conservación, que también se invoca en la contestación a la demanda, ha de tenerse en cuenta en la resolución del presente recurso, aunque no para dar por buena la vulneración legal cometida, que de admitirse en este caso habría de autorizarse también en cualquier otro, sino para fijar la extensión y las consecuencias del pronunciamiento de nulidad que debe emitirse, que, de conformidad con lo establecido por el artículo 66 de la citada Ley 30/1992, con conservación del resto de las actuaciones practicadas, ha de limitarse a la declaración de nulidad del acuerdo impugnado, con reposición de las actuaciones administrativas al momento anterior a su aprobación, para la solicitud del informe omitido.

En consecuencia, el recurso debe ser íntegramente estimado, con declaración de nulidad del acuerdo impugnado en los términos que acaban de señalarse, y todo ello, sin que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se observen méritos suficientes para considerar procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

*(St. de 11 de Abril de 2005. Sala de Málaga. Se transcribe completa. Ponente Eduardo Hinojosa Martínez)*

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Clasificación de Suelo Urbano en consolidado o no consolidado. Delimitación de unidades de ejecución: discrecionalidad. Equidistribución.

En torno a la impugnación del acuerdo recurrido, se hace valer la pretensión de que se deje sin efecto lo relativo a la Unidad de Ejecución número 11, donde se sitúan los terrenos propiedad del aquí actor, o subsidiariamente que se cambien sus determinaciones.

En cuanto a los hechos no se discute que el suelo en cuestión viene clasificado como suelo urbano de uso residencial. En cuanto a las determinaciones de la Unidad de Ejecución según el acuerdo de aprobación inicial son las siguientes:

Superficie total del ámbito: 1,01 hectáreas.

Superficie edificable: 3000 m<sup>2</sup> construidos.

Número máximo de viviendas: 20.

Espacios Libres Públicos: 3.600 m<sup>2</sup>.

Aprovechamiento tipo: 0'43 unidades de aprovechamiento por m<sup>2</sup>.

Índice de edificabilidad: 0'42 m<sup>2</sup>c/m<sup>2</sup>.

Sistema de actuación: compensación.

Instrumento de desarrollo: estudio de detalle.

El objeto de la actuación es el de acondicionamiento del naranjal existente como parque de carácter público ligado a la Carretera Nueva; el establecimiento de una vía que ligue la C/ Virgen de la Consolación y la prolongación de la C/ Julia Palomo, propuesta en la U.E. 5; constitución de una manzana residencial entre el nuevo parque y la C/ Manuel Rodas y la mejora de la urbanización de ésta última calle, señalándose como cesiones las zonas verdes indicadas en la ficha técnica y el nuevo viario urbanizado, así como de una parcela destinada a equipamiento y el 10% del aprovechamiento tipo. Con tales actuaciones se pretende conseguir la recuperación de la permeabilidad peatonal entre el casco histórico y el resto del tejido urbano y el remate del tejido edificado residencial, eliminando construcciones de gran impacto visual y sustituyéndolas por usos más acordes con su localización central, así como la constitución de una nueva zona de actividad ligada a la C/ Manuel Rodas, como inicio del Eje del Paseo Majuelo.

Aprobado inicialmente el proyecto, el actor presentó alegaciones entendiéndolo que la actuación era antieconómica para los propietarios, que no se clasificaba el suelo como consolidado o no consolidado por la urbanización, que no se motivaba la delimitación de unidades y que se infringía el derecho al aprovechamiento de los propietarios y el principio de justa distribución de beneficios y cargas; por lo que solicita se revise las normas del plan en los términos definidos, especificando la clasificación del suelo urbano y, en todo caso, que se cambien las determinaciones de la unidad de ejecución en la que se sitúan los terrenos de los actores.

Clasificación del suelo.- Es cierto que, a la entrada en vigor de la Ley 6/98, el 4 de mayo de 1998, aunque por pocos días, todavía no se había producido la aprobación inicial del proyecto que tuvo lugar el 25 de mayo de 1998. En consecuencia estaríamos en el ámbito de la disposición transitoria tercera, estimada constitucional por STC de 11 de julio de 2001. Y, conforme a dicha disposición transitoria:

1. El planeamiento general en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley podrá seguirse tramitando sin adaptar sus clasificaciones de suelo a la misma.
2. Se entenderá que se encuentra en la situación prevista en el apartado anterior al planeamiento general, o su revisión, en cuya tramitación haya recaído acuerdo de aprobación inicial.

Y es cierto que, pese ello, el suelo urbano no aparece clasificado en el PGOU en alguna de las dos categorías: consolidado o no consolidado por la urbanización. Ahora bien, interpretando en conjunto los distintos escritos presentados en vía administrativa y aquí, no parece que el actor esté ejerciendo una pretensión de nulidad respecto a todo el planeamiento, sino que se li-

mita a los terrenos de su propiedad, respecto a los que entendemos, a la vista de las alegaciones y pruebas, que pretende una declaración de que se declare que son suelo urbano consolidado por la urbanización. Por lo demás, la omisión general, quedaría hoy salvada por la disposición transitoria primera de la Ley Andaluza 7/2002.

Y, entrando en ello, es cierto que la clasificación en una u otra categoría no es una decisión discrecional; pero, como destaca el TC en su sentencia de 11 de julio de 2001, no compromete la competencia autonómica en materia de elección de modelos urbanísticos. Así la Ley 6/1998, se limita a señalar la diferencia entre suelo consolidado o no consolidado por la urbanización a cuya diferencia liga consecuencias jurídicas importantes en relación a los derechos de los propietarios. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que debe concretarse tanto por la normativa autonómica como por la Administración urbanística actuante, para lo que debe reconocérsele un cierto margen de apreciación tanto a la legislación urbanística aplicable como a las decisiones del planificador. El concepto desde luego apunta a una diferencia entre el suelo plenamente integrado en la trama urbana, con todas sus determinaciones completas, que o reúne la condición de solar o sólo precisa algunas instalaciones en el interior de la parcela edificable para convertirlo en solar; y suelo que, aunque enclavado en la trama, se comporta como una bolsa que hay que integrar en la trama, o que, aun urbanizado, se estima claramente insuficiente la urbanización existente aun para un uso que se mantiene, o que el cambio de uso convierte en inadecuada. Y, en ese sentido, lo ha entendido el legislador autonómico a la vista del artículo 45 de la Ley Andaluza 7/2002.

En todo caso, aquí se trataría de examinar, si estamos en esa zona clara de suelo urbano consolidado por la urbanización, lo que nos permitiría hacer la declaración que pretenden los actores. Y, en este punto, no discutiéndose la clasificación como suelo urbano, la afirmación de que se encuentra consolidado por la edificación contenida en la demanda ha quedado huérfana de toda prueba pues, desde luego, el único extremo acreditado de que tributa por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles no significa que ostente la consolidación pretendida. Por otra parte, se establece una mayor densidad edificatoria, para un uso residencial, lo que necesariamente exige, más que completar instalaciones interiores a la parcela, urbanizar el área, de acuerdo con el plan, a fin de establecer parcelas edificables y solares. No pueden ser las mismas las exigencias e instalaciones preexistente, sin que por lo demás se nos digan cuales son, que las correspondientes al nuevo uso residencial que se establece.

En consecuencia procede desestimar el recurso en este punto.

Sobre la arbitrariedad y falta de motivación de la delimitación de la U.E.- Al respecto hay que señalar que si bien la discrecionalidad de la Administración al planificar es evidente la misma no puede caer en la mera arbitrariedad, no justificando ni siquiera sea mínimamente las actuaciones previstas en el planeamiento. Sin embargo, tampoco puede confundirse la necesidad

de que la decisión del planificador se encuentre justificada y sea razonable con el hecho de que deba coincidir con el criterio del propietario del terreno planificado. Desde esta premisa no puede afirmarse que la delimitación de la U.E. no se encuentre justificada y motivada ni tampoco que las previsiones contenidas sean arbitrarias o irracionales pues, como ya se apuntó, con tales actuaciones se pretende conseguir la recuperación de la permeabilidad peatonal entre el casco histórico y el resto del tejido urbano y el remate del tejido edificado residencial, eliminando construcciones de gran impacto visual y sustituyéndolas por usos más acordes con su localización central, así como la constitución de una nueva zona de actividad ligada a la C/ Manuel Rodas, como inicio del Eje del Paseo Majuelo y el acondicionamiento del naranjal existente como parque de carácter público ligado a la Carretera Nueva; el establecimiento de una vía que ligue la C/ Virgen de la Consolación y la prolongación de la C/ Julia Palomo, propuesta en la U.E. 5; constitución de una manzana residencial entre el nuevo parque y la C/ Manuel Rodas y la mejora de la urbanización de ésta última calle, quedando así plenamente justificada la previsión que se impugna.

Justa distribución de beneficios y cargas.- Se dice que la delimitación de la unidad de ejecución no respeta el principio de justo reparto de beneficios y cargas. Tampoco podemos coincidir en esto con los actores, ya que, como hemos dicho el derecho de los propietarios, en relación a áreas homogéneas, viene garantizado por el aprovechamiento tipo; y si el uso lucrativo es insuficiente, ahí está la previsión del artículo 152 del TR de la Ley del Suelo de 1992, incorporado al Derecho Autonómico por la derogada Ley Andaluza 1/97, aplicable por la fecha, a cuyo tenor:

1. Cuando los aprovechamientos permitidos por el planeamiento fueran inferiores a los susceptibles de apropiación por el conjunto de propietarios, se disminuirá la carga de urbanizar en cuantía igual al valor del aprovechamiento no materializable, con aplicación en todo caso del art. 54 sufragando la Administración actuante la diferencia resultante.

2. Si mediante esta reducción no pudieran compensarse íntegramente el valor de los aprovechamientos no materializables, la diferencia se hará efectiva en otras unidades de ejecución que se encuentren en situación inversa e incluidas en la misma área de reparto o mediante el abono en metálico de su valor urbanístico, a elección de la Administración actuante.

En relación con lo argumentado en la demanda acerca de lo antieconómico que para el propietario supone las determinaciones urbanísticas contenidas en la U.E., falta de justificación de las cesiones obligatorias previstas y la inidoneidad de la tipología de vivienda prevista para la zona hay que señalar que la propiedad urbanística es un haz de facultades con sus correlativos deberes, siendo la Ley, y por remisión de ella, los Planes, los que definen el contenido normal de la propiedad, siendo el criterio para definir dicho contenido el de la clasificación y calificación del suelo y que el mayor o menor contenido urbanístico de la propiedad es decisión pública que no

obliga al planificador nada más que a una equitativa distribución de los beneficios y cargas, pero nunca a que la plusvalía generada con la actuación prevista alcance determinado nivel o intensidad. En esta línea, las cesiones obligatorias no exceden del marco legal, su innecesariedad en absoluto ha quedado acreditada y el hecho de que el actor considere antieconómico la superficie de las viviendas a edificar, instando su modificación por una previsión que le resulte más rentable, no constituye un derecho que le podamos reconocer superponiéndonos a la decisión del planificador.

*(St. de 9 de Marzo de 2005. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*