

# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (\*)

## IV. BIENES PÚBLICOS

Dominio público, autorizaciones en zona portuaria. No aplicabilidad del artículo 78 de la Ley de Costas.

El objeto del presente recurso lo constituye la impugnación de la resolución de 16-3-00 dictada por el Presidente de la Autoridad Portuaria Almería-Motril que concede ocho (sic) al recurrente para abandonar el quiosco nº 3 y retirar sus pertenencias.

La base argumental del recurso radica, en síntesis, en la estimación de que el acto impugnado es contrario a derecho, porque:

1.- En el expediente administrativo existen partes de los celadores guardamuelles que refieren circunstancias genéricas, imprecisas y no referidas al quiosco que utiliza el recurrente.

2.- No existe una imputación al recurrente de forma individualizada.

3.- La ocupación del quiosco nº 3 ha sido debidamente autorizada, sin que quepan supuestos de revocación al tratarse de una autorización, ni de caducidad.

4.- Debió procederse en aplicación del art. 78 Ley de Costas.

Frente a ello, el Abogado del Estado se opuso, estimando que la actuación administrativa se ajustó a la legalidad.

Para poder proceder a analizar la cuestión sometida a debate, han de reseñarse los elementos fácticos que derivan de las actuaciones y del expediente administrativo:

- El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria con fecha de 30-6-97 aprobó la tarifa que conforme a la Orden Ministerial correspondiente se aplicaría a los vendedores ambulantes que ejercitasen tal actividad en venta en unas casetas desmontables ubicadas en terreno portuario.

- Se exigió la presentación de determinada documentación y se fijaron determinadas normas mínimas que debían regir en la ocupación y en la actividad, prohibiéndose, entre otras, la venta de alimentos, el hacer fuego en el quiosco o pernoctar en el mismo.

- Con tales requisitos se autorizaron por la autoridad portuaria la instalación de diez quioscos, que quedaron sometidos a autorizaciones renovables mensualmente y a la liquidación de la tarifa correspondiente.

---

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

- Los celadores guardamuelles constatan que los ocupantes del quiosco nº 3 incumplen determinadas condiciones, ya que exceden del número de metros de ocupación al utilizar lonas a modo de tenderete, venden artículos no autorizados como alimentos, pernoctan y cocinan en el quiosco, y estacionan un vehículo de motor en el muelle. Por ello, la autoridad portuaria, a través del Consejo de Administración, acordó en sesión de 30-7-99 el desahucio administrativo de los ocupantes del quiosco nº 3, de conformidad a lo previsto en el aro 49.2 de la Ley 27/92, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, concediéndoles un plazo de 8 días para alegaciones, apercibiéndoles de que el incumplimiento del desalojo en el plazo referido supondría la ejecución forzosa del mismo.

- El interesado dentro del plazo referido presentó alegaciones, negando en esencia la realidad de los hechos.

- Mediante resolución de 16-3-00 dictada por el Presidente de la Autoridad portuaria de Almería-Motril, se desestiman las alegaciones formuladas, al determinar que no se han desvirtuado los hechos que dieron lugar al dictado del acuerdo de fecha de 30-7-99 y que la ocupación se concedía de mes a mes, siendo motivo suficiente para la denegación de la revocación de la misma el incumplimiento de las condiciones o normas impuestas. En esta misma resolución se concede al recurrente el plazo de 8 días, a contar desde la notificación del mismo, para proceder a abandonar el quiosco nº 3 del muelle y a retirar sus pertenencias.

De las actuaciones se constata que los ocupantes del quiosco nº 3 han incumplido las normas establecidas para la autorización de la ocupación del terreno del muelle con la instalación de las casetas destinadas a la venta, incumplimiento no desvirtuado por la parte recurrente. De los informes y fotografías que han sustentado la adopción del acuerdo de fecha de 30-7-99 se determina la ocupación de mayor extensión de la autorizada y la realización de actividades no permitidas, deduciéndose un aspecto deplorable en una zona necesaria para ubicar los servicios adecuados a los pasajeros que utilizan la zona de servicio del Puerto de Almería, bien para los vehículos y sus ocupantes, o bien por los pasajeros de los cruceros turísticos que nos visitan y que atracan en el muelle. Constatado el incumplimiento de las normas establecidas en la autorización de la ocupación, ha de determinarse la normativa a aplicar ante el mismo. La parte recurrente alega que debieran aplicarse los supuestos de extinción de la ocupación del dominio público marítimo-terrestre establecidos en el art. 78 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; pero esta normativa no puede ser de aplicación al presente supuesto porque la ocupación se produce no exactamente en zona marítimo terrestre, sino en zona portuaria, que tiene una normativa específica (determinada por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) y determina la competencia de otros órganos distintos a los del Estado que gestionan el dominio público marítimo terrestre, ya que la competencia en materia de puertos se confiere a la autoridad portuaria, en cuya composición participa la correspondiente Comunidad Autónoma.

En primer lugar ha de determinarse que la ocupación de dominio público portuario con instalaciones desmontables o con bienes muebles, como es el caso de presente recurso contencioso administrativo, constituye una autorización otorgada por la autoridad portuaria, como delimita el art. 57.1 de la Ley de Puertos. El art. 58 de la Ley 27/1992 establece en su primer apartado que las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la autoridad portuaria en cualquier momento, sin derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con obras o planes aprobados con posterioridad, entorpezcan la explotación portuaria o impidan la utilización del espacio portuario para actividades de mejor interés. El apartado segundo del citado precepto establece que las autorizaciones caducarán por incumplimiento de cualquiera de las cláusulas o condiciones incluidas en el título de las mismas mediante expediente instruido al efecto y previa audiencia de su titular. y el apartado tercero de dicho artículo establece que las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario se otorgarán a título de precario y se extinguirán por cualquiera de los supuestos previstos en el art. 78 de la Ley de Costas, destacando el apartado c) de este precepto, que delimita como uno de estos supuestos el de la revocación por la Administración cuando se trate de autorizaciones. En todo caso el art. 58.3 de la Ley de Puertos fija que el plazo de vencimiento se determinará en el título correspondiente y no podrá exceder de tres años. De la dicción de este precepto ha de concluirse que la ocupación del dominio público portuario mediante un quiosco constituye una autorización, que se conceden a título de precario, y que puede revocarse por la Administración portuaria ante el incumplimiento de las condiciones o cláusulas fijadas en el título de su concesión; revocación que opera al momento de verificarse tal incumplimiento, sin necesidad de agotar el plazo de vencimiento (que en el presente caso es mensual), porque tal revocación es un supuesto de extinción de la autorización. Por ello, la actuación administrativa recurrida se ha ajustado a la legalidad, en cuanto que constatado el incumplimiento en las condiciones fijadas en la autorización, se ha acordado su revocación.

*(St. de 1 de diciembre de 2.005. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente M<sup>ª</sup> Luisa Martín Morales)*

#### IV. BIENES PÚBLICOS

Aguas. Revisión de tarifas de agua potable prestada por Comunidad de Bienes a una urbanización. Procedencia.

El objeto del presente recurso lo constituye la impugnación de la Orden de 4-12-97 de la Consejera de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía por la que se aprueba las tarifas de agua potable que afectan a la Urbaniza-

ción “Cortijo del aire”, perteneciente al término municipal del Albolote (Granada). El objeto del recurso nº 607/99, el Decreto 5-299 del Ayuntamiento de Albolote por el que este ente local requiere a la C.B. Rodríguez Bailón a la ejecución de las obras de urbanización en la “Urbanización Cortijo del Aire” y entregadas al Ayuntamiento, no es analizado por esta Sala, al haber el recurrente desistido del mismo.

La base argumental del recurso nº 428/98 radica, en síntesis, en la estimación de que el acto impugnado es contrario a derecho, porque:

1- La Urbanización del Cortijo del Aire fue promovida por la iniciativa popular, y la Comunidad de Bienes tenía licencia como suministradora de agua potable, como obra al folio 44 del expediente administrativo. La promotora de la Urbanización viene prestando el servicio de abastecimiento de agua potable desde 1973, pero no se acredita por la misma tener reconocida la facultad como suministradora de agua potable, ni se haya registrada como tal en el Registro Industrial correspondiente.

2- Las obras de urbanización no han sido recepcionadas por el Ayuntamiento, y la Comunidad no ha entregado al ente local los terrenos precisos para la prestación de los servicios públicos esenciales. Esta situación supone una infracción de las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Albolote y el art. 245.1 TRLS de 1992 ya que la conservación y mantenimiento de las obras de urbanización y sus instalaciones y dotaciones de servicios públicos corresponderá a la Administración.

3.- No cabe hablar de revisión de las tarifas del agua, porque nunca se dictó resolución administrativa para su fijación.

4.- Con la resolución impugnada se aumenta la cuota fija o del servicio al doble y se acortan los tramos en las cuotas variables, implicando un gran aumento de las tarifas respecto de las existentes con anterioridad.

Frente a ello, el Letrado de la Junta de Andalucía se opuso, estimando que la actuación administrativa se ajustó a la legalidad. y en semejantes términos se manifestó la parte codemandada.

En primer lugar ha de aclararse si la C.B. Rodríguez Bailón ejerce o no las funciones correspondientes al suministro de agua potable a la Urbanización “Cortijo del Aire”. La propia actora reconoce que desde 1973 la Comunidad de Bienes referida viene prestando tal servicio, aunque también alega que la misma no acredita ser titular de tal facultad ni estar inscrita en el Registro Industrial correspondiente. Al respecto ha de concluirse que la referida Comunidad de Bienes se constituye efectivamente en suministradora de agua potable de la Urbanización, y así lo asume la propia recurrente (que esgrimiendo que tal servicio no lo realiza el ente local, acepta que efectivamente lo desarrolle la Comunidad de Bienes referida). El fundamento de tal argumento se encuentra al folio 44 del expediente administrativo se acredita que la Junta de la C.B. acuerda solicitar la concesión del permiso para constituirse en tal suministradora. Además, en las actuaciones consta certificado expedido a 8-7-1997 por el Jefe del Departamento de Industria de la Delegación Provincial en Granada de la Consejería de Trabajo e Industria de la

Junta de Andalucía que acredita que se efectuó la inscripción como tal suministradora de agua en la Urbanización Cortijo del Aire, en el Registro Industrial de la provincia con el nº 18996 (cumpliéndose con esto lo preceptuado en el art. 5 del Decreto 120/1991, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Suministro domiciliario de agua); también consta tal inscripción en la Consejería de Economía y Hacienda, con fecha de 4-7-1999; y consta autorización de tal industria por la Dirección General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud. Todas estas consideraciones, determinan que la Comunidad de Bienes es la efectiva suministradora de agua potable de la Urbanización del Cortijo del aire, desarrollando lo denominado servicio público impropio.

En este sentido, la sentencia del TS de 22-9-1994, que es referida por la de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Madrid de 7-2-2002, dice lo siguiente: “El suministro de agua potable a los ciudadanos, es un servicio público esencial de titularidad municipal. Por ello el art. 86,3 L 7/85 de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, declara la reserva en favor de las Entidades Locales del servicio esencial de abastecimiento y depuración de las aguas y que la efectiva ejecución de esas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el núm. 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma. Por su parte el art. 26,1 a) de dicha Ley 7/85, manda que los Municipios, por sí o asociados, presten, entre otros servicios, el de abastecimiento domiciliario de agua potable”. No obstante, la referida sentencia, atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada, suele distinguir entre actividad de servicio público y actividad privada. La actividad de servicio público, subjetivamente, es competencia de ente público -Estado, Comunidad Autónoma, Municipio...-, y está sometida a un régimen jurídico determinado, exigido porque todo servicio público comporta la satisfacción de un interés de la colectividad, interés que, la mayoría de las veces, da contenido a un servicio público esencial, como es el caso del suministro de agua a los ciudadanos. Pero puede existir un servicio público impropio, que significa que el elemento subjetivo que presta el servicio, cede como elemento relevante ante el elemento de la actividad desarrollada para satisfacer un interés público, pero bajo un régimen jurídico propio del Derecho Administrativo, en el particular aspecto al que se refiere el presente recurso en el particular relativo a la aprobación de las tarifas.

Así, se reconoce la posible existencia de un servicio de suministro de agua constituido como un servicio público impropio de carácter local, que es el desarrollado por entidades privadas, sujeto al régimen jurídico administrativo y con vocación de convertirse en un servicio público en sentido propio, de titularidad municipal, de conformidad con el art. 86 de la citada Ley 7/85 de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (a pesar de que el competente Ayuntamiento sea conocedor de la realidad y forma de prestarse el servicio al tramitar y aprobar los respectivos planes parciales de ordenación, teniendo la titularidad potencial exclusiva sobre el servicio de abastecimiento

de agua conforme el artículo 26 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, pero que puede no haber hecho efectiva, ni instaurado el régimen de monopolio a que se refiere el artículo 86 de dicha Ley).

En el presente caso, como quiera que la actividad del suministro de agua a la Urbanización "Cortijo del Aire", del término municipal de Albolote (Granada), se encontraba en el sector privado (desarrollándose por la Comunidad de Bienes Rodríguez Bailón, como hemos expuesto en el anterior fundamento jurídico, sin intervención alguna del ente local), es por lo que dado el interés público al que servía la actividad (de ahí la calificación de servicio público impropio), la determinación o revisión de las tarifas por el abastecimiento de agua potable, (mientras no sea municipalizado en régimen de monopolio tal servicio municipal) exige que sea la empresa suministradora la que, con el oportuno estudio económico, solicite de la Administración Autónoma competente tal fijación o revisión de tarifas, conforme a lo dispuesto en el art. 107.1 R.D.Legislativo 781/86 de 18 abril, T. R. de las disposiciones legales en materia de Régimen Local, precepto plenamente aplicable, operando el silencio administrativo positivo si no recae resolución por la Administración autorizante en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la misma. y de igual modo, partiendo del principio de que las tarifas deberán ser suficientes para la autorización del servicio, según reza el artículo 107.2 de la citada Ley de Régimen Local, se exige que las tarifas de tal servicio comprenderán todos los gastos que origine la prestación y se inspirarán en los principios de unidad, igualdad, progresividad y suficiencia.

En el presente caso, se acepta por la propia actora, que la empresa suministradora de agua potable envió informe técnico a la Consejería de Economía y Hacienda; y que ante determinadas irregularidades, se efectuó la subsanación correspondiente por aquella y nada prueba en relación a la cumplimentación de los requisitos referidos anteriormente para que la Consejería proceda a la fijación de las nuevas tarifas en el consumo de agua potable; por lo que, la Orden que se impugna ha de ser confirmada.

*(St. de 13 de febrero de 2.006. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente M<sup>a</sup> Luisa Martín Morales)*

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Supuesta expropiación del derecho de reversión. No es tal sino simple expropiación de unos bienes sobre los que no se ha ejecutado una Sentencia acordando la reversión.

Se impugna en el presente proceso la resolución de 28 de noviembre de 2003, dictada por el Director General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, por la que se ordena el inicio del expediente

de expropiación forzosa de los bienes y derechos afectados por el proyecto de construcción del túnel existente en la Línea 1 interurbana Metro de Sevilla aprobado por resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de 3 de septiembre de 2003, así como dicha resolución en cuanto afecta a los terrenos cuya reversión fue declarada por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección 4ª de fecha 15 de junio de 2000, extendiéndose la impugnación al Acta previa de ocupación urgente levantada el 12 de enero de 2004.

Comenzando con el examen de los diversos motivos de inadmisibilidad invocados por la Administración demandada, la pretensión de dicha naturaleza se formula en relación con la Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de 3 de septiembre de 2003 por la que se aprueba el Proyecto de Construcción del túnel existente en la Línea 1 del metro de Sevilla al haberse consentido y dejado firme, así como la existencia de litispendencia y falta de legitimación activa.

En cuanto a la falta de legitimación por no haber los recurrentes acreditado la condición de herederos de D. Manuel Lomelino, alegación que viene a oponerse al hecho evidente de que durante toda la sustanciación del procedimiento expropiatorio la Administración se ha entendido con los aquí recurrentes. Difícilmente puede aceptarse que a quien se le reconoce titular del derecho expropiado durante el procedimiento administrativo se le niegue ahora esa cualidad en el proceso.

Respecto a la existencia de litispendencia y que la demandada refiere a que en fase de ejecución de la sentencia que declara el derecho de reversión de los terrenos que posteriormente se expropiaron se plantea idéntica cuestión a la que constituye objeto de éste proceso, tampoco se aprecia inadmisibilidad alguna por cuanto: 1º) en el incidente de ejecución solicitando la nulidad de pleno derecho de la resolución de 28 de noviembre de 2003 se ha presentado escrito por los actores desistiendo del mismo y 2º) en cualquier caso, es en este proceso, y no en el incidente de ejecución, donde procede el enjuiciamiento de la legalidad de los acuerdos recurridos.

La impugnación de la Resolución de 3 de septiembre de 2003 por la que se aprueba el Proyecto de Construcción del túnel existente en la Línea 1 interurbana del Metro de Sevilla no lo es directamente, sino en cuanto que la ulterior Resolución de 28 de noviembre de 2003 acuerda el inicio del expediente de expropiación del derecho de reversión reconocido en sentencia a favor de los actores sobre terrenos incluidos en el Proyecto. Se articula por tanto una pretensión principal de declaración de nulidad de la resolución de 28 de noviembre de 2003 y, consiguientemente, de forma indirecta, de la que aprueba el Proyecto, al igual que la pretensión de nulidad se extiende a la posterior de levantamiento del acta previa de ocupación. Una posible estimación del recurso contencioso-administrativo, en los términos planteados en la demanda, implicaría la nulidad de la Resolución de 28 de noviembre de 2003 e inevitablemente afectaría a la validez de aquella que aprueba el Proyecto y del Acta previa de ocupación. Por tanto resultaría ino-

perante la declaración formal de inadmisibilidad respecto de un acuerdo que necesariamente quedaría ineficaz si se afirmase la nulidad del acuerdo que inicia el expediente expropiatorio.

Entrando en el examen de lo que constituye el fondo del asunto, los actores hacen valer la nulidad del acuerdo que declara la expropiación forzosa del derecho de reversión reconocido en sentencia por cuanto que no existe el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos a que se refiere el art. 105.3 LJCA, único motivo legal posibilitador de la expropiación de un derecho reconocido frente a la Administración autonómica en sentencia firme. Igualmente se indica que habría transcurrido el plazo legal de dos meses desde la comunicación de la sentencia que para el ejercicio de esa potestad señala el precepto antes citado.

Con este argumento los demandantes confunden la limitación que el legislador ha querido establecer respecto de los motivos por los cuales los derechos reconocidos en sentencia pueden ser expropiados con la privación de la titularidad dominical de bienes y derecho consecuencia de un procedimiento expropiatorio iniciado al amparo de la ejecución de un proyecto de utilidad pública. Tal vez la confusión derive del hecho de la demora en la ejecución de la sentencia que declara el derecho de reversión. Es evidente que si la sentencia de fecha 15 de junio de 2000 se hubiere ejecutado con prontitud y restituido al patrimonio de los recurrentes los bienes cuya reversión se solicitó, nada impediría que posteriormente la Administración expropiaría dichos bienes con fundamento legal en un motivo de utilidad pública o interés social cual bien puede ser la ejecución de las obras de construcción del metro de Sevilla. Como quiera que la restitución patrimonial todavía no se había materializado cuando se dicta la Resolución de 3 de septiembre de 2003 aprobando el Proyecto de construcción del túnel de la Línea I del Metro, la obtención de los terrenos necesarios para la ejecución de dicho proyecto debe pasar por la expropiación del derecho de reversión y no la de los concretos bienes afectados por el Proyecto, pero esta circunstancia no significa que la expropiación lo fuera al amparo de lo establecido en el art. 105.3 LJCA. No hay incumplimiento de lo regulado en dicho precepto por cuanto la expropiación no obedece a la finalidad prevista en dicha norma. Estamos ante un procedimiento expropiatorio en ejecución de un proyecto de utilidad pública sin mayor peculiaridad que la derivada de que lo expropiado es un derecho de reversión ante la falta de materialización y ejecución de la sentencia que lo declara. Imposibilitar la expropiación de unos bienes o derechos, impidiendo con ello la realización de la causa de utilidad pública o interés social que justifica el procedimiento expropiatorio, por el único motivo de que en sentencia se ha reconocido un derecho de reversión sobre los bienes de los que ulteriormente será privado forzosamente por la Administración, sería tanto como declarar la imposibilidad sine die de realizar cualquier actuación pública que afecte a bienes o derechos revertidos sin que exista, ni pueda existir, previsión legal alguna que establezca dicha limitación.

Por último se alega en la demanda la infracción del art. 153.1 de la Ley 16/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre, en cuanto dispone que la aprobación del proyecto de ampliación o mejora de líneas preexistentes supondrá la declaración de utilidad pública o interés social y la urgencia de la ocupación de los terrenos a expropiar siempre que se cumplan dos condiciones aquí no observadas: a) que se requiera la utilización de nuevos terrenos y b) que su realización resulte jurídicamente procedente. Examinando ambos requisitos, y comenzando con el último de los citados, los actores reiteran la imposibilidad legal de expropiación al amparo del art. 105.3 LJCA como supuesto de inviabilidad jurídica, bastando con reproducir lo ya dicho para advertir que no existe ningún obstáculo legal a la expropiación. Respecto a la necesidad de utilización de los terrenos, los demandantes señalan que dichos terrenos ya fueron expropiados con anterioridad e incluso su titularidad corresponde a la Junta de Andalucía con lo cual se dice que, en definitiva, solo se pretende hacer inefectivo el derecho de reversión.

En realidad el argumento es circular y viene a reiterarse motivos de oposición a la expropiación ya contestados. El que formalmente se mantenga la titularidad de los bienes en favor de la Administración expropiante no tiene otra razón de ser que la falta de ejecución de la sentencia que declara el derecho de reversión y su expropiación deviene necesaria para la ejecución de un proyecto que en su momento no se realizó, con lo cual, además, no podríamos hablar de ampliación o mejora de líneas preexistentes sino de establecimiento de la primera línea de metro.

*(St. de 20 de octubre de 2.006. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

Rendimientos derivados de los pagarés del Tesoro. Sujeción a tributación por IRPF.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 26 de febrero de 2002 por el que se desestima la reclamación nº 41/4454/99 formulada contra la liquidación derivada del Acta A02 nº 60106341 practicada por la Dependencia de la Inspección de la Delegación de Sevilla de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por el concepto Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1990, por importe de 3.145,84 euros comprensivo de cuota, intereses y sanción.

Siendo la cuota exigida consecuencia del incremento de la base imponible en relación con rendimientos implícitos de pagarés del Tesoro, previo re-

querimiento al actor para su aportación por la Inspección de los Tributos, entendiéndole al demandante que dicho requerimiento contraviene la Ley 14/1.985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de determinados activos financieros, pues dicha norma fue pensada, si quiera fuera indirectamente, para dejar los rendimientos derivados de los pagarés del Tesoro, dada su escasa rentabilidad, fuera del control fiscal y exonerados implícitamente de tributación. El requerimiento efectuado vulneraría, a juicio del recurrente, el principio de buena fe y la exigencia de tributación quebraría el principio de capacidad de pago. Realmente la opacidad fiscal que el actor propugna respecto de los rendimientos generados por la adquisición de pagarés del Tesoro no se advierte en absoluto de la normativa que los regula. La única peculiaridad, respecto a la mayor de los activos financieros, es que no se encuentran sujetos a retención, pero desde luego que no cabe extraer de ello es que no se encuentren sujetos a tributación, en este caso, por el IRPF. En ningún instante, ni explícita ni implícitamente, puede deducirse de la normativa reguladora del tributo que nos ocupa ni de la Ley 14/85 y su reglamento de desarrollo, que los rendimientos de los pagarés del Tesoro se encuentren exentos en el IRPF. El escaso interés que el actor dice que generan estos activos financieros respecto de otros no es motivo suficiente para hablar de quiebra alguna del principio de capacidad de pago y evidentemente en ningún caso podría hablarse de doble tributación intentando equiparar al pago de impuestos el hecho de percibir rendimientos bajos. Por lo demás, el que no se encuentren sujetos a retención tampoco puede significar implícita exención, si quiera sea porque toda exención tributaria debe ser recogida en norma con rango de ley de forma clara y precisa.

En orden a la sanción se invoca la existencia de una interpretación razonable de la norma, ausencia de culpabilidad e inexistencia de ocultación de datos a la Administración Tributaria.

No nos encontramos en el presente supuesto ante una norma cuya interpretación, en línea distinta a la realizada por la Administración, pueda calificarse de lógica o razonable. La claridad normativa no debía dejar margen a la duda y la tributación de los rendimientos derivados de los pagarés del Tesoro resulta, desde el punto de vista jurídico, incuestionable. Por otro lado su falta de declaración a efectos del IRPF, sin la invocación de justificación sostenible alguna, determina precisamente que, cuando menos, deba hablarse de una conducta negligente del contribuyente, afirmando con ello la presencia del elemento subjetivo de toda infracción. Por último, el hecho de que sea el propio deudor el que aporte los datos referidos a los rendimientos obtenidos no significa que éstos no se hayan ocultado, pues la aportación no es sino consecuencia de un previo requerimiento de la Administración Tributaria y no actuación espontánea del sujeto pasivo. De que proceda la confirmación de la sanción en todos sus extremos

*(St. de 1 de diciembre de 2005. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

## XVIII. PERSONAL

Funcionarios. Derecho a la prórroga de la edad de jubilación en relación con la optimización de los derechos económicos sobre la pensión.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la resolución de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud por la que se declara la jubilación forzosa del recurrente con efectos del 3-7-05, al cumplir 65 años; al entender que se ha vulnerado el art. 23.2 CE en relación con el principio de igualdad del art. 14 CE.

La parte demandada, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

1.- El día 3-7-05, el recurrente cumplió 65 años, fecha en que completó 33 años, 8 meses y 18 días de cotización a la Seguridad Social. Solicitó prórroga de la edad de jubilación hasta completar los 35 años de cotización en aplicación de la Disposición Transitoria 7a de la Ley 55/03, de 16 de diciembre. Pero le fue denegada en fundamento a haber alcanzado el importe máximo legalmente previsto para la pensión de jubilación. Esto constituye una interpretación errónea de la Ley que supone vulneración del derecho fundamental establecido en el art. 23.2 CE relativo al derecho de permanecer en condiciones de igualdad en el desempeño del cargo público.

2.- La resolución recurrida supone un perjuicio económico porque durante el tiempo en que no se le prorroga la jubilación no percibe la misma cantidad que en activo.

Con ello, suplica la estimación del presente recurso, para declarar la nulidad de la resolución objeto de recurso con reposición del recurrente a su puesto de trabajo, y subsidiariamente, si esto no fuera posible, se le abone la indemnización correspondiente a las cantidades dejadas de percibir más 5.000 euros en concepto de daños morales.

La Administración demandada instó en primer lugar la inadmisión del recurso por haberse tramitado a través de un procedimiento inadecuado, al discutirse una mera cuestión de legalidad ordinaria; y en segundo lugar, la desestimación del recurso presentado, fundamentado en que la resolución recurrida es ajustada a derecho. En iguales términos se manifestó el Ministerio Fiscal.

Ha de analizarse en primer lugar la alegada causa de inadmisión del presente recurso planteada por la Administración demandada, que se manifiesta en relación a la circunstancia primordial del carácter limitado de las pretensiones que pueden hacerse valer a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fun-

damentales de la persona, de manera que los restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su percusión con el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario.

Tal limitación da lugar a que el proceso especial de que se trata sea inadecuado para tramitar "...pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales que se recogen en el art. 53.2 de la Constitución Española, lo que determina que no pueda admitirse, en efecto, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental" (S.T.C. 37/1982, de 16 de junio); habiendo venido a explicar la doctrina, en la misma línea, que es indispensable que en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se contenga una exposición justificativa prima facie de esta vía especial, en la que se exponga el núcleo de la causa petendi, ya que "no pertenece a la esfera jurídica de la parte accionante elegir un proceso, que, por imperativo legal, está reservado para tutelar exclusivamente derechos fundamentales y libertades públicas y que si ha de responder a las notas de sumariedad y preferencia que lo informan, su regulación debe preservarse para lo que constituye su objeto específico". (Auto del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1.991).

La tramitación de este amparo judicial de los derechos fundamentales se regulaba en los arts. 6 y ss de la Ley 62/78, de 26 de diciembre. Estos preceptos han sido derogados por la LJCA de 13 de julio de 1998, que integra en ella como un procedimiento especial el contenido -modificado- de la anterior Ley 62/78. Los arts. 114 y ss de la actual LJCA de 1998, contienen una regulación en materia del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales menos rigorista, ya que su Exposición de Motivos pretende superar la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. No obstante, se exige que las pretensiones que se hagan valer, tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades, por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado (art. 114.2 LJCA), y que en el escrito de interposición se exprese con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso.

La Administración demandada plantea que a través del recurso especial para la protección de derechos fundamentales, el recurrente suscita una cuestión de mera legalidad ordinaria, que no puede ser resuelta en tal procedimiento. Esta cuestión ya ha sido solventada por la Sala en auto dictado en el seno del presente recurso, rechazando tal inadmisibilidad por inadecuación del proceso.

Además, debe considerarse que se alega como vulnerado el derecho fundamental recogido en el art. 23.2 CE que establece el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos

que señalen las leyes y en relación a tal derecho fundamental dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2001 en su fundamento cuarto, que, el derecho recogido en el artículo 23.2 de la Constitución es un derecho de configuración legal, que, en todo caso, requiere no sólo el derecho a acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, sino también el derecho de permanencia, siempre que se cumplan los requisitos previstos por las leyes dentro del respeto a los principios contenidos en el artículo 103.1 de la Constitución. y de igual forma, reconoce el Tribunal Constitucional en SSTC núm. 5/1983, 52/1983, 28/1984, 104/1995 y 231/1998, que ello implica el derecho a no ser removido si no es por causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos, lo que actúa no sólo en el momento del acceso, sino también durante la vigencia de la relación. Por ello, determinándose que el art. 23.2 CE no sólo delimita el derecho al acceso a la función o cargo público, sino también su permanencia; ha de entenderse adecuado el procedimiento regulado en los arts. 114 y ss de la LJCA de 13 de julio de 1998 para conocer de la presente litis, que versa sobre la declaración de jubilación forzosa al tiempo de cumplir 65 años, a pesar de no haber cumplimentado 35 años de cotización para la obtención de pensión de jubilación.

La resolución administrativa recurrida acuerda la jubilación del recurrente por haber cumplido 65 años, sin atender a la solicitud formulada por el recurrente de que le fuera prorrogada la edad de jubilación hasta cumplir 35 años de cotización, dado que a la fecha de eficacia de la resolución recurrida (fecha coincidente con el cumplimiento de 65 años de edad) sólo contaba con 33 años, 8 meses y 18 días de cotización a la Seguridad Social.

El recurrente funda su pretensión en que se vulnera el tenor literal de la Disposición Transitoria 7ª de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que determina que si bien la jubilación opera a los 64 años, podrá instarse la prórroga de la edad de jubilación hasta cumplir 35 años de cotización.

Sin embargo, la Administración demandada establece que la interpretación de tal D.T. citada debe circunscribirse a que sólo procede la prórroga de la edad de jubilación cuando no se alcance el grado de optimización de los derechos sobre la pensión de jubilación, y en relación al caso concreto, el recurrente aunque no cuenta a la fecha de cumplir 65 años de edad con los 35 años de cotización, lo que le da derecho no al 100% de la pensión de jubilación, sino al 98%; recibe ya el importe máximo legalmente previsto para la jubilación, habiendo optimizado sus derechos pasivos.

La Administración demandada efectúa una interpretación de la norma aplicable que constituye una vulneración del derecho fundamental establecido en el art. 23.2 CE, en su vertiente de permanencia en el cargo o función pública, porque impide la prórroga de la edad de jubilación en los términos establecidos en la Ley, que es hasta completar los 35 años de cotización, y no hasta “optimizar derechos de jubilación” (concepto no acorde con la dicción tan exacta dada por la D.T. aplicable).

Por todo ello, procede la estimación del recurso formulado, reconociendo la existencia de una situación individualizada en el recurrente, que debe ser reintegrado en su puesto de trabajo, si fuera posible; y en su defecto a ser indemnizado en la cantidad que resulte de restar a los derechos retributivos que le corresponderían de estar en activo (3.575,96 euros/mes por salario más aproximadamente 1.557,12 euros al mes por otros conceptos retributivos) las cantidades percibidas mensualmente por la pensión de jubilación.

*(St. de 20 de febrero de 2.006. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente M<sup>a</sup> Luisa Martín Morales)*

## XVIII. PERSONAL

Funcionarios. Innecesariedad de colegiación del personal estatutario funcionario o laboral de la Administración para la realización de actividades propias de la profesión.

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de 28 de mayo de 2.004 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de los de Almería, dictada en el marco del procedimiento ordinario nº 319/03, y de los acumulados al mismos núms. 320/03, 324/03, 338/03,345/03, 335/03 y 336/03, así como de los 316/03, 317/03, 321/03, 336/03, 337/03, 338/03, 339/03 y 340/03; figurando como recurrentes, respectivamente, D. Manuel Alcaraz Blanes, D. Encarnación Lacasa Moreno, D. Matilde Garro Lara, D. Dolores María Santiago García, D. Concepción Martínez Lajara, D. María Soledad Serrano Sánchez, D. María del Mar Correa Casado, D. Margarita Cobo González, D. José Manuel González Román, D. María Dolores Civera López, D. María de la Cruz Verdejo Alonso, D. María del Mar Gil Albarra-cín, D. María José Alos López, D. Maximiliano Bolívar Ruano y D. Juan Carlos Moles López y como Administración recurrida el Colegio Andaluz de Colegios de Diplomados de Enfermería.

En la indicada sentencia se vinieron a estimar los respectivos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones administrativas correspondientes, declarándose, en consecuencia, nulos los actos y obtenida por los actores la baja solicitada de la referida Corporación.

El recurso de apelación se interpone por el Colegio Andaluz de Colegios de Diplomados de Enfermería, que basa su disconformidad con la sentencia de instancia exclusivamente en la nulidad -por inconstitucionalidad- del art. 30.2 de la Ley 15/01, de 15 de Diciembre, del Parlamento de Andalucía, en cuanto determina que “el requisito de la colegiación no será exigible al personal funcionario, estatutario o laboral de las Administraciones Públicas de Andalucía para el ejercicio de sus funciones o para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de aquéllas”, lo que ha de supo-

ner -según su apreciación- la inaplicabilidad del sentido del silencio administrativo del caso, y, por ende, del contenido del art. 43.4 a) de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, cuando establece que “la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”.

Queda centrado así el problema en la aplicabilidad o no al caso de lo establecido en el art. 30 de la Ley 15/2001 del Parlamento de Andalucía, de 16 de Diciembre, de aprobación de medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas de la Comunidad Autónoma Andaluza, en cuando dispuso que “el ejercicio de una profesión colegiada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía requerirá la pertenencia al correspondiente Colegio Profesional; no siendo exigible, no obstante, tal requisito al personal funcionario, estatutario y laboral de las Administraciones Públicas de Andalucía para el ejercicio de sus funciones o para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de aquéllas; en todo caso precisarán de la colegiación, si así fuere exigido, para el ejercicio privado de su profesión”.

Con respecto del requisito de la colegiación la Ley de la Jefatura del Estado 7/1997, de 14 de Abril, de Medidas Liberalizadas en materia de Suelo y Colegios Profesionales, modificó el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de regulación de los mismos, disponiendo que “...es requisito indispensable para el ejercicio de profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente...”, preceptuándose, por demás, en la Disposición Final Segunda de la norma que “...tienen carácter de legislación básica los arts. 2.1, 2.4, 3.2... de la Ley 2/1974, de 13 de Febrero de referencia”; claro que todo ello en el marco de lo preceptuado en el art. 2.1 de la Ley reguladora, al disponer que “...el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizan el ejercicio de las profesiones colegiadas de conformidad con lo dispuesto en las leyes”.

Así las cosas, es doctrina de nuestro más Alto Tribunal (Sala 4), sentada en sentencia de 17 de marzo de 2.003 -que recoge doctrina de la sentencia de 30 de septiembre de 2.002- la de que “...es aceptable -en el referenciado marco legal- que una Comunidad Autónoma exima del requisito de la Colegiación obligatoria a los funcionarios de ella dependientes, ya que ello no ha de suponer otra cosa sino que es la propia Administración afectada la que asume las competencias que cumplen los Colegios en orden a garantizar el ejercicio de la profesión conforme a las normas y reglas correspondientes, asegurando tanto la eficacia como las eventuales responsabilidades derivadas de tal ejercicio”; -son estos fines, precisamente, al tratarse de profesiones que llevan a cabo la prestación de un servicio público, los perseguidos con el requisito de la colegiación obligatoria, no el dirigido a asegurar el interés de los asociados-.

Habiéndose enseñado al respecto, y en el propio sentido, por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias 69 y 168 de 1.985 y 131/99) que “...corresponde al legislador y a la Administración Pública, por razón de la rela-

ción funcional, determinar con carácter general en qué supuestos y condiciones, por tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa con su inseparable carácter público, no haya de exigirse dicho requisito de la colegiación obligatoria, ...al venir a sustituir la Administración al Colegio en el ejercicio de sus competencias garantistas...”.

De tal modo, pues, y al tratarse los recurrentes en el proceso de personal estatutario al servicio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con prestación de funciones de A TS en exclusiva para el Servicio Andaluz de Salud, no puede sino considerarse de aplicación al caso el contenido del aludido art. 30 de la Ley 15/01 de la Comunidad Autónoma, no siendo conforme a derecho el acto administrativo del caso, y, por contra, correcto el dictamen de la sentencia de instancia; debiendo dictarse determinación desestimatoria de la apelación, con confirmación de la sentencia impugnada: en el propio sentido no ha de ignorarse la doctrina de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior, en sentencia de 23 de julio de 2.002, al enseñar que “...con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/01, es evidente que el personal funcionario, estatutario y laboral al servicio de la Administración Andaluza, que no compatibilice el cargo público con el ejercicio privado de la profesión, no está obligado a colegiarse... ”.

*(St. de 23 de enero de 2.006. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente Cívico García.)*

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

No es impugnación indirecta del Planeamiento la impugnación de una modificación ulterior que afecta a la delimitación de una unidad de ejecución.

Con carácter previo a la resolución de las cuestiones planteadas por la demandante es preciso hacer referencia la siguiente relación de circunstanciada de hechos que, a su vez, permitirá determinar cual es el acuerdo impugnado: 1º) La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cádiz, en sesión celebrada el día 14 de marzo de 2003, en su punto 40º. Urgencia 10, aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación de la Unidad de Ejecución de la Zona Franca 3 “Chiclana-Rota”.

Interpuesto recurso de reposición contra dicho acuerdo por Automóviles Citroen España S.A., es estimado parcialmente en sesión celebrada el 23 de mayo de 2003 por la Comisión Municipal de Gobierno y ratificado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 1 de agosto de 2003. En la citada resolución se acuerda la iniciación de expediente expropiatorio de la parcela propiedad de la recurrente, de 935 m<sup>2</sup>, situada en el ámbito de la Unidad de Ejecución Zona Franca 3 “Chiclana-Rota”.

Contra la resolución estimatoria del recurso de reposición se interpone recurso contencioso-administrativo, registrado con el número 1.397/2003- Sección 2ª de este Tribunal, que es estimado parcialmente por sentencia de fecha 15 de septiembre de 2005 y declara la nulidad del Proyecto de Compensación Zona Franca 3 “Chiclana-Rota”.

2º) Según resulta del expediente administrativo remitido, contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cádiz, en sesión celebrada el día 1 de agosto de 2003, ratificando el de la Comisión Municipal de Gobierno de fecha 23 de mayo de 2003, ya referido y atinente a la iniciación del expediente de expropiación de la parcela de la sociedad actora, se interpuso por esta nuevo recurso de reposición que es desestimado por acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada el 24 de octubre de 2003, al considerar incongruente que quién con anterioridad solicitara se iniciara el procedimiento expropiatorio y por ello se estimara la pretensión en tal sentido formulada, ahora se oponga a la expropiación.

3º) Nuevamente, contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno de 24 de octubre de 2003 se interpone recurso de reposición que es desestimado, en base a idénticos argumentos, por acuerdo de dicho órgano adoptado en sesión celebrada el día 26 de diciembre de 2003 y que constituye el acto objeto de impugnación en el presente proceso.

En la demanda se refiere que la nulidad del acuerdo antes citado se fundamenta, haciendo uso del recurso indirecto previsto en el art. 26.1) LJCA, en la impugnación de la Modificación Puntual del Plan General de Cádiz en el área de la Zona Franca, aprobada por resolución de 30 de abril de 2001, en cuando dicha Modificación se entiende ilegal en lo que afecta a la delimitación de la Unidad de Ejecución UE-ZF-3 y al nuevo vial de enlace entre las calles Chiclana y Villa de Rota. Las razones en las que fundamenta la solicitud de declaración de nulidad de la Modificación Puntual y con ello de la acuerdo de iniciación del expediente expropiatorio son la falta de lógica y racionalidad de la solución adoptada que contraría la finalidad prevista en dicha Modificación sin que, además, esté al servicio de la Unidad de Ejecución ni se encuentre recogida en la Memoria.

Por otro lado, el suplico de la demanda literalmente solicita que se “dicte sentencia declarando la nulidad del acto concreto impugnado en base a la nulidad de la Modificación del PGOU de Cádiz de 1995, respecto de la solución de creación del nuevo vial de las calles Chiclana y Villa de Rota y la nulidad de la Unidad de Ejecución UE-ZF-3 (Chiclana-Rota)”.

TERCERO.- Sobre la base de la concreta pretensión ejercitada y los motivos de impugnación que se ha llegar a las siguientes conclusiones:

1º) en realidad no nos encontramos ante una impugnación indirecta de un instrumento de planeamiento. La solicitud de declaración de nulidad de la Modificación Puntual del Plan General de Cádiz constituye un acto de impugnación directa de dicha norma, formulada extemporáneamente y por ello inadmisibile. Basta con examinar los argumentos hechos valer para pre-

tender la declaración de nulidad de la Modificación Puntual para advertir como los mismos hacen referencia a la discrepancia que muestra la recurrente con la previsión de actuación urbanística, concretada en la apertura de un nuevo vial, que la modificación del Plan General prevé. La oposición a dicha determinación debió hacerse, dentro de plazo, cuando se aprobó la Modificación Puntual y no al momento de aprobarse la expropiación de una parcela por no incorporación al Proyecto de Compensación aprobado en ejecución de la Modificación Puntual, sin que exista relación alguna entre ambos.

2º) no obstante, y aunque admitiéramos la impugnación indirecta de la modificación del planeamiento general, lo cierto es que tal cuestión ya se ha planteado en el recurso contencioso-administrativo nº 1397/2003-Sección 2ª, antes citado, al hilo de la impugnación del Proyecto de Compensación. En dicha sentencia, con los efectos de cosa juzgada parcial que conlleva, en su fundamento jurídico tercero, se hace mención a que no es acogible la pretensión de declaración de nulidad de la Modificación Puntual por la creación de un nuevo viario, con lo cual esta Sección del mismo Tribunal debe estar a lo ya afirmado en la sentencia anterior.

3º) aunque el fallo de esta sentencia debe ser necesariamente desestimatorio por la ya expuesto y en congruencia con los motivos de nulidad y pretensión articulada en la demanda, sin embargo conviene resaltar que la sentencia de 15 de septiembre de 2005, dictada en el recurso 1.397/2003, declara la nulidad del Proyecto de Compensación y que la falta de incorporación al mismo es el motivo determinante de la expropiación, con la consiguiente pérdida de causa justificativa del procedimiento expropiatorio iniciado con lo que, aunque en base a razones distintas, el acuerdo municipal de iniciación del expediente expropiatorio de la parcela de 935 m<sup>2</sup>, propiedad de la sociedad actora, deviene nulo.

*(St. de 19 de diciembre de 2.005. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).*