

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO. ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIAL. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

DENEGACIÓN DE AUTORIZACIÓN

La denegación de autorización de un parque eólico no puede tener como fundamento un Informe que se limita a citar la Directiva Hábitat y el RD 1997/1995, sin más precisiones.

“2. Ambos motivos deben ser estimados, haciendo así innecesario el examen de los restantes. Una interpretación como la que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria recoge y que la sentencia juzga conforme a Derecho no pueden tener como único fundamento: a) un informe de la Comisión de Medio Ambiente limitado a citar la Directiva Hábitat –sin más precisiones– traspuesta por el RD1997/1995 –también invocado a pie de página sin mayor concreción– y a afirmar la asistencia de «una elevada afección paisajística»; y b) la apreciación por el acuerdo combatido de la «incompatibilidad del PDE. (Plan Director Eólico) con la conservación del medio natural y con la preservación del patrimonio cultural de Cantabria», afirmaciones que se hacen sin más concreciones y de modo contradictorio, pues la propia sen-

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

tencia reconoce la parcial compatibilidad del PDE, con la preservación del patrimonio cultural cántabro.

3. En el supuesto enjuiciado, se presenta un conflicto entre intereses o bienes jurídicos de diversa naturaleza: de un lado, el bien jurídico consistente en garantizar el suministro de la energía eléctrica (que la LSE 5411997, de 27 de noviembre calificada de «esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad») mediante su producción por medio de la utilización de energías renovables (para las que la LSE prevé un régimen especial) producción que debe hacerse compatible con la protección del medio ambiente como con carácter general, referible a todas las formas de producción de energía eléctrica, reconoce el párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la LSE y, de manera específica respecto de la producción en régimen especial, el art. 28.3 de la LSE); y de otro, el bien jurídico consistente en la protección, conservación, restauración y mejora de los recursos naturales y, en particular, de los espacios naturales, la flora y la fauna silvestres, fin al que se ordena, entre otras muchas normas, la Ley 41/1989, de 27 de marzo y la legislación de rango inferior aprobada en su ejecución y para su desarrollo.

En este caso, como en todos los de análoga naturaleza el conflicto debe de ser resuelto de conformidad con la norma que reconozca preferencia a un bien o interés sobre otro, si es que la protección conjunta y simultánea de ambos no resultara posible. Ello sin perjuicio de reconocer la eventual existencia de ámbitos en los que puedan ser ejercidas competencias discrecionales por la Administración competente, ejercicio que también habrá de estar atribuido por la norma. Con otras palabras, el criterio prevalente será siempre y precisamente aquel que resulte de las normas aplicables, No se ha actuado así en el caso objeto del recurso de casación, en el que la Administración -y la sentencia que ha mantenido el acto administrativo- no ha determinado el concreto fundamento legal por el que se ha hecho prevalecer un bien jurídico (la preservación del medio ambiente) sobre el otro, limitándose a citar, sin precisión que la de su fecha, un reglamento estatal de contenido complejo, sin referencia específica a cuál de sus muchas normas sea la que la Administración primero sentencia después aplican. La invocación de argumentos extralegales o de fórmulas ambiguas que dejan a los interesados desconocedores de cuál sea la razón jurídica determinante de la decisión administrativa, no es la forma de actuar que se desprende del mandato legal contenido el art. 103.1 de la CE.”

(STS de 11 de octubre de 2006. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D, 3º; Magistrado Ponente Sr. Ledesma Bartret. Ar. 804).

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

SUFICIENCIA FINANCIERA

El TS efectúa consideraciones en torno al principio de suficiencia financiera de los Entes Locales que consagra el artículo 142 CE.

“La ambigüedad y el escaso valor normativo del mencionado precepto, como ocurre también con otras normas integrantes de la llamada constitución financiera, no impide, sin embargo, que puedan efectuarse, en síntesis, las siguientes consideraciones derivadas de la doctrina del Tribunal Constitucional:

A) La suficiencia se refiere a todas las competencias locales, tanto propias como delegadas. Cualquier atribución de gestión cuyo coste gravite sobre las arcas locales genera una incidencia financiera sobre recursos propios que debe ser compensada.

B) La noción de «suficiencia» es una directriz que se delimita de forma relacional en función de las necesidades locales derivadas de las tareas que han de desempeñar. Aunque las dificultades técnicas y las derivadas de la noción de autonomía explican las limitaciones con que el Tribunal Constitucional ha realizado el control desde las exigencias derivadas del artículo 142 CE. En síntesis, ha entendido que el modo concreto en que se plasme el principio de suficiencia en el sistema de financiación local constituye una decisión que ha de adoptar el legislador de acuerdo, esencialmente, con criterios de oportunidad política, resultando, por ello, escasamente accesible al control jurisdiccional (Cfr. SSTC 179/1985) y 104/2000.

C) La suficiencia depende de los medios realmente existentes de los que pueda disponer el Estado en su conjunto. Este condicionamiento por las disponibilidades económicas ha sido remarcado respecto a los Entes locales en STC. 96/1990. En definitiva, la sujeción de la garantía de suficiencia a las disponibilidades presupuestarias es un elemento que limita las posibilidades de control constitucional. Aunque el soporte material de la autonomía financiera son los ingresos y en tal sentido configura como principio la suficiencia, sin embargo, ésta tiene un límite en el marco de las disponibilidades financieras.

D) El Estado no es el Único destinatario de la norma, sino que también las Comunidades Autónomas están constitucionalmente obligadas a colaborar en dicha suficiencia, ya que la norma constitucional contempla como fuente necesaria de ingresos de las Entidades locales la participación en los tributos de aquéllas. El artículo 142 CE establece los recursos fundamentales de que han de nutrirse las Haciendas locales: tributos propios y participaciones en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Y lo hace en sintonía con el llamado «carácter bifronte» del régimen jurídico de las Entidades locales, a cuya definición contribuyen el Estado y las CC AA, pretendiendo corresponsabilizar en la financiación local a las instancias estatal-central y autonómica.

La CE (cfr. art. 156.1) impone la coordinación entre los sistemas tributarios estatal y autonómico. Pero el reconocimiento de la coordinación como uno

de los principios rectores de la actuación administrativa determina también la extensión de dicha exigencia a los tributos locales. El sistema tributario es un todo integrado que incluye tanto los tributos estatales y autonómicos como locales. El sistema tributario general condiciona necesariamente los tributos locales. En definitiva, los problemas de Hacienda local deben situarse en la estructuración territorial de un Estado complejo como es el español, cuya financiación debe contemplarse de manera conjunta, o, dicho en otros términos, la Hacienda local, junto a la central y autonómica son piezas del sistema de Haciendas públicas en el que se sitúa como principio básico la capacidad económica sustentadora de cualquier hecho imponible.

E) Conforme al mencionado artículo 142 CE (RCL 1978, 2836), son recursos fundamentales de las Entidades locales los tributos propios y la participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas. Junto a este núcleo esencial o básico que no puede ser, desconocido por el legislador son teóricamente posibles otros que completen la garantía de su suficiencia.

En todo caso, conforme a la CE, los tributos propios se ven complementados con la participación en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Recursos fundamentales para la financiación de las Haciendas locales, teniendo en cuenta las características del sistema impositivo local y el escaso margen que tienen las Entidades locales para incrementar sus rendimientos.

En este sentido, la STC 96/1990 ha podido señalar que la participación en los tributos del Estado constituye para numerosas Entidades locales «la única garantía de supervivencia financiera», calificándola por ello de «garante del funcionamiento de la Hacienda local dentro del conjunto de la Hacienda general.»

(STS de 29 de enero de 2007. Sala^a, Secc. 2^a, F.D. 8^o. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo. Ar. 513)

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

INEXISTENCIA DE VÍA DE HECHO

Nos hallamos ante una ocupación temporal de una finca para la instalación provisional de un mercado, previo acuerdo del Ayuntamiento y prorrogada aquélla por el propio órgano municipal.

“La vía ejercitada por el recurrente es la del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción que, como recoge la exposición de motivos de la Ley vigente de 1998, prevé un procedimiento al objeto de que se puedan combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria co-

bertura jurídica y lesionan derechos o intereses legítimos de cualquier clase, convirtiéndose, por tanto, el procedimiento de la vía de hecho en un medio de obtener la cesación de una actuación administrativa material ajena a un auténtico acto administrativo y sin la fuerza legitimadora de dicho acto, al efecto dispone el artículo 30 de la Ley Jurisdiccional que, en caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante intimando su cesación. Si dicha reclamación no hubiera sido formulada o no fuera atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente al recurso Contencioso-Administrativo; Es decir, la finalidad de la vía de hecho articulada en la nueva Ley de la Jurisdicción responde a la intención del legislador de no dejar sin cobertura jurídica y tutela judicial a las actuaciones materiales de la Administración que, sin procedimiento administrativo y la cobertura de un acto de este carácter, perturbe el ejercicio de sus derechos por los particulares, al objeto de obtener la cesación de esa ilegítima actividad material por parte de la Administración.

La sentencia recurrida ha analizado el supuesto planteado por la actora entendiéndolo que no resultaba procedente la estimación del recurso, al no concurrir los supuestos conceptuales de la vía de hecho, lo que deduce de la narración de hechos antes recogida y de la que se desprende que la Administración ha actuado en todo momento dentro de un procedimiento legalmente establecido, como es el procedimiento expropiatorio, que canaliza legalmente la potestad más enérgica de la Administración como es la expropiatoria.

Añade por lo demás la sentencia que la sentencia del Tribunal de instancia de 5 de octubre de 2000 estimó el recurso interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 23 de diciembre de 1997 que acordó prorrogar la ocupación temporal de la finca propiedad de la actora en el c/ Alfarería 29-41 para la instalación provisional del Mercado de Triana hasta finales de 1998, y conviene recordar que este pronunciamiento del Tribunal de instancia obedece a la estimación de un recurso y se produce un día después de la interposición del presente recurso jurisdiccional, así como que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de julio de 1997 ratificó la corrección y adecuación a derecho del acuerdo del Ayuntamiento de Sevilla inicial de declaración de necesidad de actuación temporal de la mencionada finca adoptado el 28 de septiembre de 1988 mientras lleven a cabo las obras de rehabilitación del Mercado Triana, obras de rehabilitación que el Tribunal de instancia en la Sentencia de 5 de octubre de 2000 ha entendido producidas y paralizadas, por lo que, considera disconforme derecho la prórroga de la ocupación temporal de la finca propiedad de la actora hasta finales de 1998 adoptada por acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 23 de septiembre 1997.

Como la sentencia de instancia indica, el hecho de que se anulara el mencionado acuerdo tan solo indica que era contrario al orden jurídico, mas no conlleva a la conclusión de que la Administración hubiera utilizado un po-

testad de la que legalmente carecía o de que se adoptase una resolución fuera del procedimiento legalmente establecido, concluyendo en la inexistencia de una vía de hecho y poniendo de relieve que el presente recurso se interpuso el 4 de octubre de 2000 cuando todavía no se había dictado la sentencia del día 5 siguiente y por tanto, la actuación tenía cobertura hasta que esta sentencia se declaró firme por Auto de 30 de mayo de 2001, a partir de cuyo momento la ocupación quedó ya, de manera firme y definitiva, sin cobertura legal, siendo en ejecución de la sentencia donde el recurrente puede solicitar la cesación, en su caso, de la ocupación e indemnización de daños perjuicios.

Considerando conforme a derecho los pronunciamientos del Tribunal de instancia, resulta improcedente la vía del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción por la que se ha articulado el presente recurso, dado que la actuación de la Administración no carecía de cobertura legal ni se había producido una infracción determinante la apreciación de esa vía de hecho teniendo el recurrente a su disposición la facultad de obtener la devolución de la finca a través de la ejecución de la sentencia de la Sala del Tribunal de instancia de 5 de octubre de 2000, posterior al momento en que se interpuso el presente recurso”.

(STS de 7 de febrero de 2007. Sala 3ª, Secc. 6. F.D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Puentes Prieto. Ar. 794).

VI CONTRATOS

Prohibición de contratos. No tiene carácter sancionador por lo que no es de aplicación la normativa del procedimiento administrativo sancionador.

Un tercer motivo aduce infracción del art. 7 del RD 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, del art. 10.2 LOP y de los arts. 3 a 7 y 114 de la LECrim. De nuevo aquí desarrolla amplios razonamientos contra la Resolución administrativa para concluir acerca de la necesidad de suspender el procedimiento administrativo por la pendencia ante sendos juzgados de instrucción de diligencias contra el representante legal de la empresa recurrente por presunto delito de falsificación de documentos públicos.

Tampoco acepta este motivo el Abogado del Estado. Parte de que la Sala de instancia negó naturaleza sancionadora a la medida cuestionada así como de la falta de identidad entre la imposición de la prohibición de contratar a la empresa recurrente como consecuencia de la presentación de documentos justificantes de obras que no coincidían con la realidad y la falsedad en documento público atribuida a una persona física.

La reciente sentencia de este Tribunal de fecha 7 de noviembre de 2006, recurso Contencioso-Administrativo 169/2005, no se pronuncia acerca de la naturaleza de la prohibición de contratar por cuanto la resolución impugnada no se refería a ello. Mas si ha puesto de relieve que aunque la naturaleza de la prohibición de contratar fue calificada como sanción. en la sentencia de 30 de octubre de 1995, recurso de apelación 5203/1991, en fecha más reciente se ha afirmado que no tiene carácter sancionador en la de 28 de marzo de 2006, recurso de casación 4907/2002.

Recordábamos en la sentencia de 28 de marzo de 2006, una sentencia precedente, la de 24 de noviembre de 2004, recurso de casación 7524/02 en que se decía que la contratación pública (art. 15 LCAP al igual que la contratación privada parte de la exigencia de la capacidad de obrar de las personas como condición previa. Pero, además, la validez del contrato exige unas específicas condiciones personales de los sujetos, fueren personas físicas o personas jurídicas, que pretendan contratar con la Administración a fin de no caer en nulidad de la adjudicación (art. 22 LCAP).

Por ello los sujetos han de reunir no solo condiciones de índole económica (solvencia económica y financiera, artículo 16 LCAP. artículo 16 ROL 2/2000; de 16 de junio Texto Refundido LCAP) de índole técnica (artículos 17, 18, 19 LCAP, artículos 17, 18 v 19 RDL 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido LCAP), sino también moral. al no incurrir en ninguna de las prohibiciones de contratar consideradas en la norma (artículo 20 LCAP, artículo 20 ROL 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido LCAP, todo él de carácter básico salvo la letra j) del precepto).

Se sigue así lo parcialmente iniciado (art. 23) en el derogado Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado señalando los sujetos que no podían contratar por concurrir las circunstancias allí enumeradas. de acuerdo con lo fijado en el art. 9 del Decreto 923/1965, de 8 de abril por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado. Normas luego necesariamente completadas, por nuestra pertenencia a la Comunidad Europea, en un amplio número de Directivas comunitarias plasmando el concepto de honorabilidad. Concepto éste, como valor a preservar, comprensivo de una vasta lista de tachas a evitar durante la vigencia de toda la vinculación contractual pues también toma en cuenta la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la administración (sentencia de 4 de octubre de 2005 recurso de casación 151/2002. Es lo suficientemente extenso como para comprender situaciones en las que no se ha llegado a una sanción, penal o administrativa, pero la conducta del sujeto que incurrir en la evidencia un notable riesgo para el tráfico jurídico que debe evitarse. La dudosa credibilidad del sujeto constituye una realidad a tener en consideración actuando así la medida con fines preventivos en el tráfico jurídico público.

De lo hasta ahora vertido concluimos que no se aprecia lesión de la normativa reguladora del procedimiento administrativo sancionador dado que al

no constituir sanción no debe exigirse su cumplimiento.

Recoge expresamente la Sala de instancia que se siguió un procedimiento con trámite de audiencia y posibilidad de proposición de prueba, –cuestión distinta es que la misma fuera o no relevante lo que no se ha discutido en sede casacional–.

En consecuencia no hubo vulneración de garantías en la medida restrictiva de derechos dado que el afectado pudo alegar y, en su caso, probar lo que a su defensa reputó oportuno conforme a lo preceptuado actualmente en el art. 19 del RD 1098/2001, de 12 de octubre Reglamento General de la LCAP que desarrolla el art. 21 de la LCAP y, en el momento de la adopción, de acuerdo con el art. 13 del RD 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP.

(STS de 30 de enero de 2007. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 4º y 5º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo. Ar. 830).

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN PATRIMONIO HISTÓRICO

BIEN DE INTERÉS CULTURAL

Declarado un barrio como BIC, el artículo 20 de la Ley 16/85 LPHE exige la aprobación del Plan Especial, sin poder excusarse la Administración en la existencia de un planeamiento anterior.

“Estudiando la sentencia recurrida, cabe entender que las afirmaciones en las que se sustenta esa razón de decidir son las siguientes:

a) Al tiempo de entrar en vigor, en el año 1986, el Plan Especial de Protección y Reforma Interior (PEPRI, en lo sucesivo) Vegueta-Triana, el único conjunto histórico declarado bien de interés cultural lo era el barrio de Vegueta, no así el de Triana, que no obtuvo tal declaración hasta el 14 de julio de 1993.

b) Sin duda que el PEPRI se aprobó para establecer normas concretas para la protección y conservación del barrio de Vegueta, que había sido declarado Conjunto Histórico artístico por Decreto 8811/1973, de 5 de abril, extendiendo su ámbito al de Triana aunque sin gozar del mismo grado de protección dada la «clara función comercial que se le atribuye», pues este barrio no fue, ni se quiso que fuera, declarado Conjunto Histórico artístico, y

c) No habiendo sido declarado el barrio de Triana Bien de Interés Cultural, con categoría de conjunto histórico, hasta el 14 de julio de 1993, sí es de aplicación el apartado primero de aquel artículo 20, que exige la aprobación por el Municipio de un Plan Especial de Protección, y hasta dicha aprobación, el otorgamiento de licencias precisará resolución favorable de la Ad-

ministración competente para la protección de los bienes culturales afectados. en este caso del Cabildo. conforme dispone el apartado tercero.

A partir de ahí, también pueden ser estudiados a la vez, y también ha de ser desestimados, los tres restantes motivos de casación, en los que se denuncia, respectivamente, la infracción por aplicación indebida de los artículos 20.1 de la Ley 16/1985 (pues el Plan a que se refiere no sería necesario, a juicio de la parte, cuando existe otro anterior que no sea contradictorio con la protección) y 20.3 de la misma Ley (pues por lo mismo no es necesaria la resolución favorable que en él se requiere), así como la infracción, ahora por aplicación, del artículo 20.4 de la repetida Ley (pues existiendo el Plan Especial de Protección requerido, cumple el Ayuntamiento otorgante de la licencia con la sola dación de cuenta del otorgamiento a la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados).

Tales motivos deben ser desestimados por las siguientes razones:

De un lado, porque descansan en una incorrecta interpretación de la primera parte del inciso final del número del repetido artículo 20 y de todo ese número 1 en su conjunto. En efecto, esa primera parte de ese inciso final, según la cual, la obligatoriedad del Plan Especial no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, que lo que ordena, lo que significa no es más que la prevalencia de la protección inherente a la declaración de un Conjunto Histórico, o de un Sitio Histórico, o de una Zona Arqueológica, como Bien de Interés Cultural, sobre anteriores decisiones de planeamiento contrarias a esa protección, que dejan así de poder ser invocadas. Y todo aquel número 1, atendido su tenor literal y su espíritu y finalidad, debe ser interpretado en el sentido de que, tras la declaración como tales de aquellos Bien de Interés Cultural surge el deber de redactar un instrumento de planeamiento que dispense la protección adecuada, o bien el de declarar- pero no sin seguir los trámites a que habría de sujetarse una redacción ex novo, entre ellos el del informe favorable de la Administración competen para la protección del Bien Cultural afectado- que la misma protección que habría de proporcionar ese nuevo instrumento es la ya proporcionada por otro preexistente.

Y de otro, enlazando con esto último, porque tales motivos olvidan una declaración de la Sala de instancia, no combatida en este recurso de casación, que hemos transcrito en la letra b) del fundamento de derecho segundo de esta sentencia Sin duda que el PEPRI se aprobó para establecer normas concretas para la protección y conservación del barrio de Vegueta, que había sido declarado Conjunto Histórico artístico por Decreto 881/1973. de 5 de abril, extendiendo su ámbito al de Triana aunque sin gozar del mismo grado de protección dada la «clara función comercial que se le atribuye.»

(STS de 23 de noviembre de 2006. Sala: 3ª, Secc: 5ª. F. D. 2ª y 5ª. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez. Ar. 511).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

LEY 21/92 DE INDUSTRIA

El TS fija doctrina legal en relación al artículo 31.2.e) de la Ley 21/92, en materia de infracciones graves.

“Debe significarse que la sentencia recurrida contiene en su fundamentación jurídica una interpretación aplicativa errónea del tipo de infracción grave establecido en el artículo 31.2 e) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, porque excluye que las declaraciones de conformidad de las instalaciones con la normativa de seguridad aplicable emitidas por los instaladores no puedan considerarse subsumibles en la noción de expedición de certificados o informes a que alude dicho precepto legal, que se revela perjudicial para los intereses públicos, cuya salvaguarda se encomienda a la Diputación General de Aragón, en cuanto que a dicha Administración pública, que ejerce la potestad sancionadora en materia de seguridad industrial, se le impide sancionar aquellas conductas lesivas del bien jurídico protegido, que, en razón de la ratio o finalidad del precepto examinado, deben considerarse plenamente integradas en el referido tipo infractor.

En efecto, sin menoscabo del principio de legalidad de las infracciones administrativas que garantiza el artículo 25 de la Constitución que se proyecta en la imperativa exigencia de predeterminación normativa de la conducta ilícita la interpretación auténtica del artículo 31.2 e) de la Ley 21/1992, de 6 de julio, de Industria, que tipifica como infracción grave «la expedición de certificados o informes cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos», que se deduce de su comprensión sistemática con el catálogo de infracciones que se establecen en dicho precepto y las definiciones y prescripciones que se refieren en los artículos 8 y 13 del mencionado texto legal, con la finalidad de no desnaturalizar arbitrariamente su ámbito de aplicación, es la de integrar en la expresión «expedición de certificados o informes» a las declaraciones del titular de las instalaciones, y en su caso, del fabricante, su representante, distribuidor o importador del producto, o del instalador o conservador autorizados o técnico facultativo competente, comprendidas ,en el artículo 13.1 a) y b) de la citada Ley de Industria.

Debe significarse que el cumplimiento de las prescripciones en materia de seguridad industrial se acredita por los distintos medios a que se refiere el artículo 13 de la Ley de Industria, de modo que todos ellos son idóneos conforme a los Reglamentos de Seguridad Industrial para verificar dicha obligación, que es congruente con el espíritu que informa esta Ley de habilitar a los particulares para, asumiendo funciones de control que corresponden a las Administraciones Públicas, acreditar que una determinada instalación cumple con los requisitos establecidos en los Reglamentos de Seguridad Industrial.

Debe ponerse de manifiesto que esta interpretación del artículo 31.2 e) de la Ley 21/1992, de 16 de julio de Industria, es conforme al principio de precaución, que constituye el criterio material de interpretación, porque la normativa reglamentaria en materia de seguridad de ascensores, integrada por el Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención de los mismos, y por el Real Decreto 1314/1997, de 1 de agosto por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16 CE sobre ascensores, habilita expresamente a las Comunidades Autónomas a adoptar las medidas necesarias apropiadas para prohibir la puesta en servicio o la utilización de ascensores que no estén provistos del marcado CE y de sancionar las infracciones de la citada norma reglamentaria, de acuerdo con lo dispuesto en el título V de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, con el objeto de prevenir y limitar los riesgos, así como asegurar la protección contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas o bienes derivados de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de estas instalaciones.

Esta interpretación, que calificamos de doctrina legal del tipo infractor del artículo 31.2 e) de la Ley 21/1992; de 16 de julio, de Industria, conectado con lo dispuesto en el artículo 13.1 a) y b) del referido texto legal, cumple la garantía de «lex certa», que se vincula al principio constitucional de legalidad sancionadora, que, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en las sentencias 242/2005, de 10 de octubre y 283/2006, de 9 de octubre, impone que la norma sancionadora permita predecir con el suficiente grado de certeza las conductas que constituye infracción de modo que pueda deducirse la responsabilidad en que incurre quien la cometa para satisfacer el principio de seguridad jurídica. Y este principio de la legalidad sancionadora, en su aspecto material, contiene un doble mandato, el de taxatividad, dirigido al legislador para que la Ley sancionadora no incluya formulaciones de los tipos de infracción que por su amplitud, vaguedad o indefinición no permitan conocer el ámbito de lo prohibido, y a los aplicadores del Derecho, impidiéndoles que impongan sanciones con base en decisiones que se fundamentan en interpretaciones de la norma «prácticamente libres» o arbitrarias, para respetar el principio de tipicidad.

En consecuencia, procede dictar un fallo declarando como doctrina legal que conforme al artículo 31.2 e) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, quedan comprendidas en el tipo infractor aquellas declaraciones del titular de las instalaciones y en su caso, del fabricante, su representante, distribuidor o importador del producto, o del instalador o conservador autorizados o técnico facultativo competente, comprendidas en el artículo 13.1 a) y b) de la citada Ley de Industria.»

(STS de 30 de enero de 2007. Sala 3ª. Secc. 3ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Banderés-Sánchez Cruzat. Ar. 531).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

REINCIDENCIA Y NE BIS IN IDEM

El TS fija la siguiente doctrina legal en relación con el artículo 133 de la LPAC: “Es posible para la Administración sancionar conductas reincidentes, cuando la resolución sancionadora anterior, haya adquirido carácter ejecutivo, al ser firme en la vía, administrativa”.

Expuesto lo que precede conviene precisar que en el supuesto concreto que nos ocupa se dan todas y cada una de las condiciones a las que acabamos de referirnos y que nos permiten entrar en el conocimiento de la pretensión aducida puesto que se estima gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.

Es errónea por que interpreta de modo inadecuado el art. 133 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre que dispone que: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente. en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento» en tanto que no tiene en cuenta el desarrollo reglamentario que efectuó del mismo el art. 4.6 del Real Decreto 1398/1993 cuando manifiesta que «no se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo» y es gravemente dañosa para el interés general por las razones que seguidamente exponemos.

En cuanto al primero de los requisitos es errónea puesto que el principio non bis in idem propio del derecho punitivo del Estado y aplicable a la potestad sancionadora que poseen las Administraciones Públicas prohíbe sancionar hechos que hayan sido castigados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento, es decir, prohíbe punir dos veces los mismos hechos tanto en el supuesto de que se haya impuesto por esos hechos una pena de modo que no podrá imponerse por esos mismos hechos una sanción e, igualmente, veda o impide sancionar administrativamente por dos veces esa misma infracción.

Pero lo que no impide ese precepto legal y el mencionado del Reglamento que regula el procedimiento administrativo sancionador es sancionar de nuevo esa conducta cuando se reincide en la misma en fechas diferentes, y una vez que la sanción impuesta en la primera ocasión es firme en vía administrativa, y, por tanto ejecutiva, sin que sea preciso esperar para ello a que esa sanción alcance firmeza en la vía jurisdiccional como entendió la Sentencia recurrida. Así se desprende, inequívocamente de la redacción utilizada por el art. 4.6 del Real Decreto 1398/1993 de cuatro de agosto, cuando expresa que no se podrá sancionar la conducta en la que insista el infractor en los mismos hechos en tanto no haya recaído una primera resolu-

ción sancionadora de aquellos, con carácter ejecutivo. Expresión que hay que vincular con la dicción de los artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, cuando declara en el primero de ellos la ejecutividad de los actos administrativos y en el segundo la presunción de validez de los mismos y la producción de sus efectos desde la fecha en que se dicten, y de los concordantes de la misma norma y, en concreto, el art. 109 relativo a la firmeza de los actos administrativos de modo que cuando un acto agota la vía administrativa gana firmeza en la misma, y, por tanto, es posible a partir de ese momento la imposición de una nueva sanción por idénticos hechos continuados en el tiempo sin vulnerar el principio mencionado del non bis in idem.

Y, además, la decisión recurrida es gravemente dañosa para el interés general en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal empleada en el supuesto concreto debatido pudiendo generalizarse su aplicación en otros asuntos en los que concurren idénticas o semejantes circunstancias.

En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el art. 100 de la Ley de la Jurisdicción procede dictar Sentencia estimando el recurso interpuesto, y respetando, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida procede fijar en el fallo la doctrina legal siguiente: «Es posible para la Administración sancionar conductas reincidentes, cuando la resolución sancionadora anterior, haya adquirido carácter ejecutivo, al ser firme en la vía administrativa.»

(STS de 31 de enero de 2007. Sala 3ª, Secc, 4ª. F.P, 4º, Magistrado Ponente Sr. Martínez-Vares García. Ar. 1028).

XIII. FUENTES

POTESTAD REGLAMENTARIA DE CARÁCTER DERIVADO

Frente a la potestad reglamentaria del Gobierno, el legislador reconoce potestad de dictar Circulares o Instrucciones con eficacia “ad extra” de la Administración, a Entes, públicos como la Agencia de Protección de Datos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.

“Se desprende de tal regulación la atribución a la Agencia de Protección de Datos de la facultad de dictar Instrucciones de eficacia «ad extra», en cuanto se dirigen a quienes operan en el tratamiento informatizado de datos y resultan de obligada observancia, como se desprende del art. 43,2.b) de la propia Ley, que sanciona el incumplimiento de las Instrucciones dictadas

por el Director de la Agencia de Protección de Datos, distintas, por lo tanto, de aquellas Instrucciones a que se refiere el art. 21 de la Ley 30/92 dirigidas a los órganos jerárquicamente dependientes y destinadas a ordenar las actividades del servicio en virtud de las facultades de dirección, que producen efectos «ad intra» y cuya obligatoriedad para los subordinados no derivan de un carácter normativo que no tienen sino de los deberes impuestos en virtud del principio de jerarquía al que responden.

Por otra parte, los propios preceptos transcritos distinguen entre dicha potestad atribuida a la Agencia de Protección de Datos y la potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley mediante la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, en relación con la cual la Agencia sólo tiene facultades de informe y que la Ley atribuye en su disposición final al Gobierno. No se trata, por lo tanto, de atribuir a la Agencia de Protección de Datos el desarrollo reglamentario de la Ley sino de que la misma, como Ente público al que se encomienda el control de la aplicación de la Ley, dirija tal aplicación estableciendo las instrucciones que entienda precisas para conseguir que el tratamiento automatizado de datos se ajuste a los principios que la Ley dispone, delimitando así el ámbito de la potestad reconocida y con ello de la finalidad y objeto de tales instrucciones, que se proyectan sobre la aplicación de la Ley, al margen, por lo tanto, de su desarrollo reglamentario mediante las correspondientes disposiciones generales, en el que la intervención de la Agencia se limita a la emisión de los correspondientes informes.

A la compatibilidad de dichas facultades con la atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno por el art. 97 de la Constitución, y el art. 23,1 de la Ley 50/1997 del Gobierno, se refiere esta Sala en relación con la potestad de dictar Circulares de otro ente público de semejante naturaleza, cómo es el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en sentencias de 20 de diciembre de 2004 y 1 de febrero de 2006, en las que tras indicar que existe una potestad normativa «ad extra» atribuida por la Ley a favor de la CMT distinta de la facultad reguladora «ad intra» a la que se refiere el art. 21 de la Ley 30/92 señala que junto a la potestad reglamentaria originaria, a la que se refiere el art. 23.1 del Gobierno, cabe otra de carácter derivado, precisando que: «La viabilidad de esta última es posible formalmente y no se opone al artículo 97 de la Constitución, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 135/1992 relativa al Banco de España, y en la 133/1997 en relación con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, instituciones con las que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones encuentra un evidente paralelismo, al ser todas ellas supervisoras y de control de los respectivos sectores en que desenvuelven sus funciones. La técnica a emplear por la Ley habilitante en la cual encuentra cobertura específica esta delegación, puede consistir, como ha dicho el propio Tribunal o bien en autorizar una eventual delegación del titular originario de la potestad o atribuirle directamente a la Administración actuante. Ello tiene su explicación en que hay una serie de disposiciones o medidas

que concretan elementos en blanco de la norma legal y que han de adaptarse a las circunstancias coyunturales, tan versátiles y de oportunidad en determinados sectores. entre los que se encuentra sin duda el de las telecomunicaciones, proclive a la especialización técnica, al detalle de la normativa y a la necesaria flexibilidad y rapidez que ciertas actuaciones requieren. En el caso presente la delegación es a la par directa por la Ley de la Liberalización de las Telecomunicaciones

En semejantes circunstancias y con el mismo fundamento el legislador, valorando las características del sector del tratamiento automatizado de datos, que presenta un gran dinamismo en la evolución de las situaciones derivada de las constantes innovaciones tecnológicas y ampliación de las aplicaciones y campos de utilización, establece un Ente público para el control de la aplicación de la Ley, que actúa con plena independencia en el ejercicio de sus funciones, a cuyo efecto le atribuye la potestad de dictar Instrucciones que. de un lado, va más allá de la genérica potestad «ad intra» reconocida en el art. 21 de la Ley 301 98 SIC a los órganos administrativos para dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente subordinados. en cuanto lo establecido en dichas Instrucciones por la Agencia, como Ente público de control, viene a ordenar la actuación de los operadores en el tratamiento automatizado para su adecuación a los principios establecidos en la Ley, con carácter obligatorio y eficacia «ad extra», sujeto al control de la propia Agencia mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, y de otro lado, la potestad atribuida a la Agencia deja a salvo y no alcanza al desarrollo reglamentario de la Ley a través de la elaboración de las correspondientes disposiciones generales. que corresponde al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.”

(STS de 16 de febrero de 2007. Sala 3ª. Secc. 6ª, F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina. Ar. 739).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

El artículo 110.1 de la Ley 29/98 exige para ello una identidad sustancial de las situaciones.

“En el tercer motivo al amparo del artículo 88,1.d) de la Ley 29/98 denuncia el Abogado del Estado la infracción del artículo 110,1.a) razonando que el incidente de extensión de efectos ha de ser objeto de interpretación restrictiva, limitado a los actos administrativos dictados en masa excluyendo los casos que para acreditar la similitud de situaciones precisan de una actividad probatoria que debería llevarse a cabo en un procedimiento ordinario

y en ningún caso en un incidente de ejecución de sentencia como es el previsto en el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción. Entiende el Abogado del Estado, que no hay la imprescindible identidad de situaciones jurídicas entre la del funcionario de Policía al que se refiere la Sentencia de 8 de marzo de 2002 de la Sala de Madrid y la del Sr. Alfonso.

Sobre este punto, el artículo 110 de la Ley 29/1998 establece respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada cuando concorra como primera circunstancia que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos en el fallo, teniendo en cuenta que la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1998 establece que la ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de dicha Ley se llevarán a cabo según lo dispuesto en ella.

Así, la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica.

En las precedentes sentencias de esta Sala y Sección de 28 y 30 de junio, 12, 19 y 21 de julio de 2006 se subraya cómo el artículo 110.1 a) de la Ley 29/98 es terminante a este respecto y exige que sean no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro” pues lo único que estamos haciendo es cumplir lo que en dicho, precepto, concretamente, en su apartado 11 a) se establece: que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas.

En este sentido debe entenderse la alegación del Abogado del Estado, que esta Sala comparte pues, con independencia de que el incidente de extensión de efectos se refiera o no a los llamados actos masa (el art. 1110 de la Ley Jurisdiccional no dice nada al respecto) lo que sí resulta preciso es que la identidad de situaciones debe revelarse como evidente eludiendo la necesidad de realizar un análisis de la prueba que así lo confirme, por tratarse de la actividad propia de un procedimiento ordinario o abreviado, extremo que resulta improcedente en el recurso de casación.

Sin embargo, la Abogacía del Estado, a la hora de analizar si se da o no tal identidad entre la posición de quien solicita la extensión de efectos de la sentencia y quien vio estimadas sus pretensiones por ésta, no hace ninguna comparación y se limita a a firmar que no hay tal identidad, sin ofrecer ninguna justificación.

Desde el momento en que el precepto indicado condiciona la procedencia de la extinción de efectos a la existencia de la identidad, la Administración que sostenga lo contrario tiene la carga de justificar en su recurso de casación que esa identidad apreciada por la Sala de instancia no existe, al no haberlo hecho procede el rechazo del motivo.”

(STS de 17 de enero de 2007. Sala 3ª, Secc. 7ª. F. D. 4ª, 5ª. Magistrado Ponente Sr. González Rivas. Ar. 469).

XVI. MEDIO AMBIENTE

GESTIÓN DE RESIDUOS TÓXICOS y PELIGROSOS

El TS deniega la pretensión de Acerinox de que la responsabilidad de la gestión de los residuos radiactivos en posesión de su factoría, se realice con cargo al Fondo previsto en la Ley del Sector Eléctrico.

“El primer motivo de casación articulado no puede ser acogido, al apreciarse que la Sala de instancia ha realizado una aplicación razonable de la Disposición adicional segunda de la Ley 14/1999, de 4 de mayo de Tasas y Precios Públicos por servicios prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear, que dispone que «la gestión de los residuos radiactivos generados en los supuestos excepcionales previstos en el artículo 2 de la Ley 15/1980, de 22 de abril de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear, por la entidad autorizada para ello, podrá ser efectuado con cargo a los rendimientos financieros integrados en el fondo a que se refiere la disposición adicional sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre del Sector Eléctrico, cuando el coste de esta gestión no pueda repercutirse de conformidad con la normativa vigente y así lo determine el Ministerio de Industria y Energía», al apreciar que no concurre el presupuesto de que el coste de la gestión no pueda repercutirse de conformidad con la normativa vigente, al derivarse de su conducta procesal, de entablar acciones civiles contra el suministrador de la chatarra introducida en la factoría, que contenía el agente radiactivo contaminante, solicitando su condena como responsable de los perjuicios causados, que existe en este supuesto un titular que puede responder del coste de la gestión de los residuos radiactivos.

En efecto, la interpretación aplicativa que efectúa la Sala de instancia del presupuesto consistente en no poder repercutir el coste de la gestión de residuos radiactivos a un tercero, conforme a la normativa vigente, que, en este supuesto, en razón de las características de las instalaciones donde se produjo el incidente, alude a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual reguladas en el Código Civil, se revela acorde con la finalidad funcional de la disposición analizada, que por su conexión a la Dis-

posición Adicional Sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, que institucionaliza la constitución de un fondo para sufragar los costes asociados a la generación de electricidad de origen nuclear, que se provisional con las cantidades ingresadas por tarifa, peajes o precios, que forman parte del sistema retributivo eléctrico, así como con los rendimientos financieros originados por éstos, destinados a hacer frente a los costes de gestión de residuos radiactivos producidos por el sector eléctrico, sin extenderse a cubrir la gestión de residuos radiactivos con indiferencia del origen de la fuente radiactiva o de la naturaleza industrial de las instalaciones afectadas.

En relación con la estructura de las provisiones que integran el fondo, en la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 2006 hemos declarado:

«La Disposición Adicional Sexta de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico, modificada por la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se limita a establecer que: “Las cantidades ingresadas por tarifa, peajes o precios, así como cualquier otra forma de financiación de los costes de los trabajos correspondientes a la segunda parte del ciclo del combustible nuclear, a la gestión de los residuos radiactivos y al desmantelamiento y clausura de instalaciones, incluidos los rendimientos financieros generados por ellas, se destinarán a dotar una provisión, teniendo dicha dotación la consideración de partida deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Las cantidades recogidas en la provisión antes mencionada sólo podrán ser invertidas en gastos, trabajos, proyectos e inmovilizaciones derivados de actuaciones previstas en el Plan General de Residuos Radiactivos aprobado por el Gobierno. 2. Tendrán la consideración de coste de diversificación y seguridad de abastecimiento a los efectos de lo previsto en el, artículo 16.6 de la presente Ley, las cantidades destinadas a dotar la provisión relativa a la segunda parte del ciclo del combustible nuclear, a la gestión de los residuos radiactivos generados en la producción de energía nucleoelectrica o procedentes de aquellas actividades de investigación que el Ministerio de Economía determine que han estado directamente relacionadas con la misma, y al desmantelamiento y clausura de instalaciones de producción de energía eléctrica, así como a aquellas otras actividades que se especifiquen mediante Real Decreto”. [...].

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que para el período en que el Real Decreto recurrido iba a tener aplicación -año 2005-, la indicada Disposición Adicional 6ª iba a sufrir una nueva modificación por el Real Decreto-ley 5/2005 de 11 de marzo que excluye de la consideración de coste de diversificación y seguridad de abastecimiento, “las cantidades destinadas a dotar la parte de la provisión para la financiación de los costes correspondientes a la gestión de los residuos radiactivos y del combustible gastado generados en las centrales nucleares y a su desmantelamiento y clausura, que sean atribuibles a la explotación de éstas llevada a cabo con posterioridad al 31 de marzo de 2005 y serán financiadas por los titulares de las centrales nucleares durante

su explotación”, lo que explica la disminución de los porcentajes de aplicación respecto de períodos anteriores».

La invocación del Convenio de París de 29 de julio de 1960, acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, como norma infringida, que integraría la aplicación de la Disposición adicional segunda de la Ley 14/1999, de 4 de mayo, resulta infundada, porque dicho tratado internacional responde a la necesidad, como informa su Exposición de Motivos, de «asegurar una reparación adecuada y equitativa a las personas víctimas de daños causados por accidentes nucleares», con el objeto de «evitar el entorpecimiento del desarrollo de la producción y de las utilidades de la energía nuclear con fines pacíficos», y unificar las reglas fundamentales aplicables en los diferentes países contratantes confiando acciones para la obtención de indemnizaciones contra el explotador de la instalación nuclear y, en su caso, contra el Estado parte, con motivo de los daños producidos por un accidente nuclear, excluyendo taxativamente los daños causados por sustancias radiactivas así como los daños y perjuicios que se produzcan en la instalación que se consideran no indemnizables.

La declaración que efectúan los invocados artículos 4 y 5 del Convenio de París sobre la determinación subjetiva del responsable, explotador de una instalación nuclear y del último explotador en cuyas instalaciones tuvieron entrada los residuos, conforme al Convenio, de los daños que se produzcan a consecuencia de un accidente nuclear, no ampara la pretensión casacional fundada en la alegación de que en el supuesto examinado en el proceso de instancia resulta imposible determinar el responsable que debe asumir los costes de gestión de los residuos radiactivos.

Acierta el Abogado del Estado cuando aduce en su escrito de oposición, que este proceso no tiene por objeto la reparación de los daños a terceros causados por un accidente nuclear, sino el abono de los gastos que ha producido a ENRESA la gestión de la retirada de los residuos radiactivos, resultante del incidente producido en las instalaciones de producción de acero inoxidable de Acerinox en Algeciras, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1522/1984, de 4 de julio vulnerando la Entidad recurrente el principio de imposibilidad de ir contra sus propios actos, al entablar dos procesos jurisdiccionales con fundamentaciones contradictorias, al haber pretendido ante la jurisdicción civil el resarcimiento de los daños producidos en sus instalaciones con la condena del proveedor, y ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa que se declare que no puede determinarse el responsable del incidente invocando la aplicación del Convenio de París.

(STS de 5 de Diciembre de 2006, Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat. Ar. 575).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

DESVIACIÓN DE PODER

El TS expresa las notas características de la desviación de poder.

“El motivo séptimo se funda en la infracción de la doctrina de la desviación de poder y abuso del derecho, alegando que la intención de la Diputación Foral de Álava al aprobar el Proyecto modificado, que excluye de la expropiación la propiedad de la recurrente no es más que un intento de no acarrear con las consecuencias económicas de la expropiación parcial cuando no total de la finca, eludiendo el pago de cualquier indemnización por tal motivo, a pesar de que el nuevo diseño sigue dejando sin acceso directo a la Estación de Servicio, con los consiguientes perjuicios, por lo que entiende que se ha producido una desviación de poder, según la jurisprudencia que se cita.

Se plantea este motivo en semejantes términos que en, el recurso 5909/03, resuelto por sentencia de 11 de octubre, de 2006, cuyo razonamiento entendemos aplicable.

Decíamos en dicha sentencia que «En relación a la desviación de poder la jurisprudencia ha extraído sus caracterizadoras (por todas citaremos la Sentencia de Sala de 15 de junio de 2005 -Rec.85/2003) señalando como tales notas caracterizadoras:

“a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que confiere la Ley este concepto; (art. 1.2 LJCA).

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en la deliberada pasividad cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva; (SSTS 5ª, 5-10-83 y 3-2-84).

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios –infracción del ordenamiento jurídico o ilegalidad genérica en los elementos reglados del acto– producido precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma,...; (STS 5ª. 8-11-78).

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional al derecho vulnerado, (STS 5ª, 10-11-83), lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye, an-

tes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder; (STS 5ª, 30-11-81).

e) En cuanto a la prueba de los hechos que definen la desviación de poder, siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados –artículo 1214 del Código Civil– de los que con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano –artículo 1253 CC– deriva en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma. (STS 4ª, 10-10-87).

f) La prueba de los hechos que forma el soporte de la desviación de poder, corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto; sin olvidar que, como señala la STS 4ª de 23 de junio de 1987, la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad. En virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra; (FD. 4º).

g) Finalmente, es necesaria la constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, a cuyo tenor es difícil, en no pocas ocasiones, determinar el vicio de “desviación de poder” (aunque) ello no debe significar obstáculo para afrontar en cada caso concreto el análisis de las sentencias en las que se precise la existencia de dicho vicio STS 3ª. 4ª, de 28-4-92. Y esta disfunción es igualmente apreciable tanto si el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella” (ST5 5ª, 24-5-86 y STS 3ª 11-10-93).»

(STS de 5 de diciembre de 2006. Sala 3ª, Secc, 6ª. F.D. 6º, Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina. Ar. 806).

XX. RESPONSABILIDAD

RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

Declarada la inconstitucionalidad de una ley, puede generarse un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial, cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.

Fue el 29 de febrero del año 2000 cuando se dicta la primera sentencia que encara la denominada responsabilidad del legislador que –no olvidemos desde el año 1987 venía ya radicada en vía administrativa ante el Consejo de Ministros–, con ocasión de exigencia de responsabilidad fundada, en este caso y por primera vez, en la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal: concretamente el artículo 38.2.2 de la Ley 5/90 de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria que creó el gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar. La citada sentencia parte de que «la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada»; que la exigencia de responsabilidad no altera el contenido del acto administrativo determinante de la liquidación el cual, se afirma que «sigue manteniendo todos sus efectos». entendiéndose que la aplicación de la Ley inconstitucional así declarada por el Tribunal Constitucional supone la antijuridicidad del propio acto administrativo, por lo que concurren los requisitos exigidos por la Ley; y ello a pesar de que en el caso enjuiciado había existido un pronunciamiento previo con eficacia de cosa juzgada desestimatorio de la pretensión de anulación de la liquidación. entendiéndose la Sala que con ello «el perjuicio causado quedó consolidado al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la Ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en vía Contencioso-Administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional».

A dicha sentencia le siguió la de 13 de junio del año 2000 donde se insistió en que «el resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la Ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados». A esa sentencia se formuló un voto particular por el ponente de la misma (que lo había sido también de la sentencia antes citada de 29 de febrero de 2000). En él se afirma que «el principio de seguridad jurídica se opone como criterio general al reintegro de ingresos tributarios firmes en virtud de Ley declarada inconstitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 45/89 Fundamento Jurídico II). Se añade en dicho voto que «el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución obliga a soportar los daños y perjuicios que el ordenamiento impone para su efectividad» así como que «dichos daños y perjuicios no son en consecuencia indemnizables (artículo 141,1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en contra de criterio mantenido por la mayoría de la Sección».

Por último, en sentencia de 15 de julio del año 2000 se fijan ya los criterios que habían de ser reiteradamente mantenidos a través de una larga serie de pronunciamientos de la Sala. En esencia se parte de la distinción entre lo que es la acción de responsabilidad y la de impugnación del acto. pero afirmando que «es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho. los actos también quedarán afectados de idéntico vicio invalidante». Se afirma igualmente que si en la propia sen-

tencia del Tribunal Constitucional que declara la concreta inconstitucionalidad de la norma no se contiene pronunciamiento alguno al respecto (acerca de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad), «corresponde a los jueces y tribunales ante quien se suscite tal cuestión decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las Leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes en el ejercicio pleno de su jurisdicción resolverán sobre la eficacia ex tunc o ex nunc de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad», invocando, en apoyo de tal tesis, lo expresado en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992 entendiéndose que en dicho precepto se sustituye la declaración de nulidad de un acto o de una disposición por una indemnización, siempre que no exista el deber jurídico de soportar el daño o perjuicio causado por ese acto o disposición nulos de pleno derecho.

Hasta la fecha, las Sentencias de esta Sala y Sección recaídas en relación con la exigencia de responsabilidad por inconstitucionalidad del gravamen complementario respondían - cuando no eran siempre transcripcional esquema de la Sentencia de 15 de julio de 2000 que acabamos de extractar. No obstante, en la Sentencia de que discrepamos se introducen afirmaciones o argumentos que exigen unas precisiones previas al examen del núcleo de la cuestión cuya discrepancia motiva este voto particular.

Los extremos a que pasamos a referimos no se recogen en la mayoría de las Sentencias que se dictan a partir de la de 15 de julio de 2000 y, al contrario, resultan de una literal transcripción de la Sentencia de 29 de febrero de 2000.

En tal sentido se afirma, asumiendo el texto de esa Sentencia, que «Antes de la promulgación de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hemos admitido la posibilidad de existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la actuación del Estado legislador cuando han existido actuaciones concomitantes de la Administración causantes de un perjuicio singular, aunque éste, de manera mediata, tenga su origen en la Ley». Y se continúa textualmente que «En la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992 seguida poco después por la de diciembre del mismo año, y más adelante por otras muchas, todas ellas dictadas en relación con la jubilación anticipada de funcionarios públicos establecida por las Leyes reguladoras de su respectivo estatuto, se ha considerado que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la norma fundamental pero tampoco puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e im-

previsibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la Ley». Pasa seguidamente la Sentencia a invocar las de 5 de marzo de 1993 y 27 de junio de 1994 (aunque está analizando la jurisprudencia anterior a la Ley 30/1992) y concluye: «Como enseñan estas sentencias, bajo el régimen anterior a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común sólo cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las Leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable».

Pues bien no es cierto, como parece insinuarse, que el Pleno de esta Sala en su Sentencia de 30 de noviembre de 1992 que «tampoco puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la Ley». Tampoco lo es que antes de la Ley 30/9 la jurisprudencia de esta Sala admita sin más matizaciones la existencia de responsabilidad por actos de aplicación de las Leyes las Sentencias de 5 de marzo de 1993 terminantemente la de 27 de junio de 1994 vinculan la responsabilidad a una Ley de contenido expropiatorio como ya expusimos más arriba.

En el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de 29 de febrero de 2000 y que en ésta transcribe, se afirma que «por definición, la Ley declara, inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido a priori en su texto existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una Ley, puede generar un pronunciamiento, reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasiona privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles». Y se pretende amparar tal apriorística afirmación con la Sentencia de la Sala de 11 de octubre de 1991 para concluir que «la determinación del título de imputación para justificar la responsabilidad del Estado legislador por inmisiones legislativas en la esfera patrimonial (que ha vacilado entre las explicaciones que lo fundan en la expropiación, en el ilícito legislativo y en la teoría del sacrificio, respectivamente) ofrece así una especial claridad en el supuesto Ley declarada inconstitucional».

Ya expusimos antes, recogiendo las de la Sentencia del Pleno de la Sala de 30 de noviembre de 1992, las distintas soluciones que ofrece el derecho comparado y cómo, el Pleno de la Sala ha afirmado que no es suficiente el contenido del artículo 9.3 de la Constitución para construir una teoría de la responsabilidad del legislador sin un desarrollo por la Ley, hoy recogido en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992.

En cuanto a la referencia a la Sentencia de 1 de octubre de 1991 conviene recordar, ante todo, que la misma es anterior a las del Pleno de 30 de noviembre y de 1 de diciembre de 1992 y a la Ley 30/92.

(STS de 3 de noviembre de 2006. Sala 3ª, Secc.6ª. F. D. 3º y 4º, Magistrado ponente Sr. Lecumberri Martí. Ar. 805).

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

ASISTENCIA SANITARIA EN CENTRO CONCERTADO

No cabe excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración (ISFAS) por daños ocasionados en la asistencia sanitaria en entidades concertadas.

“La atribución de competencia efectuada por la citada Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/92 viene a sujetar a la revisión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de manera unitaria, las reclamaciones por daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, que como establece el art. 45 de la Ley 14/86 General de Sanidad, ya citado antes, integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud de manera que la relación de sujetos pasivos de las reclamaciones que se recoge en dicha Disposición Adicional viene determinada no tanto por su carácter o condición de Administración o entidades públicas como por su condición de entidades, servicios o centros que realizan tales prestaciones sanitarias propias del Sistema Nacional de Salud, lo que permite que se incluyan en dicha relación entidades privadas que en virtud del correspondiente concierto o relación jurídica realizan tales, prestaciones.

Por ello, ha de estarse a dichas circunstancias para determinar la jurisdicción competente en cada caso en atención a la prestación realizada y su relación con el Sistema Nacional de Salud».

Aun cuando pueda estimarse que como alega el Abogado del Estado y toda vez que el procedimiento administrativo se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 4/99 y por tanto no cabría estar a lo dispuesto en la disposición adicional duodécima de la misma, lo cierto es que como ya dijimos en la Sentencia de esta Sala y Sección de 3 de julio de 2003 (Rec. Cas. para unificación de doctrina 128/02 en un supuesto en que se examinaba una deficiente prestación sanitaria realizada por una entidad que al igual que ASI-SA, en el caso ahora contemplado, mantenía un concierto de asistencia sanitaria con el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), la existencia de tal concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al

mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración siempre que concurren los requisitos configuradores de aquella según el art. 139 de la Ley 30/92.

Por todo ello los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia cuando excluye la responsabilidad patrimonial, alegando que el ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que ha sido la entidad concertada elegida libremente por el mutualista, la que los ha prestado; no resultan ajustados a derecho, no pudiendo oponerse las concretas clausulas del concierto a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente por la existencia de este, acude a recibir asistencia sanitaria a la entidad médica con la que el ISFAS, de cuyo régimen sanitario es beneficiario ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de dicha asistencia.

Consiguientemente los motivos de recurso tercero y cuarto deben ser estimados”.

(STS de 20 de febrero de 2007. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 4º. Magistrada Ponente Sra. Robles Fernández. Ar. 843).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

SUELO URBANO

La Ley del Suelo y Valoraciones 6/98 contempla la existencia de Suelo Urbano carente de urbanización consolidada sin que a pesar de ello pierda su condición de tal.

El artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, nos dice que tendrá la condición de suelo urbano el que cuente, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, servicios con los que, según, reconoció el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Castellón de la Plana de 1984, contaba el terreno propiedad del recurrente en virtud de las obras de urbanización ejecutadas por el propio Ayuntamiento en 1970, a que alude el perito procesal y se refiere la propia sentencia recurrida, pero, como afirma el técnico municipal, se había redactado, aunque no aprobado. el P.E.R.I. 7 con el fin de completar la urbanización de la zona.

Ya el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 contemplaba en su artículo 83 limitaciones y deberes para los propietarios de suelo urbano, entre las primeras la de no poder edificar hasta que la respectiva parcela mereciese la calificación de solar, salvo que se asegurase la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación, y, entre los segundos, las cesiones de terrenos con determinado destino, costear la urbanización, edificar den-

tro de un plazo y repartir equitativamente las cargas a través de las reparaciones procedentes.

Estos deberes de los propietarios de suelo urbano fueron mantenidos y ampliados por la Ley 6/1998, de 13 de abril por cuanto incluyó también el de ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general incluya en el ámbito correspondiente a efectos de su gestión (apartado b del artículo 14.2) y el de ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo equivalente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito, cuyo porcentaje, que tiene el carácter de máximo, puede ser reducido por la legislación urbanística apartado c del mismo artículo 14.2).

Ahora bien; para que los propietarios de suelo urbano deban soportar estos deberes establecidos en el artículo 14.2 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, el suelo urbano ha de carecer de urbanización consolidada, pues, en el caso de que el suelo urbano estuviese consolidado por la urbanización, su deber se reduce a completar a su costa la urbanización necesaria para que dicho suelo alcance la condición de solar, cuando aun no la tuviese, y a edificarlo si se encontrase en ámbitos en que así se haya establecido por el planeamiento y de conformidad con él.

Es claro, por tanto, que los citados preceptos básicos de la Ley del Suelo y Valoraciones 6/1998, de 13 de abril, contemplan la existencia de un suelo urbano carente de urbanización consolidada, sin que, a pesar de ello, pierda su condición de tal ni sea legítimo que, por tal razón, el planeamiento municipal lo reclasifique como urbanizable, según ha procedido, indebidamente, el Plan General de Ordenación Urbana impugnado y ha declarado, incorrectamente, ajustado a derecho la Sala de instancia en la sentencia recurrida para justificar la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo interpuesto, razón por la que el primer motivo de casación alegado debe ser, como ya anticipamos, estimado.”

(STS de 4 de enero de 2007. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 473).