

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

SUSPENSIÓN

El TS interpreta el artículo 111.3 de la Ley 30/92 entendiendo que el silencio positivo se produce -en los términos literales de dicho precepto- si la Administración no ha dictado resolución expresa, con independencia de la notificación de la misma.

“El segundo motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional denuncia la supuesta infracción del artículo 111.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre relativo a la solicitud de suspensión de actos administrativos, en relación con el 43, sobre los efectos del silencio administrativo. La argumentación de la parte se puede sintetizar en que al no habersele notificado en el plazo de 30 días previsto por el citado artículo 111.3 la denegación de la suspensión, la actora podía entender que la misma había operado ex lege por silencio administrativo, creándose con ello unos

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

derechos adquiridos en tal sentido que no podían ser enervados por la posterior notificación efectuada extemporáneamente una vez transcurrido el citado plazo de 30 días.

La Sentencia recurrida se pronuncia en relación con esta cuestión de la siguiente manera:

«Aun cuando el suplico de la demanda se limita a pedir la declaración de nulidad del acto administrativo origen del Notam de 25 de enero de 2000, hay que entender, por el contenido del escrito de interposición de recurso y el cuerpo de la demanda, que tal petición se extiende a la resolución de 21 de marzo de 2000, como así lo ha entendido la Abogacía del Estado.

La Asociación de Líneas Aéreas de España, con fecha 16 de febrero de 2000, presentó ante el Ministerio de Fomento la solicitud de suspensión de la ejecución del acto impugnado.

La Administración resolvió desestimar la petición de suspensión por resolución de 21 de marzo de 2000, con sello de salida del Ministerio de Fomento de fecha 31 de marzo y notificación a ALA el 3 de abril del mismo año.

El artículo 111.3 de la Ley 30/92 pauta “La ejecución, del acto impugnado se entenderá suspendido si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, ésta no ha dictado resolución expresa...”

El párrafo transcrito tiene idéntica redacción que el párrafo cuarto del artículo 111 en la redacción originaria de la Ley 30/92. Es decir, el legislador de 1999 ha mantenido la obligación de dictar resolución en el plazo de treinta días, sin introducir una obligación específica, para este supuesto, en cuanto a la notificación de la resolución. Esta voluntad del legislador se colige de la lectura de los artículos 42, 34 y 44 de la misma Ley 30/92, comparando su versión originaria con la redacción dada por la Ley 4/99, redacción, esta última, que, a la obligación de resolver, añade la de notificar en los plazos que establece los últimos preceptos citados.

Dado que el artículo 111.3 de la Ley 30/92 no fija expresamente plazo de notificación de la resolución, habrá de aplicarse el que, con carácter general, fija el artículo 58.2 de la misma Ley para los actos administrativos, es decir, el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto ha sido dictado. Como reconoce la ALA la resolución que deniega la suspensión se dictó dentro del plazo de treinta días y se le notificó dentro del plazo de diez días, concurriendo, por tanto, el vicio de nulidad denunciado.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso respecto de la resolución de 21 de marzo de 2000». (Fundamento de derecho quinto).

El motivo ha de ser rechazado. Tiene, en efecto, razón la Sala de instancia en su interpretación del artículo 111.3 de la Ley 30/1992. Se deduce sin género de dudas de este precepto que el plazo de treinta días lo otorga la Ley expresamente para dictar la resolución, sin incluir en el mismo la posterior notificación para la que cuenta, según se indica en la Sentencia recurrida, el plazo de diez días previsto en el artículo 58.2 del mismo cuerpo

legal. Esto es así en la medida en que la Ley establece el mencionado plazo de 30 días para dictar la resolución sobre la medida cautelar solicitada, y no existe fundamento alguno para reducir dicho plazo en el lapso indeterminado que resulte necesario para incluir la notificación en los 30 días establecidos”.

(STS de 6 de mayo de 2005. Sala 3ª, Secc. 3ª. F.D. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Espín Templado. Ar. 4400)

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

ORDENANZA MUNICIPAL SOBRE INSTALACIÓN DE ANTENAS

El TS aporta criterios para que un Plan de implantación resulte un instrumento adecuado, previsto en una Ordenanza municipal, para la ponderación entre el derecho de las empresas operadoras, el interés general inherente al servicio de las telecomunicaciones así como para la salvaguarda de los bienes jurídicos que el Ayuntamiento ha de tutelar.

“Los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT/87 y 43 y siguientes LGT/98).

Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores (sujetos a la sazón al régimen de concesión) que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas ‘puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pendiente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efec-

to multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo y Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones) y en la nueva regulación estatal. Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones.

El artículo 17 LOT/87 establecía una importante conexión entre el derecho del operador a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de los servicios, en el ámbito de las condiciones que establece el artículo 28 de la misma, y los instrumentos de planeamiento urbanístico. En su apartado segundo establecía que “En tal sentido, los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de servicios de telecomunicación, a cuyo efecto el Órgano encargado de su redacción recabará de la Administración la oportuna información”. El artículo 18 reconocía el carácter vinculante de estos instrumentos en relación con la obligación de la canalización subterránea y establecía la proporción en que los operadores deben sufragar los costes de construcción de la infraestructura en proporción a su interés urbanístico. De este criterio se ha hecho eco la Jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982, 7 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1986, 15 de octubre de 1988, 23 de noviembre de 1993, 22 de abril, 24 de octubre, 27 de noviembre y 17 de diciembre de 1996 y 11 de febrero de 1999 entre otras). Estos mismos principios aparecen hoy desarrollados en los artículos 44 y 45 de la LGT/98.

De lo expuesto resultan las siguientes consecuencias:

1º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de “calas y canalizaciones” o instalaciones en edificios (artº 4.1 a) LRBRL, y 5 RSCL, tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [artículo 25.2a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [artículo 25.2 b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [artículo 25.2 e)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [artículo 25.2d)], protección del medio ambiente [artículo 25.2 f)], patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 e) y protección de la salubridad pública [artículo 25.2 f)].

2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados».

(STS de 24 de mayo de 2005. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina. Ar. 4413)

IV. BIENES PÚBLICOS

DESLINDE DE COSTAS INAPLICABILIDAD DE LA CADUCIDAD A LOS PROCEDIMIENTOS DE DESLINDE

“En el primer motivo de casación se aduce que la Sala de Instancia ha infringido lo dispuesto por el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no haber estimado la demanda por caducidad del procedimiento de deslinde concluido con la Orden ministerial impugnada.

Como hemos declarado en esas dos sentencias antes citadas, reiterando lo expresado en la anterior de fecha 31 de marzo de 2004, ni la Ley ni el Reglamento de Costas tienen establecido un plazo máximo para dictar resolución, sin que pueda aplicarse el supletorio de tres meses, que establecía el artículo 42.2 de la referida Ley 30/1992, ya que el procedimiento en cuestión fue iniciado de oficio y no a solicitud de los interesados, sin que, además, pueda calificarse de limitador o restrictivo de derechos, pues el procedimiento de deslinde tiene como finalidad la protección del interés general en declarar o constatar el dominio público marítimo terrestre definido por la Ley, e incluso, en los procedimientos iniciados a instancia de los particulares, el artículo 92.4 de la repetida Ley 30/1992 prevé la inaplicabilidad de la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte a interés general o fuese conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, razones que, como ya declaramos en nuestras dos Sentencias anteriores, no permiten que prospere el primer motivo de casación alegado”.

(Sts. de 20 de julio de 2005. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º. Magistrado ponente Sr. Méndez Pérez. Art. 5483)

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

EJERCICIO DE POTESTADES Y COMPETENCIA AUTONÓMICA

El ejercicio de una competencia autonómica sanitaria no puede tener como fin la intervención en empresas de transporte

“El Tribunal Superior de Justicia dictó Sentencia con un fallo de carácter estimatorio. En dicha Sentencia se da cuenta de inmediato del contenido de los actos impugnados. En virtud de ellos se acuerda que no se concederán por la Comunidad Autónoma autorizaciones de traslado de cadáveres con origen en el municipio de Madrid a empresas no autorizadas por el Ayuntamiento, siendo así que esa actividad venía atribuida en régimen de monopolio a la Empresa Mixta Municipal de Madrid de servicios funerarios. Así se decidió en ejecución del artículo 37 del Reglamento de Policía Sanitaria y mortuoria de la Comunidad Autónoma, aprobado por Decreto autonómico 26/1991, de 11 de abril. Se trata, por tanto, de traslado de cadáveres que tenga su origen en el termino municipal de Madrid y su punto final en otro municipio distinto. Se argumenta por la Asociación de empresas funerarias recurrente que las autorizaciones que otorga la Comunidad Autónoma de Madrid se refieren al control de las condiciones sanitarias y mortuorias, y nada tienen que ver con cuáles sean las empresas habilitadas para el transporte, como mantuvieron en un momento anterior los propios servicios administrativos de la Comunidad Autónoma que en fecha posterior modificaron su criterio.

En consecuencia se afirma que la Comunidad Autónoma, además de ir contra sus actos propios, se excede de sus competencias al dictar un acto administrativo que supone una colaboración con el Ayuntamiento, en una materia que es ajena al ejercicio de sus potestades. Por otra parte la Sentencia se refiere a la alegación de la Asociación recurrente según la cual la Sentencia anterior del mismo Tribunal Superior de Justicia de 26 de noviembre de 1993 declaró contrario a derecho el monopolio que ejercía en la materia la Empresa Mixta Municipal de Servicios Funerarios.

Se entra después en el estudio de fondo del asunto y se estudian las competencias que llene en la materia el Ayuntamiento, en virtud de la Ley Básica de Régimen Local 7/1985 de 2 de abril, y los Reglamentos estatales de Policía Sanitaria y Mortuoria, mencionándose el monopolio de la Empresa Mixta Municipal de Madrid, que ha quedado sin efecto en cualquier caso en virtud de la normativa del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de Junio, sobre liberalización de servicios funerarios.

Pero sobre todo se estudia la competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid, que se reconoce en materia sanitaria por el artículo 27.7 de su Estatuto de Autonomía, que le fue traspasada en su momento por el Estado, y que ha dado lugar a que se dictase el Decreto autonómico 26/1991, de 11 de abril. A la vista de la normativa de este último Decreto y de la definición de «policía sanitaria y mortuoria» por el Reglamento aprobado por Decreto estatal 2263/1974, de 20 de julio, se concluye que las autorizaciones a expedir por la Comunidad Autónoma en la materia se limitan a la comprobación y control de los aspectos sanitarios y de higiene en cuanto al traslado de cadáveres.

Se acoge por tanto la tesis de la Asociación recurrente y se declaran nulas las resoluciones impugnadas de la Comunidad Autónoma de Madrid por haberlas dictado ésta excediéndose de sus competencias, lo que da lugar a la estimación del recurso.

Contra esta Sentencia recurre en casación la Comunidad Autónoma de Madrid, invocando un único motivo al amparo del artículo 88.1. apartado d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del ordenamiento jurídico. Comparece como recurrida la Asociación de Empresas Funerarias vencedora en juicio ante el Tribunal a quo. Asimismo comparecen como recurridos el Ayuntamiento de Madrid y la Empresa Mixta Municipal de Servicios Funerarios, si bien no llegaron a manifestar su oposición al recurso. En cambio no ha comparecido el Comité de Empresa de la referida Empresa Mixta Municipal.

No obstante, en el único motivo de casación invocado la representación letrada de la Comunidad Autónoma se limita, con cita expresa de los artículos 4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y 55 de la Ley Básica de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril a remitirse a los principios de colaboración y cooperación entre Administraciones públicas. Se expresa por la recurrente que los actos impugnados en la instancia se limitaban a prestar asistencia al Ayuntamiento en ejercicio de sus competencias, que habían sido reconocidas por la jurisprudencia que se cita. Por otra parte se mantiene que en la fecha de autos existía el monopolio de la Empresa Mixta Municipal de Servicios Funerarios de Madrid, lo que no era imputable a la Comunidad Autónoma, y que la Sentencia ha vulnerado al no tenerlo en cuenta e inaplicarlo el principio de cooperación entre Administraciones públicas, que consagran los artículos citados de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la Ley Básica de Régimen Local. Pero no puede acogerse esta argumentación y sí en cambio la de la Asociación de Empresas Funerarias recurrida. Esta destaca, además de que el acuerdo del Ayuntamiento al que se prestaba colaboración por la Comunidad Autónoma fue anulado por Sentencia firme, que son cuestiones distintas, la autorización administrativa de transporte de cadáveres fuera del municipio, y la competencia sanitaria de la Comunidad Autónoma que da lugar a una actuación reglada para la comprobación de los requisitos que aseguren que el transpone se lleva a cabo en las debidas condiciones de sanidad e higiene, en especial respecto a la forma en que deben ser enfeñados los cadáveres. Así debe entenderse en efecto, de modo

tal que estas facultades de control estrictamente sanitario no pueden utilizarse válidamente para un control estrictamente administrativo de dudosa legalidad, y ésta era obviamente la finalidad del acto impugnado en la instancia. Es de tener en cuenta, y en ello asiste asimismo la razón a la Asociación recurrida, que la Comunidad Autónoma ha utilizado sus potestades para dictar una autorización sanitaria en principio reglada, con objeto de conseguir un fin distinto como es el de ejercer un control administrativo”.

(STS de 11 de mayo de 2005. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 1ª y 2ª, Magistrado Ponente Sr. Baena del Alcázar. Ar. 4224)

VI. CONTRATOS

SOCIEDADES PÚBLICAS

La consideración de medios propios de la Administración como exención del régimen general de concurso público. Planteamiento de Cuestión prejudicial.

“En principio parece claro que la configuración de Tragsa como medio propio de la Administración por parte del artículo 88 de la Ley 66/1997 respaldaría plenamente la respuesta, dada por los órganos de defensa de la competencia y por parte de la Sentencia recurrida respecto a la regularidad jurídica de la actuación de Tragsa, que no sería sino una actuación de la propia Administración al margen de sistema de libre competencia, la cual no se vería afectada por la ejecución de obras por la Administración en los supuestos legalmente previstos. Más aún, de acuerdo con el artículo 152.1.a) de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que sucede al 153.1 a) del texto de 1995 y al 60.1 de la anterior Ley de Contratos del Estado de 1965 en los supuestos en los que la Administración tiene un servicio propio es esa la vía de actuación normal. La libre competencia no se vería afectada porque no supondría el trato privilegiado a ninguna empresa, ya que Tragsa, pese a su configuración como empresa pública con personalidad jurídica propia no entra en el juego de la libre competencia, sino que se limita a ejecutar las intervenciones que la Administración le ordena, sin capacidad ni para negarse a actuar ni para determinar los precios y costes de su actuación. Es, en definitiva, una forma de actuar directamente la propia Administración.

Este régimen, sin embargo, plantea a la Sala dudas sobre su compatibilidad con el sistema de derecho comunitario, por la doctrina general sobre aplicabilidad a las empresas públicas de las disposiciones de derecho comunitario sobre contratación pública y sobre competencia y por las

alteraciones que pudiera ocasionar en el mercado de las obras públicas agrícolas.

En efecto, a esta Sala le parece que el régimen legal atribuido por el reiterado artículo 88 de la Ley 66/1997, pudiera ser contrario al régimen de derecho comunitario sobre contratación pública, aun considerando la admisibilidad en términos comunitarios de que la Administración pueda efectuar por sí misma determinadas obras, y ello con independencia del umbral económico de los contratos a celebrar. Para comprobar lo fundado de estas dudas podemos emplear la reciente Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que ha supuesto una refundición y actualización del derecho comunitario en la materia cuyo plazo de transposición al derecho español se extiende hasta el 31 de enero de 2006.

-En primer lugar es preciso tener en cuenta que, como principio general, la adjudicación de contratos por autoridades públicas y organismos de ese carácter esta sometida, con independencia de su cuantía, a los principios del Tratado de la Unión Europea

-Es preciso también tener en cuenta que la legislación sobre contratación administrativa a la que se ha hecho referencia enumera diversos supuestos que permiten la ejecución directa de obras por la Administración, siendo uno de tales supuestos el mencionado de tener servicios propios el que ha amparado la actuación de Tragsa. Pues bien, dicho supuesto no está condicionado por ningún otro requisito o circunstancia como pudieran serlo las razones de urgencia o interés público relevante, que operan como otro supuesto diferenciado: «cuando se trate de la ejecución de obras que se consideren de emergencia con arreglo a lo previsto en esta Ley» (artículo 52.1.d, del vigente texto refundido del 2000). Así pues, basta que la Administración tenga servicios propios, como en este caso se considera a la empresa pública Tragsa y sus filiales, para que pueda atribuirle todo tipo de trabajos sin más requisitos, con el único límite cuantitativo ya mencionado (reducido a partir del 2000 a los supuestos de colaboración con particulares).

-Parece presentar igualmente problemas de compatibilidad con los principios generales del derecho comunitario la posibilidad de que por medio de la participación directa de la Administración y haciendo uso de la habilitación legal contemplada en los citados preceptos de las sucesivas Leyes reguladoras de la contratación administrativa, la Administración asuma por mediación de una sociedad pública que recibe la consideración legal de medio propio, un número tal de contratos que altere de manera decisiva el mercado relevante. A semejante posibilidad hay que referir la advertencia del Servicio de Defensa de la competencia cuando llamó la atención al Tribunal sobre la posible distorsión de la competencia que el régimen legal de Tragsa pudiera estar originado en su ámbito de actuación (vide supra, razonamiento jurídico primero). A esta circunstancia atiende también la posibilidad contemplada en el artículo 2.2 de la Ley de defensa de la Competencia reiteradamente invocada por la recurrente, de que el Tribunal de De-

fensa de la Competencia elevase una petición al Gobierno para que formule una propuesta «de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales».

-Finalmente, es necesario señalar que esta Sala no desconoce las decisiones del Tribunal de Justicia en las que se ha pronunciado directa y expresamente sobre Tragsa (en particular la Sentencia de 8 de mayo de 2003 declarando que efectivamente ha de ser considerada como una forma de actuación directa de la propia Administración, habida cuenta de su falta de autonomía para actuar y para determinar el coste de su actuación. Sin embargo, en el presente asunto la parte demandante ha puesto de relieve unas circunstancias de hecho no consideradas en la citada Sentencia, como lo es la ya mencionada participación de la empresa pública en un determinado mercado (el de obras de naturaleza agrícola) en un grado tan destacado que pudiera producir una alteración substancial del mismo, por mucho que la actuación de la citada empresa pública sea formalmente «ajena al mercado», en la medida en que desde un punto de vista jurídico sea la propia Administración la que actúa.

En consecuencia, la Sala acuerda plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la consideración de Tragsa y sus filiales como medios propios de la Administración del Estado y su consiguiente exención de régimen general de contratación mediante concurso público, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y del 153.1 a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratación de las Administraciones Públicas 152.1a) del Texto Refundido de 2000”.

(ATS de 1 de abril de 2005. Sala 3ª, Secc. 1ª. F.D. 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Espín Templado. Ar. 4119)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SANCIONES TRIBUTARIAS

No son equiparables los contenidos del artículo 138.3 de la Ley 30/92 (inejecutividad de las sanciones) y los artículos 35 de la Ley 1/1998, 212 y 233 de la LGT 58/2003 (suspensión automática de las sanciones).

“Sin embargo, no son equiparables los contenidos de los artículos 138.3.J de la Ley 30/1992 y 35 de la Ley 1/1998, pues de la comparación de los dos textos se desprende que el legislador quiso establecer el principio de «suspensión automática de la ejecución» por la interposición del recurso y no, ya el de la pura inexecutividad de las sanciones.

Y, aun cuando ésta es la solución plasmada en los artículos 212 y 233 de la LGT 58/2003 su texto podría haber sido más explícito y contundente, en evitación de cualquier interpretación distorsionante.

b.- Ha quedado sentado, pues, que, en el ámbito del Derecho sancionador tributario la Ley 58/2003 sigue el mismo criterio establecido en la Ley 1/1998 de suspensión automática, sin garantía, de las sanciones, que demoran su ejecución hasta que las mismas hayan causado estado en la vía administrativa, pero con un aditamento más al aplazar la ejecución hasta la decisión judicial sobre la adopción de medidas cautelares -en ciertos casos-, cuando se haga comunicación a la Administración de la interposición del recurso Contencioso-Administrativo con petición de suspensión.

Es decir, lo que se exige para la ejecutividad de la sanción es la llamada firmeza en vía administrativa (o sea, que ésta se agote), y no la firmeza en el sentido de que hasta la resolución final del oportuno recurso jurisdiccional, en el supuesto de que fuera desestimado, no podría afirmarse que la sanción había quedado firme en vía administrativa.

c.-En consecuencia, no hay ya razones técnico jurídicas para poder mantener el criterio de que la suspensión de la ejecución de la sanción tributaria sin necesidad de garantía acordada en la vía administrativa o económico administrativa prolongaba, sin más, su efectividad en la vía Contencioso-Administrativa hasta la finalización de la misma (mediante sentencia desestimatoria sobre el fondo cuestionado), pues la frase «sin que puedan ejecutarse -las sanciones suspendidas sin garantía, se entiende- hasta que sean firmes en vía administrativa» contenida en el artículo 35 de la Ley 1/1998 (y en los demás preceptos posteriores semejantes que hemos venido comentando) sólo puede interpretarse O BIEN como «hasta que hayan causado estado en dicha vía» (y no quepa ya otro recurso administrativo o Económico-Administrativo), O BIEN, como máximo, «hasta que se adopte en la vía Contencioso-Administrativa la pertinente resolución sobre la virtualidad de la suspensión que, concedida anteriormente, es instada «ex novo» o reiterada en la vía jurisdiccional (en la oportuna pieza separada) al amparo del art. 122 y siguientes de la LJCA/1956 ó 129 y siguientes de la LJCA 29/1998 pues, teniendo en cuenta, a modo de valor interpretativo «ex post facto» lo dispuesto en los arts. 212.3 y 233.1 y 8 de la LGT 58/2003 ese potencial mantenimiento de la suspensión acordada en la vía administrativa o económico-administrativa en la posterior vía Contencioso-Administrativa incoada (si se dan los dos condicionantes del art. 233.8 de la citada LGT 58/2003) conservará su vigencia y eficacia, solamente, hasta que el órgano judicial adopte, en el ejercicio de su propia potestad cautelar, la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada”.

(STS de 14 de abril de 2005. Sala 3ª, Secc. 2ª. F.D. 4ª. Magistrado Ponente Sr. Martínez Micó. Ar. 5297)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

TUTELA JUDICIAL DE EXTRANJEROS

El derecho de los extranjeros a la asistencia letrada de oficio y de forma gratuita, en su caso, afecta al derecho de acceso a la jurisdicción, por lo que su desconocimiento vulnera la tutela judicial efectiva consagrada para todas las personas, también los extranjeros no residentes legalmente en España.

“La tutela judicial, en relación concreta con los extranjeros, ha merecido una reiterada consideración en diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Así en la STC 99/1985, de 30 de septiembre se expresa que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra entre los derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» y que «corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos», conclusión a la que llega invocando el art. 10.2 de la Constitución en relación con los arts. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. de 19 de diciembre de 1966. En concreto, en esta sentencia se expresa que el “derecho a la tutela efectiva, y por ello las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales, son disfrutadas sin consideración de nacionalidad por españoles y extranjeros». Asimismo la citada STC 99/1985 señala por otra parte, en su Fundamento Jurídico 2º, párrafo 2º que: «Es verdad, como afirma el representante del querellado, que nuestra Constitución “es obra de españoles”, pero ya no lo es afirmar que es sólo “para españoles”. El pfo. 1º art. 13 CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las Leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Tít. I CE (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su pfo. 2º) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los Tratados Internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues “existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos” (STC 107/1984 de 23 noviembre Sala 2ª, f. j. 4º; BOE 21 diciembre); así sucede con aquellos derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”, dicho de otro modo, con “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 CE constituye fundamento del orden político español” íbidem, f. j. 3º».

La STC 95/2003, de 22 de mayo -a la que luego haremos concreta referencia- recuerda en su F. 5º la doctrina establecida en las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre 99/1985, de 30 de septiembre y 115/1987, de 7 de julio.

Por otra parte, y en el terreno del derecho aplicable, cuando la resolución de instancia fue dictada, se encontraba en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo artículo 20.1 (antes de su modificación y reenumeración por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre señalaba que «los extranjeros tienen derecho a la asistencia letrada de oficio en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo» y, desde la perspectiva reglamentaria, se encontraba en vigor –en los términos de, y de conformidad con la Disposición Final Segunda de la citada Ley Orgánica 41/2000– el antiguo Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1º de julio aprobado por Real Decreto 155/1 996, de 2 de febrero, (hasta que fuera derogado por el nuevo Reglamento, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio que, por su parte, en el artículo 2.3 señalaba que «los extranjeros tienen derecho a la asistencia letrada en caso de detención, que se proporcionará de oficio, en su caso,... y de forma gratuita en el caso de que careciesen de medios económicos».

Por su parte, la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) dispone (artículo 2º.a) que «en los términos y con el alcance previsto en esta Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a)... los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar», artículo y apartado cuyos términos «legalmente» y «residan», fueron, respectivamente, anulado e interpretado por la STC 95/2003, de 22 de mayo de precedente y posterior cita. Por lo que aquí nos interesa, el artículo 6 de la citada LAJG, determina el contenido material del derecho, incluyendo dentro del mismo, en su apartado 3 la «defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso».

Pues bien, en el supuesto de auto, –en el quo no existe duda de cómo acontecieron los hechos que hemos expuesto– concurren circunstancias que obligan a concluir en el sentido de que la indefensión de la recurrente evidentemente se produjo. A ello, debemos añadir que en el supuesto de autos la actuación administrativa cuya revisión se pretendía (y cuya suspensión se solicitaba de la Sala en el escrito de interposición que solo encabezaba el letrado) era la denegación a una ciudadana nigeriana del derecho de asilo y de la condición de refugiada.

Debemos terminar dejando constancia de la argumentación central del Tribunal Constitucional en la citada STC 95/2003 para proceder al pronunciamiento ya mencionado en relación con el artículo 2º a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero en su F. 6 en el que –justamente– se interpretan los preceptos (23 y 45.3 LJCA que constituyeron el fundamento jurídico de los autos de la Sala de instancia: «De otra parte el artº 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (al igual que el art. 33 de la anterior Ley de 1956 exige para la impugnación ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa de las resoluciones... que las partes se encuentren representadas por Procurador y defendidas por Letrado. El incumplimiento de este requisito afecta a la validez de la comparecencia y, tras el correspondiente requerimiento de subsanación, desemboca, según el art. 45.3 de la indicada Ley, en el archivo de las actuaciones, sin posibilidad de obtener, por tanto, una resolución sobre el fondo de las pretensiones que se intenten deducir ante la jurisdicción ordinaria. De ahí que, si el extranjero no residente legalmente en España no dispone de recursos suficientes para procurarse Abogado que le defienda y Procurador que le represente, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1CE) en un aspecto que le concierne directamente, como es su status de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc.), y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional. Ello supone, sin duda, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE y del que, como se dijo son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España), vulneración que, al resultar de la propia norma legal, hace que ésta incida en el vicio de inconstitucionalidad».

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.c) de la Vigente Ley Jurisdiccional debemos anular y anulamos el Auto recurrido de 1 de marzo de 2000, mandando reponer las actuaciones al estado y momento que tenían cuando se cometió la falta, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.c) de la Ley de la Jurisdicción, esto es, al estado y momento que hubiera debido surgir al considerar, como procedía, las alegaciones de la recurrente, teniendo por interpuesto el recurso Contencioso-Administrativo con efectos de 29 de diciembre de 1997”.

(STS de 27 de abril de 2005. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 4ª y 6º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 4272)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

REVOCACIÓN PARCIAL DE ACUERDO DE NECESIDAD DE OCUPACIÓN

No tiene que someterse al trámite de revocación de los actos declarativos de derechos

“Entrando ya en el concreto examen de los primeros motivos de recurso, ha de señalarse que la Sentencia de instancia considera que el Ayuntamiento al dictar el Acuerdo impugnado, ha ido contra sus propios actos, en concreto contra sus Acuerdos de 22 de julio de 1985 y 25 de noviembre de 1985 antes referidos, sin acudir a la revisión de oficio de los actos administrativos o a la declaración de lesividad, lo que según el Tribunal «a quo» hubiera resultado necesario, por cuanto entiende que dichos actos reconocían derechos indemnizatorios en favor de quienes estaban contractualmente vinculados por un contrato de arrendamiento sobre bienes que aunque siniestrados, iban a resultar afectados por el Proyecto de obras de urbanización de la Herriko Plaza y Avda. Zumalacarregui.

Para la adecuada resolución de los dos primeros motivos de recurso formulados por el Ayuntamiento de Llodio, que serán examinados conjuntamente, debe tenerse en cuenta lo que ha señalado esta Sala, en anteriores pronunciamientos, así por ejemplo, la Sentencia de 16 de octubre de 2003 dice:

«En efecto, en el tercer motivo lo que plantea el recurrente es la justificación del acuerdo revocatorio de la expropiación, justificación que al ser negada por la sentencia recurrida entiende el recurrente infringe los artículos 54 y 89.3 de la Ley 30/92 y los artículos 6, 7, 36 y 37 de la Ley de Patrimonio Histórico. Para resolver el motivo hemos de comenzar señalando que procede la revocación cuando valorando las circunstancias de la causa de la expropiación se aprecie que ha desaparecido la necesidad de ocupación o, en su caso, la utilidad pública o el interés social que justifican aquella. Pero es más, cuando se dan las citadas circunstancias y no se han generado derechos para el expropiado, la revocación viene impuesta por los principios de eficiencia y buena administración que deben presidir el actuar de la Administración, sin que tampoco pueda olvidarse que el artículo 33.3 de la Constitución sólo admite la privación de la titularidad de los bienes y derechos por razones de utilidad pública o interés social, por lo que si estos requisitos desaparecen antes de que se consume la expropiación y nazca un derecho para el particular el continuar adelante con aquella no resultaría conforme a dicha exigencia constitucional.

El aspecto más importante de la revocación de un acto consiste en precisar sus límites que se hallan en función de la clase de acto de que se trate. Los actos declarativos de derechos que reconocen una situación de ventaja para sus destinatarios son irrevocables como corolario del principio de que nadie puede

ir contra sus propios actos y por un principio de seguridad jurídica. En la Ley de Procedimiento Administrativo Común esta consecuencia se deduce de los artículos 102 y siguientes cuando trata de la revisión de los actos administrativos. La revocación no podrá ejercitarse cuando resultare contraria al derecho de los particulares. Sólo cabría la declaración de lesividad si se dan los presupuestos del artículo 103 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Una revocación de actos que declarasen derechos tendría que hacerse por la vía de la expropiación indemnizando el perjuicio causado. Para revocar el acto declarativo de derechos ha de expropiarse la situación indemnizando al interesado. Por el contrario, una interpretación conforme a la equidad hace que la revocación de los actos restrictivos de derechos, como es la expropiación, no tenga más límites que el interés general ya que sólo éste ha de ser considerado, por tanto la revocación cuando produce un resultado más favorable por el interesado no tiene otro límite que el citado en interés general, así lo ha reconocido constantemente la jurisprudencia (sentencia de 28 de enero de 1952). En esa misma línea la revocación de la necesidad de la ocupación no tiene que someterse al trámite de los actos declarativos de derechos. Una actuación expropiatoria carece de objeto cuando por medio de la revocación del acto principal se deja sin contenido el expediente. Como se trata de un acto restrictivo de derechos la revocación posterior no encuentra las dificultades de los artículos 102 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de acuerdo con la interpretación favorable al administrado de estos artículos.

De lo hasta aquí argumentado, resulta evidente que procede la estimación de los dos primeros motivos de Casación formulados por el Ayuntamiento de Llodio, pues ha de estarse a lo señalado por esta Sala en su Sentencia de 16 de octubre de 2003 al contemplar los límites de la revocación de los actos restrictivos de derechos como es la expropiación, debiendo tenerse en cuenta lo que en ella se argumenta, en el sentido de que la revocación de la necesidad de ocupación no tiene que someterse al trámite de los actos declarativos de derecho, así como que una actuación expropiatoria carece de objeto, cuando por medio de la revocación del acto principal se deja sin contenido el expediente”.

(STS de 14 de abril de 2005. Sala 3ª, Secc. 6ª, F.D. 4ª y 5ª. Magistrada Ponente Sra. Robles Fernández. Ar. 4184)

XIII. FUENTES

RESERVA DE LEY

La regulación de los soportes y medios técnicos necesarios para el ejercicio de los derechos a la información y a la expresión del pensamiento, no afecta directamente a la regulación de los mismos ni está sujeta a reserva de ley.

“Se refiere el presente proceso en grado casacional a una Sentencia dictada en materia de otorgamiento de concesiones de servicio Público de radiodifusión. En el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 1998 se publicó resolución de la Consejería de Industria y Trabajo de la Junta de Comunidades de 17 del mismo mes, por la que se convoca concurso para el otorgamiento de concesiones del servicio Público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia de carácter comercial en Castilla-La Mancha, y se hace Público el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares anexo a la convocatoria. Conocida la resolución anterior, por la Sociedad Española de Radiodifusión se interpuso contra la misma recurso en vía contenciosa.

Contra esta Sentencia interpuso recurso de casación la representación letrada de la Comunidad Autónoma, invocando un único motivo de acuerdo con el artículo 88, 1, d) de la Ley de la Jurisdicción por infracción del ordenamiento jurídico. Comparece como recurrida la sociedad que obtuvo Sentencia parcialmente estimatoria del Tribunal a quo.

En el único motivo invocado se cita como infringido por aplicación indebida el artículo 53.1 en relación con el 20.1 de la Constitución Española. Se razona en este motivo que la Sentencia yerra al declarar en sus Fundamentos de Derecho que el artículo 13 del Decreto autonómico 59/1998, de 9 de junio tiene un contenido que debe regularse por norma con rango formal de Ley. Pues no estamos ante la regulación del derecho a la información y a la expresión del pensamiento, de carácter fundamental, sino ante la regulación de los soportes y medios técnicos necesarios para el ejercicio de ese derecho. Aunque ambos temas se encuentren conexos ni estamos ante derechos fundamentales, ni la normativa sobre el otorgamiento de las concesiones implica o supone que deba exigirse una regulación mediante norma con rango formal de Ley. Se sostiene que, de mantenerse lo contrario, hubiera debido declararse disconforme a derecho todo el Decreto que regula el uso de los soportes y medios técnicos y al no hacerlo así y limitar la anulación del reglamento a su artículo 13 la Sentencia incurre en contradicción.

No obstante, aunque así se razona en términos generales, hay que profundizar en el planteamiento para centrar adecuadamente el problema jurídico que hemos de resolver ahora en casación. El tema relativo a si la fijación de criterios para otorgar nuevas concesiones de radiodifusión ha de efectuarse por Ley o por reglamento está íntimamente ligado a la cuestión de si

se establecen unos criterios de tal discrecionalidad que supongan una restricción del ejercicio del derecho. Esta es la cuestión que subyace en el debate procesal, y de ella depende que debamos acoger o no el motivo invocado. Pues de llegar a la conclusión de que el establecimiento de esos criterios no cercena o condiciona excesivamente el ejercicio del derecho, hemos de concluir que no puede mantenerse la exigencia de una norma con rango formal de Ley para la regulación.

En efecto, tras la correspondiente deliberación, esta es la conclusión a la que llega la Sala. Pues los criterios en cuestión resultan razonables y de por sí no implican una restricción del ejercicio del derecho, aunque puedan de algún modo condicionarlo de forma comparativa al pronunciarse a favor de unos peticionarios o de otros en cuanto al otorgamiento de las concesiones. En definitiva, aunque se establezca un margen de discrecionalidad, ello no es contrario a derecho pues no lo es la discrecionalidad misma con la que se configuran la potestades administrativas si bien eventualmente puede serlo su ejercicio, el cual ha de controlarse en su caso por los Tribunales de Justicia.

En el supuesto de autos, a la vista de los criterios establecidos en el artículo 13 de Decreto autonómico que se reproducen en el acuerdo de convocatoria y en el Pliego de Condiciones, debemos entender, como acaba de apuntarse, que la regulación no supone ninguna disminución o menoscabo del ejercicio de los derechos correspondientes, siendo cuestión distinta que pudieron impugnarse en su día los actos concretos dictados en ejecución de la normativa recurrida, en la instancia.

En consecuencia procede acoger el único motivo de casación invocado y por ello estimar el recurso.

Puesto que debe casarse la Sentencia, hemos de resolver con plena potestad jurisdiccional sobre el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia.

Ahora bien, como se desprende del Fundamento de Derecho anterior el Decreto autonómico impugnado en la instancia, contra lo declarado por el Tribunal Superior de Justicia, tiene cobertura legal suficiente. Toda vez que el Tribunal a quo a la vista de su declaración que acaba de citarse no entró en el estudio de las demás cuestiones planteadas, debemos ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar Sentencia, tanto más cuanto que aquellas cuestiones suponen un enjuiciamiento de la conformidad de los actos administrativos con el derecho autonómico sobre el que no debe pronunciarse este Tribunal Supremo”.

(STS de 20 de mayo de 2005. Sala 3ª, Secc. 4ª, F.D. 1ª, 2ª, y 3ª. Magistrado Ponente Sr. Baena del Alcázar. Ar. 4242)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

TASA MUNICIPAL

Las empresas no propietarias de las redes de transportes y distribución que utilizan, se encuentran sujetas a tasa municipal por aprovechamiento especial del dominio público local.

“Entrando en el segundo motivo del recurso, sin duda alguna la cuestión esencial que se plantea queda centrada en determinar si, antes de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre que dio nueva redacción a todo el apartado 1 del artículo 24 de la Ley de Haciendas Locales las empresas que no son propietarias de las redes se encontraban sujetas a la tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.

d) Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público a favor de empresas o entidades que utilizan el dominio público para prestar servicios de suministros que no afecten a la generalidad del vecindario.

En este contexto y antes de la Ley 51/2002 se aprueba la Ordenanza impugnada, que ha sido confirmada por la Sala de instancia.

En contra de la tesis de la parte recurrente, puede llegarse a la conclusión de sujeción a la tasa de las empresas comercializadoras por estas razones.

1) La Ley de Haciendas Locales no exige entre los elementos del hecho imponible de la tasa que concurra la condición de propietario del elemento por cuya virtud se obtiene el disfrute, la utilización o el aprovechamiento especial del dominio Público local.

Es cierto que la propiedad de las redes de distribución está asignada a las empresas distribuidoras por la Ley 541 1997, pero de ellas también se sirven, para prestar suministros a consumidores cualificados, las empresas comercializadoras, conforme a lo prevenido en el artículo 42 de la referida Ley, dado que ahora la propiedad de la red no garantiza su uso exclusivo.

2) En los supuestos del artículo 20.3 de la Ley de Haciendas Locales, que se refieren a la ocupación del subsuelo, suelo y o vuelo, no se hace depender el hecho imponible del título de propiedad del elemento que ocupa el dominio público local.

3) Concurra la ocupación del dominio público local, y aunque se considere que no implica utilización privativa en este caso singular, es lo cierto que el hecho imponible no exige la concurrencia, la utilización y aprovechamiento, al utilizar del legislador no la conjunción copulativa «y», sino la disyuntiva «o», bastando que concurra uno de los presupuestos para que el hecho imponible se produzca.

4) La utilidad del uso o aprovechamiento del dominio público local afecta a todo el sector eléctrico, independientemente de como esté organizado, y la condición de sujeto pasivo, regulada en el arto 23.1.a) de la Ley de Haciendas Locales, sólo exige que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, por lo que cualquiera que sea la forma en que se conciban las relaciones entre los titulares de las redes y quienes ostentan derechos de acceso con el dominio público se produce la sujeción a la tasa”.

(STS de 10 de mayo de 2005. Sala 3ª, Secc. 2ª. F.D. 5ª. Magistrado Ponente Sr. Frías Ponce. Ar. 5305)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA PRUEBA EN CASACIÓN

La valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia sólo en casos muy limitados, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación.

“Tal argumento de la sentencia de instancia no ha sido combatido adecuadamente en este recurso, pues descansado en la fijación de un hecho probado, es decir, en la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, la parte recurrente se ha limitado a cuestionar dicha valoración alegando que en absoluto se deduce de la prueba pericial practicada la imposibilidad técnica de presentar planes de implantación, donde expresamente se señala que se puede establecer un plan de implantación, aun cuando las expectativas sean a corto plazo o inciertas, y que no obstante esta última consideración, nada impide que los planes de implantación tengan un sistema de adecuación temporal a las nuevas necesidades que vayan surgiendo, lo que en modo alguno habilita a esta Sala en casación para entrar a examinar tal valoración de la prueba, pues según doctrina jurisprudencial, que se refleja en la sentencia de 18 de octubre de 2003 “Como ponen de relieve las sentencias de esta Sala de 19 de marzo y 8 de octubre de 2001 y 12 de marzo de 2003 entre otras, debe tenerse en cuenta que es ya doctrina reiterada de esta Sala que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con intermediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal y no ha sido incluida como motivo

de casación en el orden Contencioso-Administrativo, regulado por primera vez en dicha Ley. Ello se cohonesta con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia.

La prueba, como ha señalado este Tribunal, sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, puede plantearse en casación. Tales casos son:

a) la infracción del artículo 1214 del Código Civil en la actualidad derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero que puede traducirse en una vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba (en la actualidad contenidas en el artículo 217 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, invocable a través del artículo 95.1.4º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso.

c) infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones.

d) infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo.

e) infracción cometida cuando, al “socaire” de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables.

f) errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta;

y, por último, g) cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada».

La parte recurrente, como se ha dicho, no alega la concurrencia de ninguno de estos casos sino que se limita a discrepar de la valoración efectuada por la Sala de instancia y a efectuar otra paralela, por lo que no habiéndose atacado por ninguna de las indicadas vías la valoración de la prueba efectuada en la instancia, ha de estarse a los hechos fijados en la misma y en concreto a la imposibilidad técnica de presentar los planes de implantación, lo que justifica la declaración de nulidad de los referidos arts. 7.1, 7.2, 8.2, 9.2.a) y disposición transitoria, y por lo tanto la desestimación del primer motivo del recurso en este aspecto y del segundo en su totalidad».

(STS de 24 de mayo de 2005. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina. Ar. 4413)

XVIII. PERSONAL

DERECHO DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A FUNCIONES PÚBLICAS

El TS estima que no cabe apreciar lesión a los principios de mérito y capacidad, en el hecho de que el personal laboral fijo procedente de una sociedad pública acceda a la condición de funcionario, mediante pruebas selectivas restringidas convocadas por una sola vez, en los términos contemplados en una Ley autonómica.

“Partiendo de la interpretación jurisprudencial, en el caso examinado concurren las siguientes circunstancias:

1ª) Existe una sociedad mercantil pública que cumple los requisitos de «unidad productiva» antes reseñados (en palabras de la sentencia: «mediante Decreto 313/88 de 20 de diciembre se creó la Sociedad Pública anónima Interbask, SA cuyo objeto social era la prestación de servicios y la realización de las actividades previstas en el artículo 3 del Decreto 313/88»).

2ª) Posteriormente, con fundamento en una causa objetiva, el reconocimiento de la competencia autonómica operada por STC de 26 de mayo de 1994 la administración autonómica, en uso legítimo de la competencia reconocida por el Tribunal Constitucional, decide prestar la actividad directamente y crea la Delegación de Euskadi en Bruselas señalando expresamente que ésta dispondrá de los medios personales y materiales de la sociedad.

3ª) Como consecuencia de esa decisión organizativa, se sigue el proceso de extinción de la mercantil, con la cláusula subrogatoria que motivó el proceso de instancia.

4ª) La cláusula subrogatoria no es sino mera constatación de esa realidad objetiva.

En el motivo del recurso de casación también se invoca la vulneración del artículo 23.2 de la CE y se ha de precisar que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no confiere derecho sustantivo alguno sino que garantiza una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con exclusión de requisitos de carácter discriminatorio. Se trata (SSTC 73/1998, de 31 de marzo y 138/2000, de 29 de mayo por otras), de un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas, lo que empece que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación se añadan nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal (STC 27/1991, de 14 de febrero por otras); de un derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad que al tiempo que excluye la restricción injustificada de las condiciones de acceso (SSTC 302/1993, de 21 de octubre 1998, de 26 de enero por otras), condiciona el proceso selectivo (SSTC 174/1996, de 11 de noviembre 60/1994, de 28 de febrero por otras) y demanda que las condiciones y requisitos exigidos se refieran a los principios de mérito y capacidad, excluyendo toda diferencia de trato en el desarrollo del procedimiento selectivo (STC 115/1996, de 25 de junio entre otras). En el caso examinado, resultan de aplicación:

a) La Ley 16/97 de 7 de noviembre del País Vasco, que contiene en la disposición transitoria tercera las siguientes determinaciones:

«1. El personal laboral fijo procedente de la extinta sociedad pública “Interbask. SA” cuyos puestos hubieran sido clasificados de naturaleza funcional podrá acceder a la condición de funcionario del Cuerpo al que la plaza se adscriba, siempre que reúna los requisitos de titulación exigibles para ello, mediante pruebas selectivas restringidas que serán convocadas por una sola vez.

3. Las convocatorias a que se refieren los dos apartados anteriores se efectuarán dentro de los seis meses siguientes a la aprobación de las relaciones de puestos en las que figuren dichos puestos reservados a funcionarios y en las mismas se valorarán los servicios prestados y cualesquiera otros méritos encaminados a determinar la aptitud o idoneidad del aspirante, sin perjuicio de aquellas pruebas destinadas a la acreditación de conocimientos o se consideren necesarias».

b) El Decreto autonómico 226/97 de 14 de octubre que modifica los Decretos que aprueban las relaciones de trabajo de los Departamentos de dicha Comunidad Autónoma.

e) La Orden de 7 de abril de 1998 del Consejero de Hacienda y Administración Pública que convoca pruebas selectivas del personal de la extinta sociedad Interbask.

La sentencia recurrida estima que el Decreto impugnado vulnera frontalmente el artículo 23.2 de la CE al contemplar el acceso a puestos de trabajo de la Administración demandada de personal procedente de la sociedad pública extinguida, sin procedimiento público alguno de acceso en condiciones de igualdad y sin amparo en norma con rango de Ley que justifique la excepcionalidad de la regla general.

Sin embargo, en la disposición transitoria tercera de la Ley 16/97 de 7 de noviembre el Parlamento Vasco confirma la razonabilidad de la opción organizativa adoptada por su Ejecutivo y sanciona que la actividad sea realizada dentro de la Administración General aprovechando la estructura existente, estableciendo el procedimiento por el que se va a producir la integración en la estructura humana de la Administración con escrupuloso respeto a las normas que rigen la conformación de éstas.

En consecuencia, existiendo esa previsión legal, la tesis que sostiene la sentencia recurrida no es estimable, pues con tal previsión ninguna lesión cabe apreciar a los principios de mérito y capacidad cuyo desconocimiento se erige en causa fundamental de la anulación por la sentencia recurrida, que procede dejar sin efecto».

(STS de 20 de abril de 2005. Sala 3ª, Secc. 7ª. F.D. 5º, 6º y 7º. Magistrado Ponente Sr. González Rivas. Ar. 4068)

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El hecho de que la actividad festiva no la organizara la Corporación municipal así como la existencia de un convenio con los organizadores de la fiesta, no desplazan la responsabilidad de la Administración a terceros en caso de daños.

“El recurso de casación para unificación de doctrina pretende cumplir con la función que le es propia al Tribunal Supremo que es la de ejercer la unificación de la doctrina jurisprudencial que de él emana. De ahí su carácter extraordinario y la exigencia que encabeza el núm. 1 del artº 96 de la Ley de la Jurisdicción cuando limita la posibilidad de su interposición a los supuestos de Sentencias en las que «respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos».

Ésta es por tanto la cuestión clave que al resolver el recurso concreto la Sala debe examinar, para si se cumplen esas premisas estimar el recurso, casar la Sentencia impugnada y resolver el debate planteado con pronunciamientos ajustados a Derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la Sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artº 98 de la Ley, o, en otro caso, desestimar el recurso. Para ello resulta preciso conocer las declaraciones efectuadas por la Sentencia recurrida y compararlas con las realizadas por las Sentencias anteriores firmes aportadas por la parte recurrente como término de comparación

o contraste para comprobar si entre ellas existen como expusimos, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, esas identidades que pese a ello se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

Tras lo expuesto en el anterior fundamento estamos ya en condiciones de examinar si entre ambas Sentencias, la recurrida y aquella que se aporta como contradictoria, existen las similitudes respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, que exige el art. 96.1 de la Ley y se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

Los litigantes siendo diferentes. se encuentran en idéntica situación puesto que la recurrente es una persona física que experimenta unas lesiones causadas por un pequeño artefacto explosivo y la demandada es una Corporación Local. Los hechos son sustancialmente iguales, puesto que la única diferencia que no es relevante, es que en la sentencia recurrida el petardo procede de una comitiva que marcha por la vía pública mientras que en la Sentencia de contraste surge del muñeco que se quema en una plaza, y las pretensiones son las mismas, ser indemnizadas las lesionadas por la Corporación Local a la que se considera responsable por el anormal funcionamiento del servicio público.

La discrepancia aparece en la fundamentación jurídica de una y otra Sentencia, ya que mientras la recurrida niega que exista relación de causalidad entre las lesiones sufridas por la recurrente y la actividad municipal porque la actividad de la que dimanó el daño no la organizaba la Corporación y porque no era responsable de la venta del artefacto que explotó por lo que concluye que la actuación de la Policía Local fue conforme a los estándares sobre disposición y ordenación de la vía pública y en el ejercicio de su función de policía y vigilancia, la aportada como término de comparación prescinde del hecho de que el Ayuntamiento tuviese firmado un convenio con los organizadores de la fiesta, y despoja a la Administración de esa posible cobertura que le permitiría desplazar de ese modo la responsabilidad a terceros, para fijar la responsabilidad en el deber de vigilancia y seguridad que el municipio ejerce en todo caso, en materia de seguridad en lugares públicos de acuerdo con lo prevenido por el art. 25.2.a) de la Ley de Bases de Régimen Local y concluir de ese modo señalando que existió un funcionamiento anormal de los servicios públicos constituido por falta de adopción de efectivas medidas de seguridad y prevención.

A la vista de lo hasta aquí expuesto resulta claro para la Sala que la conducta de la Corporación Local implicada en el suceso no fue la adecuada puesto que se produjo el hecho que dio lugar a las lesiones sufridas por la recurrente. No puede excusarse el Ayuntamiento en el hecho de que la comitiva la organizaba una entidad privada, y no puede eximirse ese hecho de su responsabilidad en el suceso porque una vez que se hizo cargo de la custodia de la marcha lo fue con todas las consecuencias, y no a los meros efectos que pretende de cortar la circulación. Conocía o debía conocer las circunstancias que concurrían en el desfile, y que los participantes que com-

ponían la comparsa portaban los artefactos explosivos, uno de los cuales estalló y causó a la recurrente las lesiones que padeció. De este modo no ofrece duda que debió adoptar las medidas de seguridad adecuadas para garantizar la seguridad en el lugar público por el que discurría la comitiva para evitar un suceso como el que aconteció, y para ello debió evitar que las personas que contemplaban el paso del cortejo pudiesen ser lesionados por los petardos que era previsible que estallasen, como desgraciadamente ocurrió, obligándoles a mantener una distancia de seguridad de modo que al no hacerlo así se produjo el anormal funcionamiento del servicio en relación con la seguridad en lugares públicos.

La conclusión que alcanzamos nos obliga a casar la Sentencia recurrida y a resolver el debate planteado con pronunciamientos ajustados a Derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida de acuerdo con lo dispuesto en el art. 98.2 de la Ley de la Jurisdicción”.

(STS de 24 de mayo de 2005. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 2º, 4º y 5º, Magistrado Ponente Sr. Martínez-Vares García. Ar. 4988).