

## II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por  
RAFAEL ENTRENA CUESTA  
TOMÁS FONT I LLOVET  
JOAQUÍN TORNOS MAS

### I. ACTO ADMINISTRATIVO

#### 1. *Acto definitivo y acto trámite*

La S. 22.11.01 (Ar. 364 de 2002) se plantea el problema de la impugnabilidad del acuerdo de suspensión de licencias por su posible consideración como acto trámite. Y lo resuelve en sentido positivo, al entender que *no es trámite* (no prepara la suspensión ni la anuncia ni la advierte, sino que la decreta, la impone desde ahora), y se trata en consecuencia de un acto que afecta por sí mismo a los derechos e intereses de los propietarios, quienes por ello mismo lo pueden impugnar.

#### 2. *Motivación*

Siguiendo la línea trazada en anteriores ocasiones (así, S. 03.10.01, Ar. 206), la S. 24.12.01 (Ar. 551 de 2002) declara la nulidad de la adjudicación de un concurso para la provisión de administraciones de lotería nacional, por falta de motivación, razonando que el cumplimiento de esta exigencia haría desaparecer cualquier atisbo de arbitrariedad, que, por el contrario, existe, al carecer el Tribunal de elementos para entender las razones por las que se rechazó un local que en principio parecería más atractivo que el que resultó favorecido por el acuerdo impugnado.

También se subraya la importancia de la motivación en la S. 23.01.02 (Ar. 875), según la cual, aunque la actividad de fomento es discrecional, la denegación de subvenciones ha de ser motivada, sin que sea suficiente al efecto la remisión a unos informes técnicos que no arrojan luz sobre los motivos de la denegación.

#### 3. *Notificación*

Como consecuencia de la necesidad de diferenciar entre el acto notificado y el acto de notificación, la S. 12.03.02 (Ar. 2267) sigue la doctrina ju-

risprudencial establecida, entre otras, por las Ss. 08.07.83 (Ar. 4029), 19.10.89 (Ar. 7415) y 14.10.92 (Ar. 8468), señalando que «los posibles defectos de la notificación no afectan a la validez del acto notificado».

Por su parte, la S. 24.10.01 (Ar. 131 de 2002) considera ajustada a Derecho la notificación tributaria practicada a persona distinta de su destinatario, toda vez que «consta la correcta y plena notificación de la persona que recibió las dos notificaciones en el domicilio de la recurrente mediante la indicación de su nombre y apellido, así como la razón de permanencia en la finca —“conserje”—».

Especialmente debe ser resaltada la postura antiformalista seguida en la S. 19.06.01 (Ar. 437), en supuesto en que, como consecuencia del silencio de la notificación, se omitió el recurso administrativo preceptivo para agotar la vía administrativa. El Tribunal entiende que «no cabe dictar en perjuicio del particular interesado un pronunciamiento de inadmisibilidad de su recurso jurisdiccional, procediendo, por el contrario, entrar a conocer del fondo del asunto si existen suficientes elementos para ello. El derecho de acceso a la jurisdicción; el principio *pro actione*; el que obliga a una interpretación y aplicación restrictiva de las causas de inamabilidad, exigiendo en todo caso que su apreciación sea necesaria para satisfacer la finalidad o razón de ser a la que obedecen, son argumentos bastantes para desautorizar aquel pronunciamiento de inadmisibilidad. Siendo, de otro lado, el principio de economía procesal el que justifica la procedencia de enjuiciar la cuestión de fondo, con preferencia a otras soluciones alternativas, como la de retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la defectuosa notificación, o la de requerir al actor para que formule el recurso administrativo omitido. Jurisprudencia que cabe ver indicada en las sentencias que cita el recurrente en casación, y, con más precisión, en la sentencia de 19 de junio de 1998, entre otras».

#### 4. *Error material o de hecho*

Una vez más, el Tribunal Supremo, como ya había hecho en las Ss. 16.11.98 (Ar. 8127), 17.04 (Ar. 3782), 31.10 (Ar. 9045) y 11.12 de 2000 (Ar. 1461 de 2001), se pronuncia en el sentido de que «el error material rectificable requiere que se trate de simples equivocaciones elementales (nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripción de documentos), que se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones, que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto, pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica».

### 5. *Nulidad de pleno derecho*

Siguiendo el parecer de «la más reciente y firme doctrina» del Tribunal Supremo, Ss. 19.12.97 (Ar. 519 de 1998), 02.12.99 (Ar. 9270 de 2000) y 15.11.00 (Ar. 9473), la S. 23.11.01 (Ar. 996 de 2002) insiste en que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se limita a la revisión de oficio en vía administrativa, sin que sea aplicable a una pretensión anulatoria en vía jurisdiccional con base en nulidad radical: supuesto éste en que, a efectos de interposición del recurso, deberán aplicarse los plazos legales correspondientes.

### 6. *Revisión de oficio*

De nuevo, se precisa el alcance de las facultades de los Tribunales al enjuiciar la denegación de la revisión de oficio omitiendo el procedimiento adecuado, puntualizando que la jurisdicción no podrá entrar a examinar la posible existencia de razones justificadoras de la resolución, sino que su examen estará condicionado a la previa tramitación del procedimiento revisor en vía administrativa (S. 14.01.02, Ar. 1890) (R.E.C.).

### 7. *Ejecución forzosa de actos administrativos y aconfesionalidad del Estado. El caso de la ermita de Bell-lloc*

La sentencia de 31 de octubre de 2001, Ar. 780 de 2002, planteó una cuestión singular que, aunque termina resolviéndose en razón del derecho aplicable por razón temporal, merece ser comentada.

Los hechos tienen su origen en la desamortización de una finca que, adquirida por el Estado, fue enajenada a unos particulares. Dentro de la finca existía una ermita dedicada al culto.

Transcurrido el tiempo, concretamente el 4 de noviembre de 1975, el Obispo de Gerona dictó un Atestamos en el que declaraba que la ermita se regía por el Derecho canónico, estando dedicada al culto público, siendo los accesos a la misma de carácter público. Del contenido de esta resolución se dio traslado a la autoridad civil para que la hiciera efectiva.

Los hechos así relatados (por cierto que el Tribunal Supremo insiste una vez más en la necesidad de que las sentencias contengan una relación de hechos y, en su caso, de los que se consideran probados) dieron lugar a un pleito civil, que terminó con sentencia dictada en casación en la que se reconocía la propiedad privada de la finca, si bien con el gravamen del derecho de acceso a la ermita y uso de los fieles de la misma conforme a las reglas del Derecho canónico.

Por otro lado, se tramitó un recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del Gobernador civil de Gerona por la que, dando ejecución al Atestamos, se requería al propietario de la finca para que entregara las llaves de la ermita y permitiera el acceso a la misma.

Este segundo pleito es el que finaliza con la sentencia comentada. En la misma, ratificando el criterio de la Sala de instancia, el Tribunal Supremo niega que en el momento en que el Gobernador civil dictó su resolución (1992), por la que ejecutaba un acto de la autoridad eclesiástica, se pudiera reconocer a dicha autoridad el privilegio de ejecutividad de sus decisiones. Para el Tribunal Supremo, la modificación del Concordato aprobada el 3 de enero de 1979 (la cuestión relativa a si debía aplicarse el derecho vigente al dictarse el Atestamos, 1975, o el aplicable al dictarse la resolución del Gobernador civil que se impugna, 1992, está en la base del pleito) suponía negar a toda confesión religiosa el carácter de estatal, por lo que, se concluye, el Gobernador civil no podía convertirse en brazo ejecutor de la declaración de un miembro de una confesión religiosa.

Consecuentemente, se ratifica la sentencia impugnada que anuló la resolución del Gobernador civil, autoridad estatal que no debe ejecutar la decisión de una autoridad religiosa (J.T.).

## II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### *Audiencia*

En el periodo de tiempo objeto de este comentario encontramos dos sentencias de distinto signo:

En sentido positivo, la S. 16.01.02 (Ar. 1017) declara la nulidad de un expediente de reparcelación por omisión de la Audiencia de quien ostenta derechos dominicales sobre una finca afectada por la reparcelación.

En cambio, la S. 05.11.01 (Ar. 1758) considera irrelevante la omisión de dicho trámite, por no haber causado indefensión, toda vez que «debe entenderse subsanado el defecto de falta de audiencia previa del particular, cuando éste tuvo suficientes oportunidades de defensa en vía administrativa, amén de las que utilizó luego en la vía judicial, sin que se trate, además, de un procedimiento sancionador». En suma, en este caso «la falta de audiencia previa debe considerarse subsanada por la posterior interposición de los correspondientes recursos en vía administrativa y jurisdiccional», además de que el principio de economía procesal hace improcedente la retroacción de actuaciones (R.E.C.).

## III. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### 1. *Carácter revisor*

En sendas sentencias de 23.10.01 (Ar. 125) y 17.11.01 (Ar. 1516 de 2002), se precisa el alcance y las consecuencias del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa:

La primera, tras insistir en que dicha jurisdicción es revisora en cuanto exige la existencia de un acto o actuación de una Administración Pública

sometido o sometida al Derecho Administrativo, advierte que «no es el contenido del acto el que delimita la extensión de las facultades de revisión jurisdiccional del Juzgado o Tribunal que, en definitiva, resulte competente, sino que son las pretensiones que, en relación al mismo, o a la misma —al acto o actuación, se entiende—, se hubieren actuado las que acotan, cuantitativa o cualitativamente, el contenido de la pretensión impugnatoria». De lo contrario, añade, «como apunta un consolidado criterio jurisprudencial ... se estaría reconociendo carácter jurisdiccional a la vía administrativa, o a la vía económico-administrativa en el caso de autos, en contra de la consideración del proceso contencioso-administrativo como un auténtico proceso entre partes y como instrumento hábil para conseguir la plenitud en el ejercicio de la función jurisdiccional».

Desde otra perspectiva, en la segunda de las sentencias citadas se declara que la naturaleza revisora de la jurisdicción no consiente el automatismo desestimador consistente en que el Tribunal haga suya, sin más, la resolución impugnada, al haberse limitado la demanda a reproducir los argumentos formulados en vía administrativa, sin combatir directamente dicha resolución.

## 2. *Competencia*

La S. 30.11.01 (Ar. 198 de 2002) entiende que corresponde al Juzgado Central la competencia para conocer de recurso interpuesto contra acto del Delegado Provincial del INEM por delegación del Director General.

## 3. *Asistencia de Procurador y Letrado*

Dada la frecuencia con que se suscita la cuestión abordada por la S. 29.10.02 (Ar. 428), resolutoria de recurso de revisión, consistente en determinar si los funcionarios públicos de carrera están facultados para comparecer por sí, sin la asistencia de Procurador y Abogado, en los recursos de casación promovidos por aquéllos en cuestiones que como tales les conciernen o, por el contrario, si tal asistencia de los profesionales citados es exigible, en todo caso, en los recursos de casación, merece la pena reproducir literalmente sus pronunciamientos, que son los siguientes:

«La cuestión, no obstante, no es nueva para esta Sala que ha tenido ocasión de pronunciarse en torno a ella en numerosas ocasiones, de las que son exponente los autos de 10 de abril y 22 de mayo de 2000 y 23 de abril de 2001, entre otros. Señala el primero de los cuatro citados (recurso 4143/1999) que: como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en su auto de 14 de febrero de 2000 que basta ahora con reiterar, el apartado 2 del art. 23 de la Ley 29/98, de 13 de julio, a la sazón en vigor, hace extensiva a todos los ór-

ganos colegiales de esta jurisdicción la regla que en la derogada Ley de 1956 (versión de 1992) —representación por medio de Procurador y asistencia de Abogado— sólo se exigía para actuar ante el Tribunal Supremo, concretamente, en el recurso de casación. Ninguna modificación, pues, se ha producido en orden a la capacidad de postulación porque en el art. 90.1 de la nueva Ley no se haga mención expresa a la comparecencia de las partes mediante Procurador, a diferencia de lo que decía el art. 97.1 de la Ley anterior, porque esa exigencia, y la consiguiente asistencia de Abogado, viene ahora establecida con carácter general en el art. 23.2 de la vigente Ley ... Es cierto que, con excepción a las reglas generales en materia de postulación de los apartados 1 y 2 del art. 23, el apartado 3 del mismo habilita a los funcionarios públicos para comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se trate de cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles, pero esta norma singular no es aplicable al recurso de casación. La postura patrocinada en el recurso de súplica descansa en una interpretación textual del art. 23.3 difícilmente armonizable con el espíritu y finalidad de la norma contenida en su enunciado. La *ratio* de esta excepción, que no difiere esencialmente de la que introdujo el art. 33.3 de la Ley 1956, descansa en el conocimiento de la normativa aplicable al caso que se presume tienen los funcionarios públicos cuando están en litigio sus derechos estatutarios, pero esta consideración, a la que ya se refería la Exposición de Motivos de la citada Ley, pierde buena parte de su fuerza de convicción cuando del recurso de casación se trata. Se opone la complejidad de la actividad procesal, tanto en lo que hace a su contenido como a su forma, propia de este recurso extraordinario, que sólo puede interponerse por determinados motivos, con el consiguiente rigor que éste comporta en orden a la subsunción de los vicios jurídicos del que pueda adolecer la resolución judicial, pues no se debe olvidar que en el recurso de casación, a diferencia de lo que ocurre en la primera y segunda instancia, las pretensiones de las partes deben moverse en torno a la aplicación de la Ley efectuada por el órgano jurisdiccional *a quo*, quedando relegada a un segundo plano la actividad administrativa inicialmente impugnada».

Por su parte, la S. 22.10.01 (Ar. 123 de 2002) niega relevancia a la ausencia de la firma del fedatario judicial en supuesto de representación *apud acta*, en base a que se trataría de un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales que no ocasiona indefensión.

#### 4. *Acción pública*

Según la S. 19.12.01 (Ar. 1156 de 2002), el titular de la acción pública está legitimado «con independencia de los móviles finales a los que responde la acción emprendida».

#### 5. *Recurso de casación*

Una brisa de antiformalismo se aprecia, saludablemente, en la S. 22.11.01 (Ar. 155 de 2002), que, haciendo suya la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en STC 295/2000, de 11 de diciembre, sostiene que la omisión, en el escrito de interposición, de la indicación de los ordinales concretos del artículo 95.1 LJ (hoy, 88.1) «no implica la inadmisibilidad del recurso de casación si tal indicación se ha hecho en el escrito de preparación, como ha acontecido en el presente caso».

La postura formalista vuelve a sostenerse, sin embargo y lamentablemente, entre otras muchas, en la S. 21.01.02 (Ar. 224), que declara inadmisibile y, por ende, desestima un recurso al haberse omitido la expresión del apartado correspondiente del artículo 95 LJ (insisto, hoy, art. 88) que lo ampare. «Tal conclusión no puede verse impedida por el hecho de que en el escrito de preparación del recurso se haya invocado el artículo 95 de la Ley Jurisdiccional, pues se trata de cargas procesales que son exigibles en trámites procesales diferentes, debiendo ser cumplidas ambas, no pudiendo entenderse subsanados los defectos del escrito de interposición a la vista del escrito de preparación».

Por el mismo argumento de independencia de los escritos de preparación e interposición, la S. 28.01.02 (Ar. 655), con apoyo en la STC 181/2001, de 17 de septiembre, señala que la omisión en el escrito de preparación de la explicitación de manera expresa de cómo, por qué y de qué forma las normas estatales o comunitarias condicionaron el fallo de la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia no es subsanable en el escrito de interposición, ya que «se trata de un vicio sustancial insubsanable» (R.E.C.).

### IV. TELEVISIÓN

*Nuevas tecnologías y derechos adquiridos.  
La introducción de la televisión digital y la mutabilidad  
de las bases económicas del negocio*

Que el mundo de la televisión es un mundo en proceso de continuo cambio es un hecho evidente. Y esta realidad incide de modo directo en el Derecho. Las sentencias de las que damos noticia, debidas a la aparición de la nueva tecnología de la digitalización, lo ponen claramente de relieve.

La entidad recurrente alegó en su día que el concurso convocado para prestar el servicio de televisión digitalizado suponía reconocer a la entidad adjudicataria una posición de dominio que alteraba el equilibrio financiero de la concesión que en su día obtuvo la recurrente. Hoy la entidad recurrente, pese a sus temores, sigue gozando de buena salud, mientras que la entidad que obtuvo la concesión ha desaparecido por la inviabilidad económica de su actividad.

Las sentencias de las que queremos dar noticia son las del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001, Ar. 4295, y de 17 de junio de 2002. En la primera de las sentencias citadas se desestimó el recurso frente al RD 2169/1998, por el que se aprobó el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre. En la segunda se desestimó igualmente el recurso frente al Acuerdo del Consejo de Ministros aprobando el Pliego de bases y prescripciones técnicas por el que había de regirse el concurso público para la adjudicación de una concesión para la explotación del servicio público de la televisión digital terrenal.

Lo destacable de ambas sentencias es que su fundamentación tiene un hilo argumental común. Para el Tribunal Supremo, cuando surge un conflicto con ocasión de la aprobación de una normativa que introduce novedades técnicas que alteran el contenido sustancial de situaciones jurídicas creadas con anterioridad en base a un marco tecnológico diverso, debe prevalecer el progreso sobre la defensa de las posiciones jurídicas creadas en el marco de una tecnología superada.

En este sentido, en la primera de las sentencias citadas se establece que «no puede pretenderse con apoyo en este precepto —art. 20 CE— la pervivencia de un sistema que se reputa obsoleto y perturbador para el futuro desarrollo de las telecomunicaciones. Es comúnmente aceptado por la doctrina especializada, el de no coartarse por los poderes públicos las migraciones tecnológicas impuestas por los avances experimentados en los medios de comunicación. Al contrario, y esto es lo que se hace en el presente caso, deben favorecerse habilitando los mecanismos jurídicos imprescindibles para darles acogida». Los derechos anteriores tendrán su protección en las reglas de derecho transitorio, pero no pueden proyectarse sobre el futuro para limitar o condicionar el progreso de la técnica.

Este razonamiento subyace también plenamente en la segunda de las sentencias citadas. En dicha sentencia, la pretensión de la entidad recurrente era la declaración de nulidad del Pliego de bases y prescripciones técnicas por el que había de regirse el concurso público para la adjudicación de una concesión para la explotación del servicio público de la televisión digital terrenal. La adjudicación del concurso daría lugar a la explotación temporal en concurrencia del servicio de televisión terrenal por entidades con tecnología analógica y digitalizada. La entidad recurrente, amparándose en lo dispuesto en la disposición adicional 44 de la Ley 66/1997 (Ley de acompañamiento) y en la Ley de televisión privada 10/1988, entiende que el Pliego no respeta dicha normativa superior y que la adjudicación en base al mismo de una nueva concesión romperá el equilibrio económico-financiero de la concesión que en su día se le otorgó.



El Tribunal Supremo rechaza todos los argumentos y niega la oportunidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia comunitario. El argumento central de la recurrente se basaba en contraponer el Pliego con lo dispuesto en la disposición adicional 44 de la Ley 66/1997. Para la recurrente, el citado precepto exigía que las nuevas concesiones para servicio de televisión digital fueran las técnicamente posibles, exigencia que no se cumpliría al preverse el otorgamiento al nuevo concesionario de cuatro canales múltiples isofrecuencia que permiten emitir 14 programas. Con esta oferta, según la recurrente, el nuevo competidor obtendría una posición de dominio y rompería el equilibrio económico-financiero de su concesión.

El Tribunal Supremo retoma la idea que determinó la sentencia antes citada y entiende de nuevo que debe prevalecer el progreso, «siempre que se respeten los derechos adquiridos por los antiguos concesionarios en cuyo caso éstos no pueden oponerse a la implantación de nuevas tecnologías, frenando así los avances del progreso científico». A este argumento se añade que si en el proceso de explotación se advirtiera una posición de dominio o monopolio, ya intervendrían el Servicio de defensa de la competencia y el Tribunal de defensa de la competencia.

En el fondo del debate subyacen unas preguntas: ¿qué es lo técnicamente posible en el mundo de la televisión?; ¿quién debe determinarlo apriorísticamente?; ¿cuándo la introducción de una nueva tecnología rompe el equilibrio financiero de unos concesionarios bien posicionados en el mercado? El Tribunal Supremo, prudentemente, rechaza sustituir el criterio de la Administración, y los hechos le han dado la razón. El nuevo concurso seguramente carecía de un fundamento económico correcto, pero en ningún caso planteaba los problemas que estaban en la base del recurso (J.T.).



# CRÓNICA ADMINISTRATIVA

