

## II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por

RAFAEL ENTRENA CUESTA

TOMÁS FONT I LLOVET

JOAQUÍN TORNOS MAS (\*)

### I. ACTO ADMINISTRATIVO

#### 1. *Motivación*

Insistiendo en una doctrina ya consolidada, la Sentencia de 29.07.02 (Ar. 7385) establece que la denegación de subvenciones, por más que su otorgamiento tenga carácter discrecional y precisamente por ello, deberá ser motivada, pudiendo debatirse, tan sólo, sobre el mayor o menor grado de suficiencia de la motivación. Pero, ello sentado, con un criterio antiformalista, señala, a continuación, que la falta de motivación del acto originario resulta irrelevante si la resolución de la reposición planteada frente a aquél es lo suficientemente explícita. Máxime si los informes a que la misma se refiere obran en el expediente administrativo: sin exigir, por tanto, que tales informes acompañen a la resolución que los invoca.

#### 2. *Notificación*

Mientras que la Sentencia de 23.09.02 (Ar. 8562), al igual que la de 28.09.02 (Ar. 8293), siguen un criterio rigurosamente garantista, tal forma de proceder se atenúa en la de 19.09.02 (Ar. 8077): según la primera, la falta de toda referencia al órgano ante el que debe interponerse el recurso determina que éste no pueda considerarse extemporáneo; a tenor de la segunda, la conducta del recurrente, claramente obstaculizadora, no autoriza a la Administración a prescindir de las garantías del administrado; en cambio, con arreglo a la tercera, constituye una mera irregularidad no relevante la notificación de un acuerdo que afecta a una junta de compensación, en lugar de en el domicilio de ésta, en el de su Presidenta (R.E.C.).

---

(\*) En el presente número colabora también Oriol MIR PUIGPELAT, Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

## II. CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

El régimen jurídico de los convenios que celebran las Administraciones públicas entre sí resulta todavía incompleto en cuanto a su positivización, de modo que son de interés aquellas sentencias que, interpretando el ordenamiento, contribuyen a ofrecer un marco más seguro. Ello es necesario, por ejemplo, en lo relativo a determinar el ejercicio de las potestades o prerrogativas administrativas clásicas —revisión de oficio, resolución unilateral— construidas en el contexto de la relación entre la Administración pública y los ciudadanos.

En virtud de un convenio urbanístico celebrado entre dos Ayuntamientos —y un particular—, uno de ellos asume el coste de las expropiaciones ejecutadas por el otro, el cual, no obstante, modifica unilateralmente la actuación urbanística aumentando notablemente la edificabilidad y creando un extenso núcleo de población. Ante esta situación, el primero de los Ayuntamientos revoca unilateralmente el convenio suscrito. La STS de 14 de enero de 2002 analiza la invocación de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, así como la facultad de resolución de las obligaciones recíprocas, según el artículo 1124 del Código Civil. Pero en realidad, dice el TS, lo que se invoca es la facultad de resolución unilateral de los contratos por incumplimiento de sus obligaciones, en los términos previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —arts. 111.g) y 112—, señalando, lo que es importante, que incluso debe entenderse aplicable también a los convenios administrativos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos.

Sentado lo anterior, lo que señala el TS es que la revocación unilateral del acuerdo municipal por el que se suscribe el convenio no es el cauce procedimental adecuado, porque, en todo caso, tratándose de un acto declarativo de derechos, no cabe la aplicación de la revocación según el artículo 105 de la Ley 30/1992. Así, pues, deberá seguirse el procedimiento de revisión de oficio, si se da un supuesto de invalidez en el acuerdo municipal; o bien el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones esenciales del convenio administrativo (T.F.).

## III. DERECHOS FUNDAMENTALES. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

### FIESTA POPULAR, ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD. EL ALARDE DE HONDARRIBIA

La celebración del Alarde de Hondarribia venía ocurriendo sin presencia de mujeres en el tradicional desfile que formaba parte de la fiesta popular. Solicitada por una asociación la intervención municipal para que autorizara la presencia de mujeres, el Ayuntamiento no contestó. El silencio dio lugar a un recurso contencioso-administrativo planteado por la vía de la Ley 62/1978, recurso que fue estimado por el TSJ del País Vasco, re-

conociendo el derecho de las mujeres a participar en el Alarde en condiciones de igualdad respecto de los conciudadanos varones.

La sentencia del TSJ fue recurrida en casación por el Ayuntamiento de Hondarribia, recurso que fue desestimado por el Tribunal Supremo mediante su sentencia de 13 de septiembre de 2002. En dicha sentencia se plantean dos cuestiones de interés.

En primer lugar, el Ayuntamiento recurrente insiste en su argumento de la inexistencia de acto administrativo recurrible. Para el ente municipal, el Alarde es una fiesta privada que ni organiza ni gestiona el Ayuntamiento. Por ello, la petición de intervención sobre esta actividad popular no fue contestada, sin que de este silencio se pueda derivar el nacimiento de un acto administrativo presunto.

El Tribunal Supremo rechaza esta línea argumental, al entender que existe una directa implicación del Ayuntamiento y de su Alcalde en la fiesta popular, y porque entiende que «corresponde a la Administración promover las condiciones que hagan real la igualdad, remover los obstáculos que la impidan o dificulten, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y cultural y social, a tenor de los artículos 1,1 y 9,2 de la Constitución, de modo que sea cual sea la naturaleza del evento, ostenta éste sin duda una dimensión popular que se desarrolla en el municipio, sin que las instituciones públicas de éste puedan inhibirse como si de algo absolutamente ajeno se tratara o como si se desarrollara poco menos que en la estratosfera, lo que bien puede quedar reforzado cuando derechos fundamentales y principios o valores superiores andan en juego...».

En segundo lugar, y entrando en el fondo de la cuestión, se entiende que la negativa a permitir la participación de las mujeres en la fiesta popular supone una discriminación que vulnera el principio de igualdad, al no existir razón que justifique el trato desigual. Frente al argumento de la entidad recurrente, según el cual las razones históricas avalarían el trato desigual, el Tribunal Supremo matiza la realidad de tales razones históricas y añade que, en caso de duda posible, debe propiciarse un trato igualitario entre hombres y mujeres, «al tenderse hoy claramente a borrar o difuminar una línea de separación entre uno y otro sexo en actividades de cualquier índole» (J.T.).

#### IV. INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y ARTÍCULO 29 DE LA LEY 29/1998

La acción frente a la inactividad administrativa que introdujo el artículo 29 de la Ley jurisdiccional de 1998 tiene un ámbito objetivo limitado. Para poder acudir a esta vía debe existir una obligación administrativa que derive de una norma que no precise acto de aplicación, de un acto, convenio o contrato administrativo.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2002, Ar. 3155, y 24 de junio de 2002, Ar. 7058, han tenido ocasión de entrar a examinar

esta cuestión, desestimando en ambos casos el recurso al entender que no se dan los presupuestos para poder acudir a esta vía procesal.

El supuesto de inactividad recurrido era la no convocatoria por el Tribunal Constitucional de plazas de letrado por el sistema de concurso-oposición, solicitándose como pretensión que se condenara al Alto Tribunal a convocar por dicho sistema en el plazo de un mes todas las plazas que estuvieran cubiertas por libre designación o designación temporal.

El Tribunal admite, en primer lugar, que se está ante una reclamación frente a la inactividad administrativa y no frente a la impugnación de un acto presunto. Esta misma consideración le lleva a analizar, en segundo lugar, si se dan los presupuestos para poder acudir a la vía del artículo 29 y, en este punto, concluye que no es posible acudir a esta vía ya que no existe obligación que derive directamente de la norma. Así, afirma que *«el Tribunal Constitucional no resulta obligado, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación, a la convocatoria precisa del concurso-oposición a que se refiere el recurrente, como requiere el artículo 29,1 de la Ley de esta Jurisdicción, como requisito “sine qua non” de la viabilidad del recurso interpuesto, o, en concreto, de su estimación, y menos, si cabe, obligado a que “todas” las plazas sean cubiertas por dicho sistema de concurso-oposición, tal como, además, resulta de la Exposición de Motivos de la Ley, de valor interpretativo indiscutible, cuando con claridad expresa que este “remedio” (el recurso contra la inactividad) no permite a los órganos jurisdiccionales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el cuándo de una decisión o actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales, “pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquella” (de la Administración), por no poder ser el recurso contencioso-administrativo hábil instrumento para poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativa —según el texto de la Exposición de Motivos— sino sólo para “garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad”, lo que particular reflejo puede tener en un ámbito de discrecionalidad, al margen de su eventual control jurisdiccional, que se inserta en otro ámbito de autoorganización difícilmente sustituible en vía de jurisdicción cuando a potestades administrativas de organización atañen, como aquí sucede, según una reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, de innecesaria mención, de modo que si, como aquí sucede, si se convocaron concursos-oposiciones para cubrir las aludidas plazas de Letrados, aunque, además, a algunas han accedido funcionarios en régimen de adscripción temporal, a tenor de la normativa reglamentaria expuesta y de las facultades que al Presidente del Tribunal confiere el artículo 14.d) del Reglamento de referencia en cuanto a adscripciones temporales, obvio es que ninguna situación de ilegalidad —en los términos expuestos— ocasiona la existencia de dichos letrados en el mencionado Tribunal» (J.T.).*

## V. MEDIO AMBIENTE. LA LUCHA CONTRA EL RUIDO. ¿QUÉ PUEDE HACER LA ADMINISTRACIÓN?

El ruido se ha convertido en un problema importante para la vida en común. El Derecho no ha sido ajeno a esta nueva problemática, y ha vinculado la lucha contra el ruido a la protección del derecho a la intimidad personal y familiar. Las conocidas sentencias del TEDH de 21 de febrero de 1990, *Powell y Rayner contra el Reino Unido*; de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra contra España*, y de 19 de febrero de 1998, *Guerra y otros contra Italia*, son un claro exponente. Si atendemos al Derecho interno, debe destacarse la STC 119/2001, sentencia que afirma que el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos.

Pero, a su vez, el Derecho muestra sus limitaciones cuando debe ofrecer respuestas para combatir eficazmente el ruido molesto. ¿Qué acciones puede emprender la Administración para poner fin a una actividad ruidosa contraria al ordenamiento? La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2002, Ar. 5047, entra a analizar esta cuestión. La sentencia, dictada en un recurso casacional, tenía como objeto la sentencia del TSJ del Principado de Asturias que anuló el acuerdo municipal de clausura de un local ruidoso con licencia de actividad y reconoció el derecho del dueño a ser indemnizado. El Tribunal Supremo casará la sentencia y reconocerá la corrección de la actuación municipal. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo examina el alcance de la potestad administrativa de policía, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza de la licencia de actividad como licencia de funcionamiento y el principio de proporcionalidad como límite para el ejercicio de potestades de limitación.

Para el Tribunal Supremo, la licencia de actividad, como licencia de funcionamiento, conlleva la condición implícita de tener que ajustarse a las exigencias del interés público. A partir de aquí se analizan las órdenes dictadas por la Administración, los plazos otorgados para adoptar las medidas correctoras, las sanciones impuestas y las órdenes de clausura. En el ejercicio de todas estas formas de intervención se exige el cumplimiento del principio de proporcionalidad. Así, se concluye que la clausura procederá si las medidas previas no han sido suficientes y, dentro de la clausura, deberá optarse en principio por la simple clausura del equipo de música, pero si ello no basta podrá optarse por la clausura del local. Por ello, afirma la sentencia que para decidir acerca de las medidas adoptadas no basta con atender a si existía o no licencia previa, sino que es menester examinar las circunstancias en relación con las consecuencias de la continuación o paralización de la actividad, y valorar qué medidas pueden adoptarse teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad.

Tras este planteamiento, y de acuerdo con los hechos ya acreditados, el Tribunal Supremo concluye afirmando que:

«La tesis de la parte recurrente, ampliamente expuesta en la demanda, es la de que la Administración municipal ha clausurado el local como si se tratara de un supuesto de carencia de licencia, cuando lo procedente era seguir el trámite previsto en los artículos 36 y siguientes del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y, en consecuencia, sólo actuar ordenando el cierre previo requerimiento e, hipotéticamente, con la imposición de multas previas.

De acuerdo con lo razonado en anteriores fundamentos jurídicos, se observa, sin embargo, que la medida de precinto del local era posible en el caso de que proporcionalmente resultara adecuada para prevenir las molestias generadas por la actividad realizada, aun cuando el mismo dispusiera de licencia, pues así lo autoriza el artículo 38 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

Las circunstancias del caso revelan una notable incidencia en la tranquilidad vecinal a consecuencia de la actividad realizada por el recurrente y un notable fracaso de las distintas oportunidades de corrección otorgadas por el Ayuntamiento, con advertencias de precinto que llegaron a llevarse a cabo en alguna ocasión.

En 21 de diciembre de 1990 (la notificación tuvo lugar el 14 de enero de 1991), en efecto, se concedió al interesado un «último plazo» de un mes para que subsanara deficiencias con advertencia de clausura y precinto del local y se le ordenó que no desprecintara el equipo musical que ya había sido precintado con anterioridad. El precinto fue quebrantado. Por Decreto de la Alcaldía de 24 de enero de 1991 se ordena el precinto y clausura del local, lo que se realiza según acta de 1 de febrero de 1991. El propio interesado propuso como medida correctora dotar al equipo de música de un compresor. Los técnicos municipales procedieron a la regulación. Por Resolución de la Alcaldía de 7 de febrero de 1991 se ordena levantar el precinto, lo cual no puede llevarse a efecto porque el negocio había seguido funcionando. Posteriormente, los Técnicos Municipales observaron que el limitador había sido eliminado y había sido movida la placa instalada para evitar manipulaciones. Se rebasan los niveles de presión acústica y la actividad se desarrolla con las puertas abiertas, en contra de las limitaciones a que expresamente estaba sujeta la licencia. Por Decreto de la Alcaldía de 10 de febrero de 1992 se concede audiencia previa al precinto del equipo musical. El interesado alega que sufre persecución.

En informe de 13 de abril de 1992 los Técnicos observaron que la presión acústica era superior a la que resultaba del limitador y que en una ocasión se había utilizado otro equipo de música al lado del que tenía el limitador, concluyendo que

*eran necesarias obras de insonorización. Tras un nuevo plazo de diez días de audiencia, el Decreto de la Alcaldía de 8 de junio de 1992 ordenó el precinto de los dos equipos musicales. El 29 de diciembre de 1992 se comprueba que los precintos han sido violentados y el local funciona con música amplificada. Concedida nueva audiencia, el recurrente reconoce que el equipo musical estaba funcionando. Es entonces cuando se produce el cierre.*

*Resulta evidente que las oportunidades de corrección otorgadas fueron más que suficientes, que el interesado mostró su voluntad contraria a su cumplimiento, y que continuó realizando la actividad con molestias notables para el vecindario, sin mostrar voluntad de aplicar medidas correctoras. La amenaza grave de la tranquilidad de los vecinos constituye un daño suficiente como para estimar proporcionada la medida de cierre, y la extensión a la totalidad del local se justifica ante la razonable necesidad de evitar que el mismo continuara funcionando ilegalmente por la vía de hecho, como había venido ocurriendo en contra de las disposiciones adoptadas, y, por consiguiente, que continuase frustrándose la finalidad que el poder público está obligado a cumplir de asegurar la tranquilidad y el descanso de todos.*

*Resulta obvio que la petición de declaración de responsabilidad administrativa no es procedente cuando se funda en una ilegalidad que no concurre.*

*Procede, de conformidad con lo razonado, desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Javier Marcos A. P. contra las Resoluciones de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, de 15 de noviembre de 1993 y 6 de septiembre de 1994» (J.T.).*

## VI. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### 1. Muerte del recurrente antes de la interposición del recurso

En base a los principios de interpretación favorable a la tutela efectiva, *pro actione* y *perpetuatio legitimationis*, la Sentencia de 23.09.02 (Ar. 8671) resuelve que si bien, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el razonamiento que utiliza el Juzgador de instancia para declarar la inadmisibilidad del recurso podría parecer impecable, pues el recurso contencioso-administrativo se interpuso en nombre de una persona que carecía, por su fallecimiento, de personalidad jurídica, y, por tanto, de legitimación —*mors omnia solvit*—, en aplicación de tales principios y dado que si en términos generales la muerte del demandante, acaecida después de la iniciación del proceso, no acarrea su extinción, no puede ser de peor condición el causahabiente o heredero que en cualquier estado del proceso suce-

de a la persona que, inicialmente y por desconocimiento de su muerte por el Procurador, formal y aparentemente actuó como parte, solicitando la iniciación del proceso.

## 2. *Suspensión del acto impugnado*

Con arreglo a la S. de 29.07.02 (Ar. 8812), la doctrina jurisprudencial en la materia puede resumirse en los siguientes puntos: 1) necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar; 2) imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto; 3) el *periculum in mora*, y 4) el criterio de ponderación de los intereses concurrentes, complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Como quinto punto se refiere a la apariencia de buen derecho, pero señalando que «supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados» pero que «la LJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*», así como que «debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina, al señalar que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuanto necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho, o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no ... al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión...».

En la misma línea se produce la S. de 04.06.02 (Ar. 8194), la cual, al insistir en los supuestos que se acaban de mencionar como habilitantes para la aplicación de la doctrina de la apariencia del buen derecho, añade que tal aplicación sólo será procedente «siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de difícil o imposible reparación».

En cuanto a la concreta posibilidad de suspender la ejecución de los planes de urbanismo, el Tribunal Supremo se mantiene, en las Sentencias de 02.10.02 (Ar. 8718) y 18.09.02 (Ar. 8283), en la constante jurisprudencia que, en base a la prevalencia del interés público sobre el interés privado, se opone a la adopción para tales casos de dicha medida cautelar. Ello no obstante, la S. de 07.10.02 (Ar. 8735) mantiene el criterio contrario, considerando procedente la suspensión, razonando, de una parte, que «el proce-



so complejo de ejecución del planeamiento se plasma en una modificación permanente del entorno físico que, una vez realizada, es difícilmente modificable», pero también, y sobre todo, para justificar el apartamiento de la doctrina antes invocada, argumentando que se trata de una modificación puntual del planeamiento —para posibilitar la construcción de un hotel— y no de una revisión general y que el proceso se entabla entre Administraciones públicas —la Junta de Andalucía contra el Ayuntamiento de Almuñécar—, habiendo actuado el Ayuntamiento autor del acto impugnado en ejercicio de una competencia delegada por la recurrente.

### 3. *Prueba*

La S. de 02.07.02 (Ar. 7390) señala que son cuatro los principios a aplicar en materia de práctica de la prueba como manifestación de la garantía recogida en el artículo 24.2 de la Constitución, a saber: 1) que el derecho a la práctica de la prueba no es un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino a practicar aquellas pruebas que sean pertinentes; 2) que corresponde, en principio, al juzgador de instancia efectuar el juicio sobre la pertinencia, el cual ha de ser explícito, con la motivación necesaria para su eventual control en vía de recurso; 3) que corresponde, no obstante, a quien invoca en casación la vulneración del derecho a la práctica de la prueba pertinente, alegar y acreditar la relación del medio propuesto y omitido con el objeto del proceso y la posible trascendencia de su resultado en la decisión judicial de la instancia, y 4) que el efecto de la inejecución de una prueba previamente admitida es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa.

### 4. *Recurso de casación*

La jurisprudencia analizada en este período, siguiendo con el criterio formalista impuesto en las resoluciones precedentes, insiste en que procederá la inadmisión del recurso o, en su caso, su desestimación si en el escrito de preparación, cuando se impugnan sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, el recurrente no formula el debido *juicio de relevancia*, consistente en justificar la infracción de una norma no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma que ha sido determinante y relevante del fallo. Sirvan de ejemplo, a este respecto, las Sentencias de 08.04.02 (Ar. 8786), 16.07.02 (Ar. 8315) y 14.10.02 (Ar. 8752).

A este respecto, la S. de 05.06.02 (Ar. 8129) sostiene que la invocación del artículo 65 de la Ley 7/1985 en relación con sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no puede considerarse suficiente para justificar la viabilidad de la casación, porque, al estar reproducido tal precepto en la Ley Catalana 8/1987, se aplicó como Derecho autonómico y no como Derecho estatal.

En cuanto al enjuiciamiento del escrito de interposición, el Tribunal Supremo sigue también aplicando los criterios formalistas que considera pertinentes por la excepcionalidad de este recurso; por ejemplo, al entender, en aplicación de jurisprudencia reiterada, que la falta de fijación del motivo o motivos en que el recurso se basa, con expresión del apartado del artículo 88 de la Ley jurisdiccional que lo ampare, da lugar a la desestimación: así, en Sentencias de 23 y 27.09.02 (Ar. 8084 y 8176).

En lo tocante a los motivos concretos en que habrá de fundarse el recurso, sostiene el Tribunal Supremo que en cuanto al artículo 88.1.a), «abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción», sólo cabe invocar la infracción de las normas relativas a la naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa «con la finalidad de impedir la actuación *ultra vires* y el *non liquet*», o «incumplimiento del deber de juzgar» (S. de 22.06.02 —Ar. 7516—).

La S. de 19.04.02 (Ar. 8593) cuida, también, de precisar el alcance de cada uno de los posibles motivos del recurso, al manifestar que si el Tribunal de instancia no se pronuncia sobre una de las cuestiones planteadas en la demanda no cabe imputar infracción sustantiva de la norma, sino que el recurso debió basarse en quebrantamiento de forma por incongruencia que, evidentemente, existió. Pero como el recurrente invocó el artículo 88.1.d), en lugar del párrafo c) del mismo precepto y apartado, procede la desestimación (R.E.C.).

## VII. RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS Y EJERCICIO DE AUTOTUTELA

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2002, Ar. 9022, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad de los poderes de autotutela dentro de las relaciones interadministrativas. El supuesto de hecho que da origen a la sentencia citada fue la reclamación de cantidad por parte del Consell Metropolità de l'Horta al Ayuntamiento de Paiporta. Ante la no respuesta del Ayuntamiento, el Consell decidió impugnar el acto presunto negativo ante los Tribunales. El Tribunal Superior de Justicia declaró inadmisibles los recursos al entender que el Consell debió utilizar su potestad de autotutela para tratar de hacer efectivo su derecho, sin que por tanto pudiera acudir a los Tribunales.

Recurrida en casación dicha sentencia, el Tribunal Supremo la estima y reconoce el derecho a que se acuda a los Tribunales de Justicia dentro de un conflicto interadministrativo. Partiendo del reconocimiento de la judicialización que introdujo la LBRL en el tratamiento de las relaciones interadministrativas, el Tribunal Supremo afirma que «en las relaciones interadministrativas de conflicto, aunque teóricamente no se excluya la autotutela de las administraciones públicas y el eventual ejercicio de la autotutela ejecutiva a través de un procedimiento de apremio administrativo, ha de entenderse que las pretensiones deducidas por una Administración pública frente al acto expreso o presunto de otra Administración sujeto a

derecho administrativo están incluidas en el ámbito de la cláusula general atributiva de competencia del orden contencioso-administrativo».

Ahora bien, esta conclusión no es lo más relevante de la sentencia. Lo que queremos destacar son los razonamientos previos sobre la posibilidad de utilizar la autotutela en las relaciones interadministrativas. En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo expone los argumentos dogmáticos a favor de utilizar este poder en las relaciones que pueden enfrentar a dos Administraciones, aunque reconoce a su vez los problemas prácticos para aplicar la ejecución forzosa de los propios actos frente a otra Administración. No obstante estos problemas, destaca cómo la más reciente jurisprudencia y normativa permiten el embargo de bienes locales patrimoniales, lo que, se apunta, facilitará el ejercicio de la autotutela sobre otra Administración. En todo caso, se concluye, por el hecho de que una Administración pueda imponer por sus medios sus propios actos frente a otra Administración no puede impedirle que también pueda acudir a los Tribunales para tratar de obtener el mismo resultado. En este sentido, se diferencia la situación de la Administración cuando trata de imponer sus actos a los particulares, supuesto en que no podría acudir a los Tribunales, del caso en que una Administración trata de imponer su voluntad en el seno de una relación interadministrativa.

El examen del caso concreto enjuiciado nos lleva a una última reflexión personal. Al tratarse de un supuesto de impago de cantidades adeudadas, el ejercicio de la potestad de autotutela, sin duda posible, conllevará la oposición del ejecutado, lo que acabará por residenciar el problema en la vía jurisdiccional. Por ello, nos parece que la vía más eficaz a la que puede acudir el ente acreedor, si se trata de obligaciones concretas derivadas de acto, contrato o convenio, será la de acudir directamente a la vía judicial del artículo 29 de la Ley jurisdiccional vigente, y pretender la condena al pago de lo adeudado (J.T.).

## VIII. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

### A) *Responsabilidad y actividad discrecional*

Las sentencias de 18 de febrero y 19 de julio de 2002 (Ar. 3562 y 6609, respectivamente) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se han ocupado del surgimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración con ocasión del ejercicio de potestades discrecionales.

Los hechos enjuiciados por la primera de ambas sentencias son los siguientes. El Ayuntamiento de Bilbao adjudicó por concurso al recurrente (Samos, S.A.) un contrato de mantenimiento, conservación y reparación del pavimento de las aceras, plazas y espacios peatonales, así como de los elementos estructurales y ornamentales de las vías públicas del municipio. Otro licitador (Fhimasa, S.A.) interpuso recurso de reposición contra dicha

adjudicación, solicitando que se le adjudicara a él el referido contrato. El Ayuntamiento de Bilbao, al resolver dicho recurso, declaró desierto el concurso previamente celebrado. Dos fueron los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento: la existencia de informes contradictorios de los órganos técnicos sobre la conveniencia de adjudicar el contrato a Samos; y el deseo de la mayoría municipal de que se redactaran nuevos pliegos de condiciones que permitieran que la contratación satisficiera mejor el interés público. Samos interpuso recurso de reposición y, tras ser desestimado, recurso contencioso-administrativo, igualmente desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Importa señalar que entre la inicial adjudicación del contrato y el momento posterior en que se hizo efectiva la resolución del recurso interpuesto por Fhimasa transcurrieron dos años, durante los cuales Samos ejecutó (y cobró) las prestaciones derivadas de dicho contrato.

En su recurso de casación, Samos solicita que se declare la contrariedad a Derecho del Acuerdo impugnado y reclama una indemnización de 93.086.924 pesetas en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos, así como el abono de los intereses devengados por dicha suma.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso interpuesto. Declara la contrariedad a Derecho del Acuerdo impugnado y reconoce el derecho del recurrente a obtener una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque otorgando una cantidad inferior a la solicitada. El Tribunal Supremo, remitiendo a sentencias anteriores, comienza distinguiendo, por un lado, la facultad de la Administración de elegir entre adjudicar el contrato o declarar desierto el concurso y, por otro lado, la facultad de su adjudicación —una vez descartado declararlo desierto— a la «proposición más ventajosa»; para el Tribunal, mientras la primera disyuntiva constituye una potestad discrecional, la segunda no: cuando ya ha descartado declararlo desierto, su adjudicación a alguno de los licitadores no es discrecional, sino reglada, es un acto debido, ya que debe hacerlo a la «proposición más ventajosa», noción ésta que constituye un concepto jurídico indeterminado. Al entrar a valorar el Acuerdo impugnado, el Tribunal Supremo considera que la decisión discrecional del Ayuntamiento de Bilbao de declarar desierto el concurso al resolver el recurso de reposición es arbitraria y, por tanto, contraria a Derecho. El Tribunal viene a decir que la Administración no puede declarar desierto un concurso al resolver un recurso contra la adjudicación ya producida porque entienda que los pliegos de condiciones que sirvieron de base a dicha adjudicación no sean adecuados, sobre todo cuando ello carezca de apoyo técnico alguno (ninguno de los informes obrantes en el expediente cuestionó dichos pliegos). El Tribunal considera que la elaboración de este acto contrario a Derecho constituye funcionamiento anormal de la Administración a efectos de responsabilidad patrimonial y que Samos (cuya adjudicación venía respaldada por los diversos informes técnicos existentes) tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios derivados de la imposibilidad de cumplir íntegramente el contrato inicialmente

adjudicado. Concede —sin desglosar ni justificar— los más de 57 millones de pesetas reclamados por Samos en concepto de lucro cesante, y otorga más de 10 millones de pesetas (frente a los más de 31 solicitados por el recurrente) en concepto de daño emergente (éste sí desglosado y justificado: más de 7 millones por tener que rescindir de forma anticipada el contrato de arrendamiento de maquinaria, y más de 3 por las indemnizaciones satisfechas a los trabajadores que el recurrente tuvo que despedir antes de lo previsto). El Ayuntamiento de Bilbao es así condenado a pagar una indemnización de 68.056.822 pesetas (más los intereses legales) en concepto de responsabilidad patrimonial.

Los hechos que dieron lugar a la segunda sentencia aquí comentada, debidamente esquematizados, son los siguientes. Una empresa constructora compró unos terrenos en el Monte Naranco confiando en poder celebrar después un convenio urbanístico con el Ayuntamiento de Oviedo; el convenio propuesto por la empresa consistía en una permuta: la empresa cedería al Ayuntamiento los terrenos adquiridos en el Monte Naranco a cambio del reconocimiento de determinados derechos urbanísticos en otra finca de su propiedad. El Ayuntamiento de Oviedo se negó a celebrar el referido convenio con la empresa constructora. Ante dicha negativa, ésta reclamó indemnización por importe de —poco más de— 68 millones de pesetas en concepto de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, por la diferencia de valor entre la finca adquirida en el Monte Naranco y los derechos urbanísticos que, a su juicio, deberían haberle correspondido. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó la reclamación por entender que el Ayuntamiento no se había comprometido a suscribir dicho convenio, actuando en todo momento dentro del margen de discrecionalidad que el ordenamiento le reconoce en materia urbanística; el Tribunal Superior de Justicia apoyó expresamente su resolución en la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996, que excluye la responsabilidad patrimonial cuando la Administración ejercite sus potestades discrecionales de forma razonable y razonada.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa constructora, negando la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Oviedo por entender que éste nunca se había comprometido a suscribir el convenio urbanístico solicitado por aquélla. Según el Tribunal, al faltar dicho compromiso, la posibilidad de la adquisición de los terrenos por parte del Ayuntamiento «constituía una simple expectativa de resultados inseguros y desprovistos de toda certidumbre por lo que, en definitiva, no surge el derecho a la indemnización al no darse la relación de causa-efecto entre el actuar administrativo y la lesión patrimonial que se dice causada» (Fundamento Jurídico 5.º). El Tribunal Supremo —como había hecho ya el Tribunal Superior de Justicia— impone las costas al recurrente (Oriol MIR PUIGPELAT).

B) *Responsabilidad derivada de la inactividad administrativa*

La STS de 15 de junio de 2002 (Ar. 8613) declara que el Ayuntamiento es responsable de los daños originados por el derrumbe de un edificio al edificio vecino, al no haber ejercitado plenamente sus competencias urbanísticas. El Ayuntamiento requirió a la propiedad para efectuar las obras de conservación adecuadas, pero ante el incumplimiento de la propiedad, el Ayuntamiento debía haber incoado expediente sancionador y haber impuesto nuevo requerimiento que, ante un nuevo incumplimiento, obligaba al municipio a haber llevado a cabo las obras a través del procedimiento de ejecución subsidiaria, sin perjuicio de repetir al obligado, todo ello en aplicación de la legislación urbanística y de procedimiento administrativo. Al no haberlo hecho así el Ayuntamiento, que dejó transcurrir más de un año desde el requerimiento efectuado sin adoptar ninguna resolución, a pesar de las reclamaciones de los propietarios vecinos, progresivamente afectados por el derrumbe que se iba produciendo, el TS entiende que existe un funcionamiento anormal de la Administración que la obliga a indemnizar a los vecinos por los gastos efectuados para evitar los daños en su propio edificio (T.F.).

IX. SERVICIO PÚBLICO Y FUNCIONES DE AUTORIDAD.  
EL SERVICIO DE RECAUDACIÓN

En relación con un tema controvertido como es el de la organización de los servicios de recaudación de las entidades locales con participación de formas privadas o de particulares, y entre ellas la posibilidad de establecer la gestión indirecta, mediante concesión, del servicio de recaudación, la STS de 11 de enero de 2002 consolida la doctrina jurisprudencial anterior que destaca el cambio que supuso la aprobación de la Ley de Bases de Régimen Local frente al anterior artículo 731 de la Ley de régimen local de 1955. Ahora el artículo 82.1 LBRL prohíbe expresamente la gestión indirecta —igual que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas— para las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, basándose el TS además en las determinaciones del artículo 94 sobre funciones públicas reservadas para conformar que tal posibilidad está excluida y la LHL de 1988 así lo contempla.

Otra cuestión, distinta pero no distante, sobre la que no entra la STS comentada, es la posibilidad de que dichas funciones de recaudación sean encomendadas a una sociedad privada municipal, que implica una forma de gestión directa pero bajo régimen de Derecho privado (T.F.).

# CRÓNICA ADMINISTRATIVA