

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por
RAFAEL ENTRENA CUESTA
TOMÁS FONT I LLOVET
JOAQUÍN TORNOS MAS

ACTO ADMINISTRATIVO

Silencio positivo y derecho de petición

El artículo 43.2 de la Ley 30/1992, al regular el silencio positivo, establece como uno de los supuestos que excepcionan de forma general la producción de dicho silencio el caso en el que la solicitud del administrado constituya de hecho el ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2003 ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este concreto supuesto para hacer aplicación del mismo y negar, frente a la tesis del recurrente, que su petición hubiera dado lugar a la estimación de la misma por silencio positivo.

El supuesto de hecho fue el siguiente. En aplicación de la legislación de autopistas (Ley 8/1972), una entidad concesionaria solicitó se le aplicara el pago de una nueva comisión más favorable en relación a la firma del seguro de cambios que el Estado venía satisfaciendo a su favor. A la vista de tal petición, el Ministerio de Fomento redactó un Proyecto de Real Decreto en el que se accedía a lo solicitado, Proyecto que fue informado favorablemente pero que no llegó a aprobarse.

El solicitante entendió que, transcurridos los tres meses de su petición sin obtener respuesta, había obtenido por silencio lo que había solicitado. La Administración lo negó, aduciendo que el solicitante había ejercitado el derecho de petición del artículo 29 de la Constitución y que, por tanto, procedía aplicar la excepción prevista en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992.

El Tribunal Supremo comparte la postura de la Administración y niega que se haya creado un acto por silencio positivo. Para el Tribunal, la diferencia entre el ejercicio de un derecho ante la Administración y la formulación de una petición conforme al artículo 29.1 de la Constitución radica en que en el primer caso existe un previo derecho subjetivo, cuyo reconocimiento se insta del órgano competente, mientras que en el segundo caso no se produce tal preexistencia del derecho, sino que se solicita una decisión graciable, que la Administración puede otorgar o no, según estime y

aprecie las razones en que la petición se apoye, pero sin que tenga el deber de conceder lo solicitado conforme al ordenamiento jurídico.

Expuesta la doctrina, se analiza el escrito de la entidad recurrente y se pone de relieve cómo en el mismo no se alude al ejercicio de ningún derecho. Esta circunstancia lleva al Tribunal a concluir que con dicho escrito se ejercitó el derecho de petición, por lo que concurrió la excepción a la producción del silencio positivo.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial nos lleva a llamar la atención sobre la importancia del contenido de la instancia por la que se solicite una determinada actuación jurídica de la Administración, ya que en la misma deberá hacerse constar de forma convincente que se trata del ejercicio de un derecho subjetivo frente a la Administración, y no del ejercicio del derecho de petición en solicitud de una actuación graciable (JT).

FUENTES

A) *Leyes de acompañamiento y principio de seguridad jurídica.* *Una primera aproximación*

La impugnación del RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud (creación de Fundaciones Sanitarias), ha dado lugar a un primer posicionamiento jurisprudencial sobre la constitucionalidad de las llamadas «leyes de acompañamiento». Nos referimos a la STS de 27 de enero de 2003, que por esta razón debe ser destacada.

En la citada Sentencia el Tribunal Supremo debe entrar en el análisis de las leyes de acompañamiento al haber solicitado la entidad recurrente, dentro del recurso contencioso-administrativo, que se plantease una cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 11 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, ya que el Real Decreto impugnado directamente era desarrollo necesario de dicho texto legal.

Entrando en el análisis de la constitucionalidad de la Ley 50/1998, para decidir si procede o no plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo señala en primer lugar que las llamadas leyes de acompañamiento se han cuestionado desde dos perspectivas: *a)* por vulnerar las reglas esenciales de la técnica legislativa, al incluir materias heterogéneas cuya discusión se sustrae al estudio de la Comisión parlamentaria específica, y *b)* por no guardar ni siquiera una relación indirecta con la materia presupuestaria.

Para el Tribunal, el recurso a las leyes de acompañamiento no puede negarse de forma general, pero sí deben evitarse contenidos abusivos que puedan lesionar el principio de seguridad jurídica. Planteada así la cuestión, el problema se centra en determinar si la Ley que se discute ha incurrido o no en una vulneración del principio de seguridad jurídica. A partir de este planteamiento, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

a) Si bien una correcta técnica legislativa es importante para la certeza del derecho, sólo los casos de notoria gravedad o clamorosos pueden llevar a concluir que la defectuosa técnica legislativa vulnera el principio de seguridad jurídica (en este punto se cita doctrina del Tribunal Constitucional).

b) La vulneración del principio de seguridad jurídica puede producirse con la introducción de «normas intrusas» en cuerpos legales cuyo contenido es ajeno al regulado por ellas. Concretando esta idea, se señala que la inconstitucionalidad podría derivar de la «abrupta introducción de una materia en las leyes de acompañamiento que pueda significar una modificación sustancial de las normas que serían susceptibles de ser clasificadas en el concepto atípico de “derecho codificado”, dentro del cual podrían incluirse, en una primera aproximación, las leyes orgánicas, principales o básicas y que constituyen cabeza de grupo de los distintos sectores del ordenamiento».

Planteada la hipótesis, se entra en el estudio de la Ley discutida y se concluye que la misma no vulnera el principio de seguridad jurídica, pues no contiene modificación de una ley principal o de cabeza de grupo. En definitiva, la decisión de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad impedirá que, por el momento, el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre tan importante cuestión.

La doctrina que elabora el Tribunal Supremo es discutible. Por un lado, por la referencia a una categoría dogmática tan imprecisa como la del «derecho codificado», donde además se integran normas cuya modificación por la ley de acompañamiento plantea problemas de diversa índole. Así, el caso de las leyes orgánicas o las leyes básicas. Por otro lado, por afirmar sin excesiva fundamentación que la modificación de la LOFAGE por la Ley que se cuestiona no supone vulneración de una ley de cabecera, lo que creemos cuestionable, pues la LOFAGE cumple esta función de norma de cabecera al establecer la tipología de entes públicos.

Pero, en todo caso, la Sentencia debe valorarse positivamente, en la medida en que ha abierto una pequeña puerta para poder llegar a cuestionar la constitucionalidad de las leyes de acompañamiento ante el Tribunal Constitucional a través del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Habrá que demostrar que las modificaciones que introduce la ley de acompañamiento afectan de modo sustancial al «derecho codificado» y que no guardan relación directa con la materia presupuestaria (JT).

B) *Estatuto General de la Abogacía. Naturaleza y procedimiento de elaboración*

Cada vez más se pone de manifiesto la diversificación y complejidad de las categorías de fuentes normativas, singularmente en el campo del Derecho administrativo, frente al clásico, y hoy simplista, binomio ley-reglamento. La naturaleza de las normas corporativas y los estatutos generales de las profesiones es un buen ejemplo de ello.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003 (Ar. 2643) resuelve el recurso interpuesto por varios abogados contra el RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. Alegaban los recurrentes, entre otras cuestiones, que tratándose de una disposición de carácter general aprobada por el Gobierno, era de aplicación el procedimiento de elaboración previsto en la Ley del Gobierno, además del fijado en la Ley de Colegios Profesionales, por lo que se debía haber dado audiencia a todos los colegios de abogados, así como a los colegios profesionales de otras profesiones afectadas, además del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Tribunal Supremo entiende que no se trata de una disposición general fundada directamente en la potestad reglamentaria del Gobierno, sino en la potestad normativa corporativa que la Ley de Colegios Profesionales atribuye a los Consejos Generales de Colegios, correspondiendo al Gobierno únicamente su aprobación. De modo que no son exigibles los requisitos de audiencia establecidos por la Ley del Gobierno. Pero la Ley de Colegios Profesionales también exige que en la elaboración de los estatutos generales de las profesiones se dé audiencia a todos los colegios. No obstante, la Sentencia entiende que dicho trámite se cumple por el hecho de que el Consejo General que elabora el Estatuto está compuesto por todos los decanos de los distintos colegios de abogados.

La solución ofrecida por la Sentencia es tan discutible que el propio ponente, Sr. Peces Morate, declinó la redacción de la misma y fue designado nuevo ponente el Sr. Trillo Torres, formulando aquél un interesante voto particular. En el mismo se insiste en una anterior doctrina de la Sala que atribuye a los Estatutos una naturaleza híbrida, a la vez norma estatal y norma corporativa, lo que la doctrina ha calificado como binomio normativo, fruto de la concurrencia de dos potestades, y que la aprobación por el Gobierno no es sólo un elemento formal.

A partir de esta consideración, el voto particular entiende que eran de aplicación tanto los trámites exigidos por la Ley del Gobierno como por la Ley de Colegios Profesionales. En su virtud, por un lado, debía haberse dado audiencia a todos los colegios de abogados, no siendo admisible el subterfugio de que la misma es sustituible por la intervención de todos los decanos en el Consejo General que elaboró el proyecto, puesto que precisamente la Ley exige que se dé audiencia a alguien distinto a quien decide, debiéndose dar una alteridad entre los sujetos que intervienen. La regla constitucional del funcionamiento democrático de los colegios apoyaría la imposibilidad de sustituir la formación de la voluntad colegial por la función, simplemente representativa, de los decanos.

Por otro lado, debían haber informado preceptivamente los consejos generales de las otras profesiones interesadas, como exige la Ley de Colegios Profesionales respecto de los proyectos de disposiciones que se refieran al régimen de incompatibilidades con otras profesiones, puesto que el Estatuto las establece.

La reserva de ley que la Constitución establece para la regulación de los colegios y de las profesiones se entiende cumplida con la Ley de Cole-

gios si luego, al aprobar los distintos estatutos de las profesiones a los que se remite, se cumple escrupulosamente con la participación preceptiva de todos los colegios de la propia profesión y de los consejos de las profesiones afectadas por las incompatibilidades. De lo que concluye la nulidad del Estatuto General de la Abogacía, agravada por la falta de intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia, que ya había sido auspiciada por la Secretaría General técnica del Ministerio de Justicia, así como de las organizaciones de consumidores y usuarios

La singularidad de esta categoría normativa llevaría, pues, a una mayor complejidad procedimental, puesto que se debe atender una pluralidad de intereses más articulada e intrincada. Aunque no se hace hincapié en ello, la potestad normativa corporativa no sería totalmente equiparable, por ejemplo, a la potestad normativa autónoma, como puede ser la que da pie a los Estatutos de las Universidades, cuya aprobación por el ejecutivo reviste otro significado.

En definitiva, la Sentencia no atiende suficientemente a la diversificación de los productos normativos inferiores a la Ley, como hace el voto particular, que en cambio proyecta la singularidad de los estatutos generales de las profesiones en el procedimiento participativo de su elaboración (TF).

PATRIMONIO HISTÓRICO-ARTÍSTICO

Ampliación del Museo del Prado y protección de la iglesia de San Jerónimo el Real

El Proyecto «Actuaciones en el claustro y parte del Atrio adyacentes a la Iglesia de San Jerónimo el Real de Madrid» (la ampliación del Museo del Prado) ha dado lugar a un largo conflicto judicial, cerrado con una discutible Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 18 de diciembre de 2002. El conflicto enfrentó a la Asociación de Vecinos del Barrio de los Jerónimos con el Consejo de Ministros y el Ayuntamiento de Madrid.

El objeto del recurso es el Acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó la ejecución de las obras del Proyecto. Solicitada de forma reiterada la suspensión de dichas obras, la medida cautelar suspensiva fue denegada por los Autos del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2000, de 12 de diciembre de 2000, Ar. 10279, concedida pero sujeta a condición de constituir garantía en el Auto de 4 de julio de 2002, Ar. 193852. Especial interés posee el tercero de dichos Autos, ya que en el mismo el Tribunal reconoce que ya se ha iniciado la fase ejecutiva del Proyecto (el no inicio de esta fase llevó a denegar las medidas cautelares solicitadas con anterioridad) y procede a ponderar los intereses enfrentados. El Tribunal estima prevalente el interés en proteger la conservación íntegra de un bien cultural y su entorno frente al interés por la ampliación del Museo del Prado. Además, añade, al estar próximo el señalamiento del recurso principal, la suspensión no perjudica gravemente el proyecto en el caso de que finalmente el mismo se

declarara ajustado a Derecho. Consecuentemente, decide acceder a la suspensión de las obras solicitada. Sin embargo, la concesión de la medida cautelar se acompaña de la exigencia de una contracautela pecuniaria de un millón doscientos cincuenta mil euros, cuantía de muy difícil realización para la entidad recurrente.

Volviendo a la cuestión principal, el objeto del recurso fue el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de octubre de 1998 que resolvió autorizar la ejecución de obras previstas en sendos proyectos al amparo de lo dispuesto en el artículo 244.2 del TR de la Ley del Suelo 1/1992 (precepto no declarado inconstitucional), dada la discrepancia de dichos Proyectos con el planeamiento urbanístico vigente.

La impugnación dio lugar a dos cuestiones de interés. Por un lado, se discute la aplicación al caso concreto del artículo 244.2 del TR de la Ley del Suelo, lo que lleva a plantear a su vez dos temas diversos. En primer lugar, si el Proyecto de ampliación del Museo del Prado contiene la precisión suficiente para poder ser considerado proyecto básico. Sobre este punto, el Tribunal estima que los estudios y proyectos previos permiten dar una respuesta afirmativa, por lo que entiende que existe un proyecto básico a ejecutar. No obstante, un sólido voto particular niega la existencia del Proyecto técnico imprescindible para que se pueda aplicar el artículo 244.2 del TR de la Ley del Suelo. En segundo lugar, se examina si se dan los presupuestos finalistas para poder hacer uso del precepto que acabamos de citar, esto es, la existencia de urgencia o interés público. Para el Tribunal, no hay duda de que concurre la causa de excepcional interés público en las obras a realizar.

La segunda cuestión a destacar, para el Tribunal Supremo «el verdadero núcleo de la cuestión planteada», es la conjugación entre el interés en la ampliación del Museo del Prado y la legislación de Protección del Patrimonio Histórico-Artístico que protege la iglesia de San Jerónimo el Real de Madrid.

Este conflicto obliga de nuevo (se puede recordar en este punto la STS de 6 de octubre de 2000 y la reconstrucción del Teatro de Sagunto) a interpretar el artículo 39 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Artístico, y los conceptos de rehabilitación o restauración, frente al de reconstrucción. Para el Tribunal Supremo, el Proyecto se limita a restaurar el Claustro de la iglesia a través de su conservación y mejora, sin desplazarlo de su entorno natural, lo que le lleva a concluir que no hay infracción de los artículos 18, 19 y 39 de la Ley 16/1985 (JT).

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A) *Responsabilidad concurrente entre la Administración local y la autonómica*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 (Ar. 2936) contempla un caso de responsabilidad concurrente entre dos Administraciones públicas a los efectos del artículo 140.2 de la Ley 30/1992.

Se trata de dos recursos acumulados contra la resolución autonómica de la Administración Foral de Navarra por la que se deniega autorización en materia de carreteras para la instalación de una estación de servicio, y contra el acuerdo municipal de denegar la licencia urbanística, fundándose este acuerdo en la previa denegación autonómica.

El Ayuntamiento discute el hecho de que la Sala de Pamplona le haya condenado solidariamente al pago de las indemnizaciones que establece, propugnando que se condene sólo a la Comunidad Foral de Navarra, a quien correspondía en exclusiva la decisión sobre la autorización solicitada, al no discurrir la variante sobre suelo urbano.

Pero, según el Tribunal Supremo, este motivo casacional no puede prosperar. Según el TS, el Ayuntamiento de Tudela concurrió con su decisión de denegar la licencia municipal de obras a la producción de los daños, pues, tal como dice la Sala de instancia, el Ayuntamiento tiene el deber inexcusable de conocer sus propias competencias y de ejercerlas sin que pueda hacer dejación de ellas. Al Ayuntamiento se le pidió una licencia de obras, no una autorización de carreteras, y debió resolver la solicitud con arreglo al ordenamiento urbanístico, que la permitía. Y si el suelo era urbano, entonces también tenía competencia para otorgar la autorización de carreteras (art. 3 de la Ley Foral 11/1986). Así que la denegación de la licencia de obras basada en la previa decisión del Servicio Autonómico de Carreteras fue una decisión precipitada y disconforme a Derecho, que originó los daños de cuya reparación se trata, juntamente con la actuación de la Comunidad Foral de Navarra.

Los particulares quedan, pues, cubiertos en cuanto a los daños sufridos. Pero más discutible es la solución de la concurrencia de responsabilidades declarada, puesto que una eventual concesión de la licencia municipal de obras en nada hubiera disminuido el daño, habida cuenta del carácter imprescindible y previo de la autorización autonómica. ¿Debió haber concedido la licencia de obras el Ayuntamiento a pesar de que la Administración Foral había denegado la autorización de carreteras? El Tribunal Supremo entiende que sí. Pero, de haberlo hecho, ¿en qué hubiera variado la producción del daño? (TF).

B) *Responsabilidad administrativa y ayudas sociales*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2003 reitera una línea jurisprudencial anterior por la que se establece una clara diferencia entre las ayudas estatales basadas en el principio de solidaridad y la indemnización derivada del ejercicio de una acción por responsabilidad administrativa.

El supuesto de hecho que motiva la Sentencia citada es la reclamación de una indemnización por daños morales ejercitada por los padres de un guardia civil muerto en acto de servicio. La demanda se basa en el Reglamento de Policía Gubernativa, que reconoce el derecho a ser indemnizado por los gastos sanitarios derivados de las lesiones sufridas en ejercicio del

servicio. Al estar ante un caso de fallecimiento, y no de lesiones, se añadía que la aplicación del Reglamento citado debía incorporar analógicamente la legislación antiterrorista, es decir, la Ley orgánica 9/1984 y reglamentos de desarrollo. En base a ambas normas se justificaba la petición de indemnización

La línea jurisprudencial que ahora recordamos, con el comentario de la Sentencia de 26 de marzo de 2003, insiste en la necesaria distinción entre las ayudas públicas a las víctimas del terrorismo y las indemnizaciones basadas en existencia de responsabilidad administrativa. Tal distinción se sustenta en la diferente causa que justifica la reparación. En el caso de la indemnización de daños por acto ilícito o culposo, o incluso por la actividad sin culpa o negligencia, la causa está en el principio general según el cual cada uno debe responder de sus propios actos. Por el contrario, la causa de la ayuda asistencial está en el principio de solidaridad. Por ello, el derecho a este segundo tipo de ayuda sólo surge cuando lo establece la ley, y de acuerdo con los criterios de preferencia o moderación que la misma establezca.

Consecuentemente con su doctrina, el Tribunal Supremo niega en el caso enjuiciado el derecho a la ayuda solicitada, al no estar amparada la misma en norma alguna, y sin que, por otra parte, las diferencias existentes con supuestos similares (por ejemplo, recibir ayuda para la asistencia sanitaria en caso de lesiones sufridas en ejercicio del servicio) supongan vulneración del principio de igualdad (JT).

CRÓNICA ADMINISTRATIVA