

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. A. SANTAMARÍA PASTOR

Caducidad del procedimiento
(art. 44.2 LRJAP)

**M. REBOLLO PUIG
y M. IZQUIERDO CARRASCO**

Las competencias estadísticas del Estado
y de las Comunidades Autónomas

M.^a J. ALONSO MAS

El discutible régimen jurídico
de los concejales no adscritos

M. CARLÓN RUIZ

Casación y cuestión de ilegalidad:
una propuesta *de lege ferenda*

168

Madrid
Septiembre/Diciembre
2005

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 168,
Madrid, septiembre-diciembre (2005)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ALFREDO GALÁN GALÁN
TOMÁS FONT I LLOVET
JOAQUÍN TORNOS MAS
ORIOI MIR PUIGPELAT

I. DE NUEVO SOBRE LOS ACTOS POLÍTICOS. ACTOS DEL GOBIERNO Y ACTOS DE GOBIERNO. EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS POR EL QUE SE DENIEGA UNA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN ACTIVA

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005 vuelve a incidir de nuevo sobre la cuestión relativa a la determinación de la naturaleza y control de los llamados actos políticos o de gobierno. Veamos previamente los hechos que dan origen a este nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo:

a) El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional propuso la extradición de 26 personas detenidas en Argentina, como consecuencia de la existencia de un auto de procesamiento contra dichas personas por unos hechos que integraban presuntamente los delitos de genocidio, terrorismo y torturas. Posteriormente, el mismo Juzgado amplió la propuesta de extradición por los mismos motivos en relación con otras 14 personas.

b) El Consejo de Ministros, mediante Acuerdo de 29 de agosto de 2003, declaró la no tramitación de la solicitud de extradición activa propuesta por el Juzgado Central de Instrucción. Dicha resolución fue impugnada por el partido político Iniciativa por Cataluña y la coalición Izquierda Unida, dando lugar a la sentencia que comentamos.

c) El Acuerdo del Consejo de Ministros, que no accede a la tramitación de la extradición solicitada, invoca el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina (Buenos Aires, 3 de marzo de 1987), y en concreto su artículo 11, según el cual puede denegarse la extradición cuando «fueren competentes los tribunales de la parte requerida, conforme a su propia ley, para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición».

Expuestos los hechos, no es relevante en este comentario entrar a enjuiciar los argumentos de la parte demandante a favor de la concesión de la extradición. Lo que nos importa destacar es el argumento de la demandada oponiéndose a la admisión del recurso, en base a la afirmación de que el Acuerdo impugnado es un acto de gobierno que es expresión de

la política exterior del Estado, función que le corresponde en exclusiva de acuerdo con los artículos 97 CE y 5.k) de la Ley de Gobierno, 50/1997. Argumento que desarrolla con una serie de consideraciones concurrentes de indiscutible interés (FJ 2.º). Esta cuestión previa relativa a la solicitud de inadmisión es la primera que aborda el Tribunal.

El Tribunal Supremo vuelve así de nuevo sobre el controvertido tema de la existencia y control de los llamados actos políticos, en particular su posible o no impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ya que el Abogado del Estado afirma que el acto impugnado no está incluido en el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, ya que no se trata de una actuación de una Administración pública sujeta al Derecho administrativo, sino de un acto del Gobierno en ejercicio de su competencia en materia de política exterior.

El Tribunal rechaza los argumentos del Abogado del Estado y concluye que el recurso debe ser admitido. En su razonamiento, la sentencia niega en primer lugar que el acto impugnado forme parte de la función en materia de política exterior reservada al Gobierno en el artículo 97 CE. Para el Tribunal, esta función es la «dirección de la política exterior», lo que comporta que se trate de actuaciones cuyo contenido implique la dirección de las relaciones internacionales entre España y el resto de Estados soberanos, u otros cometidos de similar relevancia, lo que no se da en el caso enjuiciado. A continuación se añade que incluso estos actos reservados al Gobierno, «que expresan su actividad de Gobierno propiamente dicha», también estarían en determinados aspectos sujetos al control jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley del Gobierno y el artículo 2.a) de la Ley jurisdiccional.

Pero, sin duda, lo más relevante de la sentencia que comentamos se contiene en el razonamiento siguiente, que permite al Tribunal afirmar que el acto impugnado «está sujeto a ese enjuiciamiento jurisdiccional con plenitud de control dada la naturaleza del mismo». Para llegar a esta conclusión, el Tribunal diferencia entre los actos «de Gobierno» y los actos «del Gobierno».

Los actos «de Gobierno» son los dictados por el Gobierno en ejercicio de su función propia de gobierno. Se trata de aquellos actos que, por su contenido subjetivo y material, la Ley del Gobierno atribuye en su artículo 2 al Presidente del Gobierno y en su artículo 5 al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno.

Los actos «del Gobierno» son los dictados por el Gobierno pero que materialmente poseen naturaleza administrativa. Desde esta perspectiva material, el acto impugnado no es un acto de gobierno, ya que se trata de un acto materialmente administrativo que el legislador ha decidido atribuir al Gobierno.

En base a esta línea argumental, el Tribunal concluye del modo siguiente: «en definitiva se trata de un acto que adopta el Consejo de Ministros como órgano colegiado del gobierno, y que llega a su conocimiento y deliberación en virtud del principio de especialidad departamental e iniciativa del Ministerio de Justicia competente para someterlo a su decisión, y

que emana de una Administración pública y está sujeto al derecho administrativo y, por ende, al control de la legalidad de la actuación administrativa que establece el artículo 106 de la Constitución y que se encomienda a los Tribunales del orden contencioso-administrativo y en este supuesto al Tribunal Supremo».

Por tanto, pese a ser un acto del Gobierno, el control jurisdiccional es pleno y sin exclusiones.

Siguiendo la línea abierta en la sentencia de 17 de junio de 2003, el Tribunal Supremo acota el concepto de «acto de Gobierno» a efectos de su control judicial, haciendo prevalecer el elemento material sobre el subjetivo. Así, dentro de la categoría general de los actos del Gobierno, esto es, los actos aprobados por el Gobierno, se diferencian dos categorías: los actos materialmente de gobierno y los actos administrativos. Los límites al control judicial, que no exclusión total, sólo son predicables de los primeros.

La sentencia cuenta con un voto particular (de los magistrados Puente Prieto y González Navarro) en el que se sostiene que el acto impugnado debió calificarse materialmente como acto de gobierno («acto sustancialmente político», se dice), por lo que sólo debió ser enjuiciado en los términos del artículo 2.a) de la Ley jurisdiccional.

Una vez admitido el recurso, la sentencia contiene otras consideraciones de interés sobre la cuestión de fondo, esto es, sobre la validez del Acuerdo del Consejo de Ministros en relación a la petición de extradición activa y la interpretación de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplicables al caso. Al respecto, nos limitamos a apuntar que el Tribunal diferencia el régimen de la extradición activa y pasiva, para concluir que en el primer caso la decisión de solicitar la extradición corresponde de modo exclusivo y excluyente al Tribunal que conoce la causa, mientras que la función de los órganos de la Administración del Estado no va más allá de trasladar a los órganos de la Administración del Estado requerida esa decisión que a ellos compete. Razonamiento que le lleva a admitir el recurso (y que también es combatido en el voto particular) (JT).

II. LA NORMA DE CALIDAD DEL YOGUR (RD 179/2003).

DOS SENTENCIAS DE INTERÉS EN MATERIA DE POTESTAD REGLAMENTARIA.

LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS Y REGLAMENTOS DE CALIDAD Y EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS

El RD 179/2003, de 14 de febrero, aprobó la norma de calidad para el yogur. Según su breve Exposición de Motivos, esta norma se justifica por «la dispersión de las normas reguladoras de la materia y la conveniencia de adaptar el rango de las disposiciones actualmente existentes a los principios establecidos para la normativa básica por el Tribunal Constitucional». La aprobación de esta norma ha dado lugar a dos sentencias del Tribunal Supremo que, por su interés, pasamos a comentar brevemente.

En la primera de ellas, de fecha 22 de junio de 2005, Ar. 1742, el recurso fue interpuesto por la representación procesal de la Asociación Español-

la de Normalización y Certificación (AENOR). La entidad recurrente sostiene que la norma aprobada era materialmente una norma técnica de las incluidas en el artículo 8.3 de la Ley de Industria, razón por la cual se trata de una norma de observancia voluntaria que no podía aprobar el Gobierno como si se tratara de un reglamento de aplicación general.

Este motivo de impugnación lleva al Tribunal Supremo a analizar la naturaleza y alcance de las normas técnicas (elaboradas por organismos de naturaleza privada y no vinculantes) y de los reglamentos técnicos (elaborados por la Administración y de obligado cumplimiento), retomando para ello su doctrina anterior (de forma particular, las sentencias de 18 de marzo de 2004, Ar. 3918, y 9 de marzo de 2005, Ar. 2381).

Expuesta la diferencia entre los dos tipos de normas, el Tribunal Supremo afirma que no existe un ámbito materialmente reservado a las normas técnicas que excluya una posible regulación obligatoria mediante reglamentación técnica. El Gobierno siempre podrá dictar un reglamento técnico, lo que lleva a rechazar el argumento de la recurrente, según el cual el Gobierno habría invadido el ámbito material reservado a las normas técnicas.

Tras esta afirmación se añade que con el fin de conocer si la norma impugnada es o no reglamento técnico deberá atenderse al contenido sustantivo de la norma, procedimiento de elaboración y carácter o no vinculante de la misma (esto es, si hay previstas sanciones en caso de incumplimiento de sus previsiones). Estos criterios serán los que determinarán ante qué tipo de norma nos encontramos y qué régimen jurídico se le debe aplicar.

En base a estos criterios, el Tribunal Supremo no duda en afirmar que el RD 179/2003 responde al ejercicio de la potestad reglamentaria reconocida al Gobierno en el artículo 97 de la Constitución en materia de competencia estatal, y con el carácter de norma básica.

La segunda de las sentencias a que antes hicimos referencia es de 10 de octubre de 2005 y tuvo su origen en el recurso interpuesto por la Sociedad Española de Nutrición Comunitaria.

En esta ocasión la recurrente no pone en cuestión la naturaleza de la norma, ya que acepta sin discusión que se trata de una norma reglamentaria dictada por el Gobierno en ejercicio de sus competencias. Lo que se cuestiona es el ejercicio que el Gobierno ha hecho de su potestad reglamentaria.

Los argumentos de la recurrente inciden en los aspectos formales y sustantivos del RD 179/2003. Por lo que se refiere a los argumentos formales, se alega la falta del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado y la falta de audiencia de los sectores afectados a través de las organizaciones y asociaciones representativas. Si bien en ambos casos se trata del tipo de alegaciones formales normalmente aducidas para conseguir la nulidad de un reglamento, la nota singular de este recurso es que el reglamento impugnado es un Real Decreto que eleva de rango una Orden Ministerial anterior de contenido prácticamente idéntico. Por ello, lo que se cuestiona es si en este caso debió procederse a un nuevo Dictamen del Consejo de Estado y a un nuevo proceso de audiencia a los sujetos legitimados.

Por esta razón, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina general so-

bre el cumplimiento de estos requisitos formales y concluye que no es preciso ni un nuevo Dictamen ni un nuevo trámite de audiencia.

Por lo que se refiere al Dictamen del Consejo de Estado, el Tribunal expone su doctrina relativa a los supuestos en que es preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado dentro del procedimiento de elaboración de reglamentos estatales. Recuerda que debe tratarse de un reglamento ejecutivo (que desarrolla los preceptos de una Ley previa), que innove el ordenamiento (que no sea meramente interpretativo) y que no sea independiente o *extra legem*. A ello añade, siguiendo también su propia doctrina, que no es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el texto o se introducen modificaciones no sustanciales.

Teniendo en cuenta esta doctrina general, concluye que en el caso enjuiciado el Real Decreto debió contar con un Dictamen del Consejo de Estado, pero dado que la Orden que se eleva de rango ya fue dictaminada por el Consejo de Estado, y que las modificaciones introducidas no son relevantes, no era preciso emitir un nuevo Dictamen.

Por lo que hace a la falta de audiencia, el Tribunal recoge también su doctrina en la materia (sentencias de 11 de mayo, 21 y 22 de junio de 2004), según la cual si bien la audiencia es una carga que obliga a la Administración a llamar a las organizaciones y asociaciones que deben ser convocadas, esta carga está limitada a las asociaciones que no sean de carácter voluntario.

Expuesta la doctrina general, de nuevo en este supuesto se aprecia que las asociaciones de consulta obligada ya fueron llamadas en el procedimiento de elaboración de la Orden que se eleva de rango por el Real Decreto impugnado, razón por la cual se niega que deba procederse obligatoriamente a un nuevo trámite de audiencia.

Un tercer argumento formal es el relativo a la falta de competencia. Para la entidad recurrente, los reglamentos de calidad debían ser aprobados por Orden Ministerial, y no por Real Decreto. El Tribunal rechaza este argumento afirmando que no existe una reserva de esta materia a la competencia de los ministros, lo que se confirma con la cita de varios ejemplos de reglamentos de calidad aprobados por Real Decreto. A ello añade un argumento de interés. Dado que se califica esta norma como norma básica, dictada al amparo del artículo 149.1.13 y 16 CE, las exigencias formales establecidas para este tipo de normas por el Tribunal Constitucional obligan a que sean aprobadas por Ley o por Real Decreto.

Por último se analiza la alegación relativa a la cuestión de fondo, consistente en que bajo la denominación de yogur se da cabida a un producto que no tiene las características propias del mismo, lo que podría, entre otras cosas, afectar a los derechos de los consumidores a una información cierta y veraz.

El Tribunal Supremo lleva a cabo un extenso análisis de la normativa interna y comunitaria aplicable en la materia, así como de los criterios técnicos aplicables, para concluir que la opción contenida en la norma impugnada es objetiva, razonable y no arbitraria, sin que además con tal denominación se cause perjuicio alguno a los consumidores (JT).

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

A) *Irresponsabilidad patrimonial de la Administración municipal por la anulación de licencias cuya ilegalidad debía conocer el interesado*

La STS de 20 de enero de 2005 aborda la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el otorgamiento de licencias urbanísticas posteriormente anuladas. Y lo hace apartándose de la jurisprudencia precedente de la Sala.

Como es sabido, el artículo 44.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, positiva en este ámbito la circunstancia exoneratoria de la culpa de la víctima cuando, en los mismos términos que el anterior artículo 232 del Texto Refundido de 1976 (aplicable al supuesto de hecho de la STS), dispone que «[e]n ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado». Hasta la fecha, el TS, en sentencias como la de 30 de enero de 1987, siempre citada, había venido haciendo una interpretación restrictiva de dicho inciso, considerando que el mero *conocimiento* de la ilegalidad por parte del solicitante de la licencia no era suficiente para excluir la responsabilidad administrativa; para el TS, tal «dolo o culpa grave» debía predicarse de la *conducta* del perjudicado durante el procedimiento de otorgamiento de la licencia, no de sus conocimientos: sólo cuando la conducta dolosa o gravemente imprudente del solicitante (consistente, p. ej., en la presentación de datos falsos) hubiera podido inducir a error en la Administración concedente cabría excluir la responsabilidad de ésta.

Esta línea jurisprudencial fue la esgrimida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 25 de mayo de 2001 objeto del recurso de casación resuelto por la STS aquí examinada, para declarar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Gelida por el otorgamiento en 1990 de una licencia de obras y otra de actividad (para la extracción, trituración y clasificación de áridos) anuladas por esa misma Sala —tras la previa declaración de lesividad por parte de dicho Ayuntamiento— en sendas sentencias de 11 de noviembre de 1994 y 4 de julio de 1995. Sin embargo, el propio TSJ abrió una grieta en dicha doctrina cuando redujo la indemnización solicitada en un 50 por ciento, considerando que el hecho de que el interesado conociera la ilegalidad de las actividades por él solicitadas (para el TSJ no resultaba «creíble» lo contrario, tratándose del titular de un complejo empresarial dedicado a las actividades extractivas) daba lugar a concurrencia de culpa de la víctima.

El TS, en la sentencia aquí considerada, da un paso más y excluye *completamente* la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento como consecuencia de dicho conocimiento de la ilegalidad por parte del perjudicado. El Tribunal, sin embargo, no fundamenta la razón de su cambio de jurisprudencia, limitándose a afirmar que «fue exclusivamente la grave conducta negligente de los instantes de la licencia, al solicitar éstas, sabedores como eran de que no concurrían los presupuestos normativamente exigibles para

su concesión, la que determinó que posteriormente las licencias con el desarrollo cronológico que se ha expuesto hubieran tenido que ser anuladas» (FJ 5.º) —afirmación, por cierto, incorrecta, pues la Administración, a la que el solicitante no ocultó datos ni trató de engañar, podría haberse percatado de la ilegalidad de la actividad proyectada en el momento de conceder la licencia—. De hecho, el TS trata —en vano— de situar a esta sentencia en la misma línea que las anteriores, cuando en su FJ 4.º transcribe algunos párrafos de la citada STS de 30 de enero de 1987; no obstante, dicha transcripción termina, precisamente, en el punto en que en aquella STS se decía que el conocimiento de la ilegalidad por parte del solicitante no era suficiente para exonerar de responsabilidad a la Administración: esta matización tan importante de la sentencia de 1987 no aparece en la STS aquí comentada, siendo reemplazada por unos oportunos puntos suspensivos.

Pese a esta llamativa falta de fundamentación de un giro jurisprudencial tan relevante, lo considero totalmente acertado. El conocimiento de la ilegalidad de la actividad proyectada por parte del solicitante (o su desconocimiento de la misma, fruto de culpa grave) no ha de servir para exonerar de responsabilidad a la Administración concedente frente a terceros (por los daños que la posterior anulación de la licencia pueda irrogarles), pero sí frente a dicho solicitante. La explicación debe buscarse en el *principio de confianza legítima*, principio que en Derecho alemán y comunitario guía la indemnizabilidad y la propia procedencia de la revisión de actos administrativos favorables —como las licencias— contrarios al ordenamiento, y que también merece ser considerado en España en virtud de los artículos 3.1 —tras ser modificado por la Ley 4/1999— y 106 de la Ley 30/1992. En efecto, en los casos en que el solicitante conoce o debería conocer (en atención a su dedicación profesional, etc.) la ilegalidad de la licencia, no cabe sostener que su otorgamiento le genere confianza alguna digna de protección y que justifique su resarcimiento. Así lo establece expresamente el § 48.2.3 de la Ley alemana de procedimiento administrativo de 1976, en cuya virtud quien obtuvo una licencia no podrá invocar el principio de confianza (ni, por tanto, merecer la indemnización prevista en el § 48.3 de la Ley) cuando conociera su ilegalidad o la desconociera como consecuencia de culpa grave.

La nueva jurisprudencia del TS supone así un saludable incentivo adicional para que los particulares adecuen su comportamiento al ordenamiento jurídico y se abstengan de solicitar autorizaciones ilegales *confiando* en la negligencia administrativa (OM).

B) *Corrección en casación de la cuantía indemnizatoria otorgada por la sentencia de instancia en un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio educativo*

En una primera aproximación, el aspecto más destacado de la STS de 4 de mayo de 2005 es la corrección que lleva a cabo del montante de la in-

demnización concedida a la víctima por la sentencia de instancia (la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2000), corrección nada frecuente en casación. Según el TS, reiterando la doctrina sentada en sentencias precedentes como la de 14 de abril de 2003, «no es revisable en casación modificar el quantum indemnizatorio fijado por la Sala de instancia, salvo que concurren especialísimas circunstancias demostrativas de un ostensible y manifiesto error del Tribunal» (FJ 5.º).

A juicio del TS, la sentencia de la AN incurrió en un error de este tipo al considerar que la víctima, un menor de seis años, no tenía derecho a que en su indemnización se incluyera la partida correspondiente a la incapacidad temporal (días de baja con o sin estancia hospitalaria) prevista en la Tabla V del sistema de baremos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (recogido, actualmente, en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; y que el TS, por cierto, como la AN, aplica en este caso, pese a tener «una función orientativa y no vinculante», al servir «de referencia por la seguridad y objetividad jurídica que implica[n]» [FJ 5.º]). Pese a que el TS no fundamenta la razón de dicho error, lo cierto es que la referida Tabla V no circunscribe la indemnización básica a percibir por incapacidad temporal (indemnización que declara compatible con otras que procedan) a quienes trabajaran o se encontraran en edad laboral en el momento del accidente, configurándola como una indemnización a tanto alzado, con inclusión de los daños morales, por los días permanecidos en el hospital o fuera de él sin poder realizar las actividades habituales, no necesariamente retribuidas (así, en dicha Tabla «[s]e entiende por día de baja impositivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o *actividad* habitual»); los ingresos que pudiera percibir la víctima son sólo exigidos y tenidos en cuenta para aplicar un factor corrector —dependiente del volumen de tales ingresos— que aumente dicha indemnización básica.

El TS, por ello, considera que a los 90.000.000 de pesetas (540.910,89 euros) concedidos por la sentencia de instancia por las gravísimas secuelas sufridas por el menor —que le producen un grado de invalidez casi absoluta, del 90 por ciento— debe sumarse dicha indemnización por incapacidad temporal, a razón de un importe unitario por día de 7.368 pesetas (44,28 euros) durante su estancia hospitalaria y de 3.158 pesetas (18,98 euros) durante su estancia no hospitalaria. El TS remite a la fase de ejecución de sentencia la fijación concreta de dicha partida indemnizatoria, en función de los días que el menor permaneció de baja temporal en el hospital o fuera de él. Ante el silencio del Tribunal, al no haberse producido la curación del menor, parece que debe considerarse que dicha situación de incapacidad temporal se prolongó —únicamente— hasta el momento en que pudo fijarse de forma definitiva el alcance de las terribles secuelas que arrastrará de por vida; en ese momento, la incapacidad dejó de ser temporal y se convirtió en permanente, siendo objeto de la indemnización específica por

lesiones permanentes prevista en las Tablas III, IV y VI de la referida Ley (y que la AN pareció aplicar correctamente).

En general, que el TS pueda corregir ya en casación errores de cuantificación «ostensibles y manifiestos» parece perfectamente razonable, sobre todo teniendo en cuenta que en muchos de esos casos concurrirán los requisitos exigidos por el propio TS para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial (responsabilidad que se desencadena, como es sabido, ante un error «patente, indubitado e incontestable», «craso, evidente e injustificado» —en las formulaciones contenidas, p. ej., en las SSTs de la Sala 4.ª de 11 de abril y 15 de junio de 2001, repetidas en muchas otras—). Si en dichos casos cabe reclamar la diferencia en el montante indemnizatorio, ante el propio TS, por la vía extraordinaria de la responsabilidad por error judicial prevista en el artículo 293 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, reabriendo incluso —a través del procedimiento que allí se prevé— un proceso concluido con sentencia firme, con mayor razón ha de poder el TS corregir ya en casación tales errores, evitando al perjudicado la impugnación posterior y garantizando la firmeza de las resoluciones judiciales, en beneficio de la seguridad jurídica.

Examinada más de cerca, la STS aquí comentada llama la atención por un segundo aspecto, mucho más discutible, en mi opinión: la propia admisión de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En el caso enjuiciado, un niño de seis años sufrió gravísimas lesiones al caerse de un muro de un metro de altura al que se había subido mientras jugaba al pilla-pilla con un compañero durante el recreo. Ante la alegación del Abogado del Estado de que el daño se debió únicamente a la propia actividad de la víctima, el TS se limita a afirmar que «de tales hechos [...] se deduce la existencia del necesario vínculo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y el daño padecido por el niño “de seis años de edad, al bajar de un muro, aproximadamente de un metro de altura, existente en el patio o recinto del colegio, durante una actividad programada, como es el recreo, que supone un cierto riesgo para los alumnos, especialmente para los más pequeños”; por lo que ante estas circunstancias fácticas cabe inferir que la actividad de los profesores del centro objetivamente fue insuficiente para impedir que el niño trepara al muro que existía en el patio del colegio, existiendo, así, un riesgo originado por el funcionamiento del servicio, encuadrable en la culpa *in vigilando*».

Que los profesores no evitaron el resultado lesivo es algo evidente, que ni siquiera merece ser mencionado, y que no constituye ningún argumento para imputar el daño a la Administración; lo importante, para ello, como en todos los casos de responsabilidad por omisión de la Administración, es si los profesores (la Administración) tenían el *deber de evitar* un resultado lesivo como el producido, y si, dadas las circunstancias, lo hubieran podido evitar. La insuficiente descripción de los hechos efectuada por el TS (que por sí sola merece ser ya objeto de crítica) no permite valorar con certeza si dichos requisitos concurrían o no en el caso concreto. De todos modos, no resulta tan evidente que la Administración deba responder por los

daños completamente desproporcionados, inusuales e imprevisibles (sin duda, lo es que se produzcan las lesiones que han dado lugar a esta STS al caer la víctima de un muro de sólo un metro de altura) producidos en fracciones de segundo por la propia actividad habitual de los niños durante el recreo, ni que un muro de un metro de altura sea un elemento arquitectónico excesivamente peligroso —tampoco para los niños de seis años— que debiera haber sido removido.

No parece justo ni razonable que la Administración (ni los colegios privados; más de uno debería cerrar tras una condena como la de la presente STS) deba responder por todos los daños sufridos por los niños en los colegios, como así lo ha destacado la doctrina matizada de órganos consultivos como la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, que en sus dictámenes viene distinguiendo los daños producidos durante actividades escolares programadas —p. ej., las clases de educación física— de aquellos acaecidos —como en el recreo— al margen de las mismas. Durante el recreo, los padres pueden esperar de la Administración y de los profesores que atiendan a sus hijos en caso de que les ocurra algo, que impidan que se peleen o sean agredidos por otros compañeros, que entren en contacto con objetos y elementos arquitectónicos que puedan representar un peligro previsible para ellos, etc., pero no que corran detrás de ellos mientras juegan y eviten todos los daños que su propia actividad pueda ocasionarles. Sentencias que vayan más allá pueden tener el efecto contraproducente de incentivar la adopción de medidas de seguridad exageradas, que coarten la libertad de juegos y movimientos tan importante para el desarrollo de los propios niños.

Naturalmente, ello no quiere decir que estos daños no imputables a la Administración escolar no puedan merecer algún tipo de compensación económica del Estado, de un Estado social como el español. Se tratará, sin embargo, no de una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino de una prestación económica propia del sistema de Seguridad Social (OM).

IV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. DEMOLICIÓN DE OBRAS AMPARADAS EN UNA LICENCIA NULA. LA SENTENCIA PRODUCE EFECTOS PARA «TODAS LAS PERSONAS AFECTADAS», QUE CUENTAN CON LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA EJECUCIÓN. CONCEPTO DE «PERSONAS AFECTADAS». DISCUSIÓN ACERCA DEL REQUISITO DE QUE LA PERSONA AFECTADA NO HAYA PODIDO SER PARTE EN EL PROCESO DECLARATIVO

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005, dictada por el Pleno de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid y el Arzobispado de Madrid contra el auto del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 21 de octubre de 2002, y confirmado en súplica por otro auto de 23 de diciembre de 2002, dictados ambos en el procedimiento de ejecución de la sentencia de

3 de junio de 1993 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de ese mismo Tribunal. A la citada sentencia del Tribunal Supremo se formula un extenso voto particular suscrito por doce magistrados.

1. El supuesto de hecho enjuiciado.

El correcto entendimiento de la doctrina establecida en esta sentencia exige, aunque sea en modo sucinto, exponer el supuesto enjuiciado. El Ayuntamiento de Madrid concedió el 7 de enero de 1988 una licencia para la construcción de un centro parroquial. Dos propietarios de pisos situados en la misma calle en que se realizó dicha construcción interpusieron el recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de junio de 1993, en la que se contienen los dos siguientes pronunciamientos. Primero: la anulación de la licencia concedida para la construcción del centro parroquial, «en cuanto la misma autoriza una construcción que no observa la distancia mínima de separación entre edificaciones». Y segundo: la declaración de la obligación de los demandados (Ayuntamiento de Madrid y Arzobispado de Madrid) de demoler aquella parte de lo edificado que sobrepasa el límite de separación. Una vez firme la sentencia, se suceden múltiples actuaciones procesales encaminadas a su ejecución, pero sin éxito.

En una Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios de la que forman parte los propietarios recurrentes, celebrada el 8 de marzo de 2000, aprobó la Comunidad (sin unanimidad) suscribir un acuerdo con el Arzobispado de Madrid. En este acuerdo, ambas partes expresan su conformidad con la situación urbanística existente de hecho, dando por buena la realidad creada y pareciéndoles conveniente que la situación de hecho se quede como está. Coherentemente, la Comunidad manifiesta su falta absoluta de interés en la ejecución de la sentencia de 3 de junio de 1993 y renuncia a cualquier acción en el ámbito judicial o administrativo que pudiera corresponderle. El 8 de junio de 2002, los dos propietarios recurrentes presentaron un escrito en el que, tras aceptar expresamente las estipulaciones del acuerdo de 8 de marzo de 2000, solicitan que se les tenga por apartados y desistidos de la ejecución.

Con posterioridad, cinco propietarios de pisos en la misma finca que no habían votado a favor del acuerdo de la Comunidad solicitan su personación en el proceso de ejecución, alegando su condición de afectados directos por la infracción urbanística cometida, estando interesados en que se lleve a cabo la íntegra ejecución de aquella sentencia de 3 de junio de 1993. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, reunida su Sala de lo Contencioso-Administrativo en Pleno, dicta un auto conteniendo una doble decisión: tener por apartados a los dos propietarios recurrentes y, en segundo lugar, tener por personados y parte en la ejecución a los otros cinco propietarios. Esta segunda decisión es la que, básicamente, se combate en el recurso de casación que, contra ese auto, interponen el Ayuntamiento de Madrid y el Arzobispado de Madrid.

Expuesto el supuesto de hecho enjuiciado, procede examinar las principales cuestiones debatidas en la sentencia y de las que, en algunos casos, discrepa el voto particular a ella formulado.

2. Inclusión dentro del ámbito del artículo 87.1.c) de la Ley de la Jurisdicción de la resolución que admite como parte en el proceso de ejecución a personas que no lo han sido en el proceso declarativo.

La primera cuestión que resuelve la sentencia es si la resolución que tiene por personados en la fase de ejecución a quienes hasta entonces no habían sido parte en el proceso cae, o bien no lo hace, dentro del ámbito delimitado por el artículo 87.1.c) de la Ley de la Jurisdicción (en lo sucesivo, LJ) y si, por tanto, es susceptible, o no lo es, de ser recurrida en casación. Dicho precepto legal establece que los autos recaídos en ejecución de sentencia son susceptibles de recurso de casación, pero «siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta».

La respuesta del Tribunal Supremo, recogida en el Fundamento Jurídico (en lo sucesivo, FJ) 3.º, es afirmativa. Respuesta que basa en los argumentos recogidos en la reciente sentencia de la Sección Quinta de esa misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de enero de 2005, en concreto en sus FF.JJ. 3.º y 4.º. Tras explicar la finalidad de la restricción que el legislador impone a los motivos que cabe aducir en casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia, se afirma que: «Siendo ello así, se comprende sin dificultad que un Auto como el que ahora nos ocupa sí es susceptible de ser recurrido en casación, pues al admitir como parte en el proceso de ejecución a quien no lo fue en el proceso declarativo, se altera, se modifica aquel ámbito subjetivo del título ejecutivo, admitiendo como posible que éste despliegue sus efectos a favor de personas distintas a las que en él están contempladas».

3. Determinación de si la sentencia a ejecutar estima sólo una pretensión de anulación o, además, una pretensión de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada.

La segunda de las cuestiones que aborda la sentencia es determinar si la sentencia de cuya ejecución se trata debe enmarcarse en el artículo 72.2 de la LJ, por limitarse a acoger una pretensión de anulación, o bien debe serlo en el artículo 72.3, por acoger además otra pretensión de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada. La relevancia jurídica de este punto se encuentra en el alcance subjetivo de los efectos de la sentencia: en relación con la pretensión anulatoria produce efectos para todas las personas afectadas y no sólo para las partes que lo fueron en el proceso, mientras que respecto a la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada los efectos se producen sólo entre las partes. Las dudas se plantean porque la sentencia de 3 de junio de 1993 no solamente anula la licencia concedida, sino que, además, ordena la demolición de lo indebidamente construido.

El Tribunal Supremo, en el FJ 7.º de su resolución, afirma que la sentencia a ejecutar limita su objeto a una pretensión de anulación. Esto es, que no abarca también una pretensión de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada. La licencia concedida y la construcción realizada a su amparo vulneran una norma urbanística reguladora de la distancia mínima de separación entre edificios colindantes. Por ello, el centro parroquial, en la medida en que se adentró en esa distancia mínima, no era legalizable. A partir de ahí, puede afirmarse que el segundo de los pronunciamientos contenidos en la sentencia ejecutable, esto es, la que declara la obligación de demoler la parte de lo edificado que sobrepasa el límite de separación, «no es más que una consecuencia indefectible, que no puede faltar o dejar de ser; que se anuda sin necesidad de más enjuiciamiento que el exigido para afirmar la ilegalidad de la licencia al pronunciamiento anulatorio de ésta; que se anuda a este pronunciamiento anulatorio con independencia de cuál fuera la posición o situación jurídica del o de los actores».

En refuerzo de esta tesis se acude a una reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo (por todas, las sentencias de 29 de noviembre de 1995, de 3 de julio de 2000, de 19 de noviembre de 2001 y de 26 de julio de 2002). En ella, y tratándose de supuestos de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, se afirma tajantemente que la anulación de la autorización comporta la obligación de demolición, de manera que: *a)* la sentencia que acuerde la demolición, aunque no haya sido pedida, no puede ser calificada de incongruente, y *b)* no se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución, pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia.

4. La sentencia a ejecutar, en su doble contenido, extiende sus efectos a «todas las personas afectadas» y no sólo a las partes del litigio.

Como consecuencia de los razonamientos anteriores, el Tribunal Supremo, en el FJ 8.º de su resolución, afirma que los dos pronunciamientos que se contienen en la sentencia a ejecutar, esto es, la anulación de la licencia y la obligación de demoler, producen efectos «para todas las personas afectadas» (art. 72.2 LJ) y no sólo para aquellas que fueron parte en el litigio. Fuerza expansiva de las sentencias estimatorias de pretensiones de anulación que viene reconocida de antiguo tanto en nuestro ordenamiento administrativo (art. 86.2 de la anterior LJ) como en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, sentencias de 15 de noviembre de 1963, de 11 de diciembre de 1972 y de 24 de enero de 1974).

5. «Todas las personas afectadas» tienen legitimación para instar la ejecución de la sentencia.

Si la sentencia produce efectos «para todas las personas afectadas», todas ellas, aunque no hayan sido partes litigantes, deben ostentar legitimación para instar la ejecución forzosa de dicha sentencia. En el caso enjuiciado: de esta afirmación se deriva que están legitimados para instar la

ejecución forzosa del pronunciamiento que obliga a la demolición de lo indebidamente construido.

En apoyo de esta tesis, el Tribunal Supremo esgrime un conjunto de argumentos (FJ 9.º). De entrada, los artículos 104.2 y 109.1 LJ. En el primer precepto puede leerse que «transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa». El segundo de ellos, con igual claridad, dispone que «la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución». En segundo término se acude a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, «que ha precisado que para intervenir en el proceso de ejecución como parte activa no es menester que se haya sido parte en el proceso de conocimiento, sino que basta con que se sea titular de un interés legítimo en la ejecución». Doctrina que, en último lugar, es recordada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 4/1985, de 18 de enero, en concreto en su FJ 2.º.

6. Determinación de la noción de «personas afectadas».

Siguiendo el orden lógico de las cuestiones debatidas en la sentencia del Tribunal Supremo que estamos comentando, la siguiente consiste en determinar qué debe entenderse por «personas afectadas», operación que necesariamente debe abordarse para decidir si, en el caso enjuiciado, pueden calificarse de ese modo los cinco propietarios que piden la personación en la fase de ejecución.

Antes de darnos una definición de «personas afectadas», el Tribunal Supremo realiza un conjunto de consideraciones previas que, de manera resumida, pasamos a exponer:

Primera: las normas que deben interpretarse son, básicamente, los artículos 72.2, 104.2 y 109.1 LJ. Estos preceptos emplean el verbo afectar, «cuyo significado en nuestra lengua no es otro, en la acepción que aquí interesa, que el de menoscabar, perjudicar o dañar» (FJ 10.º). El ámbito subjetivo de las «personas afectadas» a que se refieren estos artículos, por otro lado, no se identifica con el de «otras» personas del artículo 110 LJ, ni tampoco con el de los «recurrentes afectados» del artículo 111 LJ. La razón se encuentra en que «el primero de estos preceptos —artículo 110 LJ— lo que está específica y singularmente contemplando es la posible extensión de efectos de una sentencia en el punto o extremo en que reconoce una situación jurídica individualizada; y el segundo de ellos —artículo 111 LJ— lo que contempla es la posible extensión del pronunciamiento alcanzado en un recurso contencioso-administrativo que se tomó como “testigo” o como “modelo” a otros que por tener idéntico objeto y para facilitar la gestión de la oficina judicial vieron suspendida su tramitación a la espera de aquel pronunciamiento» (FJ 12.º).

Segunda: ninguna de las normas aplicables añaden a la exigencia de que la persona esté afectada algún otro requisito o presupuesto. En concreto, no añaden la condición de que la persona afectada no hubiera podido ser parte en el proceso declarativo (FJ 10.º). Sobre este punto, especialmente polémico, volveremos más adelante.

Tercera: la actuación procesal de las personas afectadas cabe aunque ya antes se hubiera iniciado, sin su presencia, la fase de ejecución de la sentencia. Ello se debe al hecho de que el único límite temporal impuesto por las normas aplicables para que quepa esa actuación procesal es el previsto en el artículo 109 LJ, esto es, «mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia» (FJ 10.º).

Cuarta y última consideración previa: no debe hacerse una interpretación restrictiva, sino declarativa, de las normas reguladoras de la ejecución de sentencias. Esto es, «una interpretación que les otorgue un significado no menor que el propio de las palabras con que se expresan; buena prueba de ello es el inicio y final del párrafo primero del punto 3 del apartado VI de la Exposición de Motivos de la LJ, en donde se lee lo siguiente: “La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias (...) La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas”» (FJ 10.º).

Una vez hechas estas consideraciones, el Tribunal Supremo nos ofrece una definición de «personas afectadas»: «aquellas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inexecución de la sentencia» (FJ 13.º). Concepto en el que encajan perfectamente los cinco propietarios que, en el caso enjuiciado, se personaron en fase de ejecución: «pues el uso y disfrute y el valor de mercado de esos pisos, e incluso del inmueble en su conjunto, del que forman parte los espacios no edificadas de la parcela sobre la que se levanta la edificación, resultan menoscabados o perjudicados por el hecho mismo de la ubicación del centro parroquial a una distancia menor de aquella que la norma urbanística obliga a respetar, manteniéndose tal menoscabo o perjuicio en tanto no se ejecute el pronunciamiento de la sentencia que obliga a demoler la parte del centro parroquial que sobrepasa el límite de separación. Son, en suma, titulares, de derechos o intereses legítimos que resultan negativamente afectados por la inexecución de la sentencia» (FJ 13.º).

7. Discusión acerca del requisito de que la persona afectada no haya podido ser parte en el proceso declarativo.

La discrepancia principal del voto particular y la sentencia versa sobre la exigencia, para poder ser parte en la fase de ejecución y, por tanto, ostentar legitimación para instar la ejecución forzosa, de que la persona además de afectada no haya podido ser parte en el proceso declarativo.

En el FJ 10.º, la sentencia del Tribunal Supremo afirma que esta exigencia no viene establecida por la normativa aplicable, en particular por los citados artículos 72.2, 104.2 y 109.1 LJ. Y no lo exige «pese a que los dos últi-

mos artículos se refieren a las “personas afectadas” inmediatamente después de referirse a las “partes”, lo que inclina a pensar que un requisito o presupuesto como el que acabamos de indicar sí hubiera sido introducido en ellos si en su espíritu estuviera presente la idea de que las personas afectadas lo fueran no todas, sino sólo, excepcionalmente, las que no hubieran podido ser parte procesal». Conclusión que se refuerza, a juicio siempre de la sentencia, «al observar que es el artículo 110 LJ, referido a la extensión de los efectos de una sentencia que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada (precepto reformado recientemente a través de la Ley Orgánica 19/2003, para atajar la polémica que su inicial redacción había levantado en el extremo, precisamente, de que tal “extensión de efectos” pudiera favorecer a quien “consintió”, por no haberlo impugnado, el acto administrativo), el que ha venido a exigir que no concurra tal conducta de pasividad, sin que dicha reforma haya afectado a la redacción de los artículos 104 y 109».

Los firmantes del voto particular, en cambio, en su FJ 4.º, sostienen que los «afectados» de los que habla el precepto «no pueden ser otros que aquellos a quienes beneficia o perjudica directamente la sentencia a ejecutar, pero siempre y cuando no hayan intervenido en el proceso por causas ajenas a su voluntad».

Permitir, como hace la sentencia, la personación como ejecutante a quienes estaban legitimados desde un principio para el ejercicio de las pretensiones que ahora intentan actuarse por vía de ejecución, y que no lo hicieron oportunamente por simple pasividad o abandono de sus intereses, es objeto de fuerte crítica por los magistrados discrepantes (FJ 4.º). Con el criterio de la mayoría, «se estaría dando el mismo trato jurídico a quien ha interpuesto recurso contencioso-administrativo en plazo y ha obtenido una sentencia favorable que a quien acude a la vía judicial extemporáneamente, aprovechándose de la labor realizada por otro recurrente».

De entrada, porque «supone una inaplicación de presupuestos procesales esenciales, exigidos por el legislador, tales como los plazos para recurrir y la falta de agotamiento de la vía administrativa».

En segundo término, porque se está desconociendo «la doctrina del acto consentido y firme, que es básico en el ordenamiento jurídico administrativo y en las relaciones Administración-administrado, y que descansa en otro principio fundamental, tal como es el de seguridad jurídica».

Por último, porque admitir la personación en términos tan amplios, y en casos en los que es posible la acción pública, «implicaría reconocer legitimación para solicitar la ejecución no sólo a la parte que instó el proceso declarativo, sino a cualquier ciudadano en tanto en cuanto tenga interés porque la actuación de la Administración se adecue al ordenamiento, lo que supondría crear una acción pública en fase de ejecución cuando ésta en materia urbanística sólo está prevista para exigir ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, en un proceso, la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Proyectos, Normas y Ordenanzas, y todo ello durante el plazo de duración de las obras y cuatro años más».

Concluyen los magistrados firmantes del voto particular afirmando que «admitir tal personación implica desbordar la ejecución estricta de una

sentencia judicial y los límites subjetivos del proceso correspondiente, convirtiéndolo a éste en poco más que un proceso universal, con admisión indeterminada de personaciones indebidas y grave quebranto de la seguridad jurídica, incluso frente a la renuncia clara a la ejecución del fallo de los únicos intervinientes en el proceso. Se atenta, de este modo, al carácter rogado de la acción de ejecución, que prevalece sobre cualquier posible apreciación de oficio de nulidad de pleno derecho» (FJ 7.º).

8. Obstáculos opuestos a la admisión de la personación en el proceso de ejecución de las personas afectadas.

Termina la sentencia que estamos comentando analizando pormenorizadamente una serie de obstáculos, opuestos en casación por las partes recurrentes, para impedir la admisión de la personación en la fase de ejecución de las personas afectadas.

La principal de estas objeciones es la extemporaneidad de dicha personación. Extemporaneidad considerada inexistente por el Tribunal Supremo (FJ 14.º). Y ello porque «el apartamiento (...) del proceso de ejecución de quienes hasta entonces lo habían instado, no comporta como consecuencia necesaria la terminación y archivo de tal proceso o fase ejecutiva, sino su pendencia hasta que concluya el plazo hábil en que la ejecución pueda aún ser ordenada». La razón de tal cosa debe buscarse, precisamente, en la extensión de la legitimación activa a todas las personas afectadas, aunque no hayan sido parte en el proceso, que deja abierta la ejecución mientras ésta no haya tenido lugar y en tanto exista plazo hábil para ordenarla.

En el voto particular, en cambio, se sostiene que en el proceso se produjo la interrupción de la acción ejercitada por escrito de los dos únicos intervinientes en el proceso. De manera que «no resulta procedente la admisión de personaciones extemporáneas (...) cuando el proceso contencioso-administrativo se somete esencialmente al principio dispositivo y de justicia rogada, que prevalece sobre la posible apreciación de oficio de la nulidad de pleno derecho y cuya continuidad no es admisible en estrictos términos procesales» (FJ 8.º).

Un segundo obstáculo toma por causa el acuerdo suscrito el 8 de marzo de 2000 entre la Comunidad de Propietarios y el Arzobispado de Madrid. Obstáculo que es también considerado inexistente por la sentencia. Después de dejar de lado, por ser cuestión ajena al orden contencioso-administrativo, que aquel acuerdo puede afectar al título constitutivo de la propiedad horizontal en cuanto comporta una alteración de la cosa común y que, por ello, hubiera debido adoptarse por unanimidad, cosa que no sucedió, lo que afirma el Tribunal Supremo (FJ 15.º) es que no es competencia de la Junta de Propietarios, en atención a lo dispuesto en la legislación sobre propiedad horizontal, decidir sobre aquello que estricta o exclusivamente forma parte del contenido jurídico del derecho singular y exclusivo de propiedad que corresponde al dueño de cada piso o local. Lo que conlleva que los propietarios que comparecieron en el proceso de ejecución pueden, pese al acuerdo, reaccionar en defensa de su derecho de propiedad cuando la ven menoscabada.

Constituye otro de los obstáculos la afirmación de que este acuerdo de 8 de marzo de 2000, unido a su aceptación expresa por los propietarios recurrentes, son expresión de una normalización urbanística convencional sobrevenida, llevada a cabo al amparo del artículo 11.5.7.4 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Madrid de 1985. Tesis avalada por el propio Ayuntamiento de Madrid, pero que es rechazada por el Tribunal Supremo (FJ 16.º), alegando que esa supuesta normalización convencional ya fue negada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con afirmaciones tales como «que con el citado acuerdo no se puede entender legalizada la construcción de la Parroquia» o que «con el acuerdo de 8 de marzo de 2000 no queda restaurada la legalidad urbanística».

El último de los obstáculos, terminando ya la exposición de los razonamientos de la sentencia, es aquel que imputa a los propietarios comparecientes en ejecución una actuación contraria a las normas que obligan a respetar las reglas de la buena fe o que prohíben el abuso de derecho. Obstáculo que tampoco es atendido por el Tribunal Supremo, «pues se sustenta en meras suspicacias sobre la intención última que puede guiar a los comparecientes y no en datos que puedan tenerse por acreditados y que fueran hábiles para afirmar la mala fe o el abuso de derecho» (FJ 17.º). Argumentación de la que también disiente el voto particular, puesto que a sus firmantes les «parece indispensable precisar que las personas en cuestión no se atuvieron a una conducta procesal correcta cuando fue notoria su intención de rehuir las cargas del proceso y asumir solamente los beneficios de la ejecución del fallo» (FJ 6.º) (AG).

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. **Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
2. **Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
3. **Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
4. **Normas de edición:**
 - a) **Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) **Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
5. **Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su recensión, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
6. **Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
7. **Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista* los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
8. **Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



00168



9 770034 763905

18,00 €