

# NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

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

Universidad de Barcelona

## I. DE NUEVO SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. LA DISCUTIBLE NULIDAD DE LA REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LA ESPECIALIZACIÓN EN LOS ÓRDENES CIVIL Y PENAL

1. El Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó, por Acuerdo de 28 abril 2011, el Reglamento 2/2011, de la carrera judicial. La Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria interpuso recurso contencioso-administrativo directo contra dicho Reglamento. La Asociación recurrente parte en su escrito de demanda del reconocimiento de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial, CGPJ, atribuida al mismo por la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ, si bien señala que dicha potestad está limitada materialmente a la regulación de las condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial, sin poder innovar aquéllos ni alterar dicho estatuto en su conjunto.

A partir de esta consideración general se impugnan diversos preceptos del Reglamento al considerar, según los casos, que el CGPJ ha incurrido en excesos en el ejercicio de su potestad reglamentaria, que se ha infringido el principio de igualdad o que el contenido de la norma es arbitrario.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 julio 2013, recurso 349/2011, estima en parte el recurso, contando con diversos votos particulares.

De los preceptos impugnados nos interesa analizar la declaración de nulidad del artículo 24.4 en su totalidad, del artículo 37 en el inciso «como magistrados especialistas en el orden jurisdiccional que corresponda» y de los artículos 41 y 42 en su totalidad, todos ellos relativos a la regulación de pruebas para el reconocimiento de la condición

de especialista en los órdenes civil y penal, a las que pueden concurrir los miembros de la carrera judicial que ostenten la categoría de magistrado. Declaración de nulidad que cuenta con los votos particulares en contra de once magistrados.

2. La sentencia comentada tiene como objeto central de su análisis determinar el alcance material de la potestad reglamentaria del CGPJ, cuestión largamente debatida y que ha sido objeto de tratamiento diferenciado en las diversas leyes orgánicas del Poder Judicial. El debate se ha centrado en torno a si la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial debía ser tan sólo interna o doméstica, o podía alcanzar también a cuestiones externas a partir de la habilitación legal. Por otro lado, se cuestionaba si el desarrollo de la LOPJ debía limitarse al CGPJ o también podría corresponder al Gobierno (sobre este debate puede consultarse M. BACIGALUPO SAGESSE, «La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 17 a 45).

Esta cuestión fue ya objeto de análisis por el Tribunal Constitucional en su importante sentencia 108/1996, de 29 julio, en la que, entre otras cosas, afirmó que el artículo 122 de la Constitución establece una reserva de ley orgánica para la regulación del Poder Judicial, si bien «ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a este estatus. Exigencias de carácter práctico pueden imponer que regulaciones de carácter secundario y auxiliar puedan ser dispuestas por vía reglamentaria». A ello se añadió, en lo concerniente a la posición del Consejo General y del Gobierno en el desarrollo de la LOPJ, que «el tipo de reglamento que contenga esas condiciones (accesorias para el ejercicio del conjunto de derechos y deberes que configuran el estatuto de los jueces y magistrados) podrá entrar en el ámbito de aquellos cuya aprobación es facultad del Consejo según el citado artículo 111 de la LOPJ, que debe ser interpretado en forma amplia, por constituir una garantía de las funciones que la misma ley le asigna al Consejo para la protección de la independencia judicial». Primacía, pues, de la potestad reglamentaria del Consejo, si bien en régimen compartido con la del Gobierno, que no se excluye.

De acuerdo con esta doctrina, la Ley Orgánica 16/1994 reconoció al CGPJ una amplia potestad normativa externa en su artículo 110.2, si bien estableciéndose en el mismo precepto que esta potestad de desarrollo no podía innovar (en lo relativo a derechos y deberes de los magistrados) ni alterar su estatus. Se impone de este modo un límite estricto al poder reglamentario *ad extra* del CGPJ, pero al mismo tiempo se reconoce claramente esta potestad. Si bien en este caso la relación

ley-reglamento no es equiparable a la que se establece cuando es el Gobierno el que actúa como colaborador del legislador con un amplio margen de discrecionalidad, lo que importa destacar es que se reconoce la potestad externa del CGPJ, en particular en todas las materias incluidas en el listado del artículo 110 de la LOPJ. La posterior reforma de la LOPJ, a través de la Ley Orgánica 19/2003, refuerza el ámbito material del poder normativo del CGPJ en la lista del artículo 110.2, que, por otro lado, no es una lista cerrada.

3. Dentro de este contexto normativo, el artículo 24.4 del Reglamento impugnado estableció la posibilidad de que miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado y dos años de servicios efectivos pudieran concurrir a pruebas que convocara el CGPJ para el reconocimiento de la condición de especialistas en los órdenes civil y penal. Esta previsión se completaba en otros preceptos del nuevo Reglamento (arts. 37, 41 y 42).

El Pleno del Tribunal, llevando a cabo una interpretación, a nuestro juicio, excesivamente literal de la LOPJ, que puede llegar a suponer una corrección de la misma, considera que la regulación por el Reglamento del CGPJ de las pruebas para obtener la condición de especialista en el orden civil y penal carece de cobertura suficiente en la Ley Orgánica y, por tanto, suponen un ejercicio de poder reglamentario *ad extra*, nulo de pleno derecho.

La tesis de la sentencia se contiene en su FJ séptimo. La Sala considera que la LOPJ no contempla la especialización de los magistrados en el orden civil y penal, ya que los artículos 311 y 312 de la Ley Orgánica se limitan a reconocer la especialización, como forma especial de promoción entre magistrados, en el orden contencioso-administrativo y social, mientras estos mismos preceptos al regular las pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccional civil y penal se refieren tan sólo a la promoción a la categoría de magistrado. Al crear el Reglamento una especialización en los órdenes civil y penal, equivalente a la de los órdenes contencioso-administrativo y social, se habría extralimitado en su ámbito material. Se dice que «se trata de una creación *ex novo* del Reglamento que efectúa una regulación innovadora en materia del estatuto de jueces y magistrados».

Como ya hemos adelantado, a nuestro juicio, esta interpretación es en exceso literal, desconoce la evolución favorable al poder reglamentario *ad extra* del CGPJ y el espíritu de la última reforma de la LOPJ, favorable a las especializaciones. Por ello creemos que la sentencia corrige la voluntad del legislador al impedir que por vía reglamentaria se haga efectivo lo que se estableció de forma genérica en la

propia Ley. En este sentido se manifiestan dos votos particulares que cuentan con el apoyo de once magistrados.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/2003, reforzando lo que ya se decía en la redacción original de la LOPJ, afirma que la nueva Ley lleva a cabo «una decidida apuesta por la profesionalidad de jueces y magistrados... así como la extensión a nuevos supuestos de los principios de mérito, formación y especialización para la adjudicación de los diferentes destinos, superándose así el exclusivo criterio de antigüedad».

La misma LOPJ, tras su reforma por la Ley 19/2003, en su artículo 344.a), al tratar de la cobertura de plazas del Tribunal Supremo reservadas a la carrera judicial, se refiere de forma indirecta a los magistrados especialistas en el orden civil y penal. Y lo mismo se desprende del párrafo segundo del artículo 344.a). Otros preceptos de la LOPJ permiten reconocer la especialización en los órdenes civil y penal (arts. 330.7, 331.1 y 326.1).

Por tanto, si bien el ejercicio de la potestad reglamentaria *ad extra* del CGPJ está vinculado de forma estricta a lo dispuesto en la LOPJ, y no puede innovar, creemos que el Reglamento enjuiciado se limitó a hacer un uso correcto de esta potestad para complementar la Ley y precisar lo en ella establecido en relación a la especialización en los órdenes civil y penal. La LOPJ contempla la especialización dentro de la carrera judicial, y si bien es cierto que lo hace de modo más preciso y amplio para los órdenes contencioso-administrativo y social, no se opone —al contrario, prevé— a la especialización en los órdenes civil y penal. Por ello, el CGPJ actuó en el marco de su potestad reglamentaria para hacer efectiva la previsión legal. Hizo un uso de la propia potestad normativa que creemos se situó en la línea evolutiva diseñada por las sucesivas reformas de la LOPJ y en la doctrina del Tribunal Constitucional. No se innova, no se crean las especializaciones en los órdenes civil y penal, pero sí se concretan las amplias referencias a estas especializaciones contenidas en la LOPJ. Y ésta es función del poder reglamentario del CGPJ, aun interpretado su ámbito material de forma estricta (JT).

## II. SOBRE EL NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA POR PARTE DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: CAMBIO DE LA JURISPRUDENCIA PRECEDENTE Y AFIRMACIÓN DEL CARÁCTER REGLADO Y NO YA DISCRECIONAL DEL NOMBRAMIENTO

Como es sabido, una cuestión particularmente sensible en la jurisprudencia postconstitucional relativa a la distinción entre las potesta-

des regladas y discrecionales ha sido la concerniente a la naturaleza de la propuesta de nombramiento de magistrados por parte del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y al alcance del control judicial que sobre ella puede efectuar el orden contencioso-administrativo. La jurisprudencia, a instancias de la doctrina, ha venido limitando progresivamente los espacios de discrecionalidad reconocidos al CGPJ a través, sobre todo, de un incremento de las exigencias de motivación del nombramiento. Esta evolución, por lo demás, ha corrido paralela a la más general tendencia a ir acotando paulativamente el alcance de la propia configuración conceptual de la discrecionalidad administrativa. Una tendencia que, como es sabido, ha dado lugar a un debate doctrinal y académico de gran altura.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013 (Sección 7.ª; recurso ordinario núm. 298/2012) da un paso más en dicha dirección al rectificar expresamente la jurisprudencia precedente de la Sala y afirmar que el nombramiento de magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), en lo referente a las plazas reservadas a miembros de la carrera judicial, posee naturaleza reglada y no ya discrecional, como venía sosteniéndose hasta ahora. En el caso concreto, anula el Real Decreto por el que se nombró a un magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y, en lugar de limitarse a ordenar la retroacción de las actuaciones —como sucedía en las sentencias que mantenían el criterio de la discrecionalidad—, reconoce la preferencia y el derecho al nombramiento del candidato recurrente.

El Tribunal basa su cambio de criterio en una reinterpretación de los preceptos aplicables de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), y en la redacción actual del Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, del CGPJ, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales y que fue aprobado con posterioridad a la emanación de las sentencias que conformaron la línea jurisprudencial precedente. La aparición sobrevenida de esta norma reglamentaria ejerce una influencia determinante en el cambio doctrinal, «factor éste que por sí solo puede explicar la improcedencia de una continuación acrítica de la jurisprudencia anterior» (FJ 5.º). También es cierto que ello permite sembrar la duda de si en realidad no se estará interpretando la ley «desde el reglamento», duda que el voto particular se ocupa de excusar en lo que se refiere a su razonamiento.

En cuanto a la reinterpretación de la LOPJ, el Tribunal considera ahora que el apartado cuarto del artículo 330 LOPJ, cuando señala las peculiaridades del nombramiento de los magistrados de las Salas de lo

Civil y Penal de los TSJ (exigiendo que lleven diez años en la categoría y en el orden jurisdiccional civil o penal y tengan especiales conocimientos en Derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad autónoma), no está exceptuando la regla general del nombramiento reglado, basado en el criterio de la antigüedad, de los magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ contenida en el apartado primero del referido artículo 330 LOPJ (según dicho apartado primero, «[l]os concursos para la provisión de las plazas de magistrados de las Salas o Secciones de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias se resolverán en favor de quienes, ostentando la categoría necesaria, tengan mejor puesto en el escalafón»). El apartado cuarto se limitaría a reducir el campo de selección de magistrados nombrables, pero sin introducir un criterio de discrecionalidad. Según el Tribunal, «[e]ntendemos por lo expuesto, reinterpremando el art. 330.4 de la LOPJ, que no se establece en él una regla de discrecionalidad, sino que, cumplidos los requisitos establecidos para acceder a las plazas de Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal entre los seleccionados, deberá operar la regla del 330.1 de preferencia por la antigüedad en el escalafón, debiéndose por tanto entender modificada en el sentido indicado la jurisprudencia precedente» (FJ 5.º).

Por su parte, el nuevo Reglamento 1/2010 no incluye las plazas de magistrado de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ —turno judicial— entre las plazas que califica de nombramiento discrecional en sus artículos 1 y 2 (se trata de las plazas de magistrado del Tribunal Supremo, las de presidencia de los distintos órganos colegiados —presidencias de Sala del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y sus Salas, de los TSJ y sus Salas, y de las Audiencias Provinciales—, así como las de magistrado de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ propuestos por las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas), sino que se refiere a ellas únicamente en su disposición adicional, sin introducir, a juicio del Tribunal, «ningún elemento de discrecionalidad, sino simplemente normas de carácter procedimental, no significativas al efecto» (FJ 6.º).

Una vez afirmado el carácter reglado del nombramiento, el Tribunal declara su anulabilidad, sobre la base del artículo 63.1 de la Ley 30/1992, al considerar que vulneró lo dispuesto en las bases de la convocatoria. La base segunda establecía como requisitos del concurso la antigüedad mínima de diez años y los especiales conocimientos de Derecho civil aragonés requeridos por el transcrito artículo 330.4 LOPJ, mientras que la base sexta señalaba como méritos a ponderar «el tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el ejercicio en destinos correspondientes a los órdenes jurisdiccionales civil y penal, el tiempo de

servicio en órganos judiciales colegiados y las resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad técnica dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional en los órdenes civil y penal. Como méritos complementarios a los anteriores se tendrán en cuenta el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia». Según el Tribunal, el acuerdo impugnado vulneró dichas bases porque valoró como mérito —como un mérito, además, determinante— el especial conocimiento del Derecho aragonés, «cuando es un requisito [en virtud de la base segunda], que, cumplido por ambos Magistrados [ambos superaron el curso judicial que permite acreditar dicha especialización, lo que, por cierto, acaba de ser puesto en cuestión por el propio Tribunal Supremo en una reciente sentencia de 19 de julio, que se comenta en esta misma Crónica de Jurisprudencia], ha agotado su función, debiendo atenerse la solución a la apreciación de los méritos establecidos en la base Sexta, en todos lo cuales su ventaja sobre los del recurrido es incuestionable» (FJ 7.º). El candidato preterido, magistrado de la Audiencia Provincial, tenía seis años más de antigüedad y un puesto mucho más alto en el escalafón que quien resultó nombrado, titular de un juzgado de primera instancia. Debe destacarse la prolija relación de los méritos de cada uno de los candidatos recogida en la sentencia.

En todo caso, el Tribunal duda que unas bases como las indicadas, que no establecen como único mérito el puesto ocupado en el escalafón, se ajusten al citado artículo 330.1 LOPJ, precepto que rige el nombramiento, como se ha visto. Al no haberse impugnado tales bases y carecer la cuestión de relevancia en el caso concreto —puesto que, según tales bases, procede también nombrar al candidato con un mejor puesto en el escalafón—, el Tribunal no considera procedente examinar su legalidad, pero sí cree necesario apuntar la duda suscitada. Dicho de otro modo: en los concursos para la provisión de plazas de magistrados para la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ, el CGPJ no podría fijar unas bases que no partiesen como único mérito del puesto en el escalafón de los candidatos, esto es, de su antigüedad.

El FJ 8.º de la sentencia resulta también de interés para aquellos nombramientos que, como los de magistrado del Tribunal Supremo, siguen siendo considerados discrecionales por el propio Tribunal, y para la teoría de la motivación de las potestades discrecionales en general. El recurrente había alegado, como motivo subsidiario, que el nombramiento, aunque se considerara discrecional, debía ser anulado por falta de la debida motivación. Aunque el Tribunal, tras afirmar el carácter reglado del nombramiento, no tendría por qué haber entrado en esta cuestión, decide que «no está de más» hacerlo, afirmando un de-

ber de motivación muy riguroso, que se habría vulnerado en el caso concreto. En las palabras contundentes de la Sala Tercera:

«También en ese planteamiento debemos afirmar que asiste la razón al demandante, pues la motivación expuesta en el acuerdo recurrido, vistas las exigencias al respecto que se contienen en nuestras sentencias de 12 de junio de 2008 precitadas, en concreto en sus fundamentos quinto y siguientes, consideramos que es absolutamente insuficiente para justificar la preferencia del Magistrado nombrado (el recurrido) respecto del preterido (el recurrente). No se indican las circunstancias en las que se sustenta el juicio de valor expresado en el acta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial acerca de que el elegido acredite un mayor conocimiento del Derecho especial o foral de Aragón que el preterido por lo que las exigencias de carácter sustantivo y formal a que se refiere al Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia precitada no se cumplen en este caso.

No existe una identificación de las publicaciones sobre el Derecho de Aragón que avalen la apreciación del mayor conocimiento del elegido, y sobre todo echamos de menos una explicación justificativa de que el hecho de haber dictado un número significativo de sentencias sobre Derecho especial de Aragón, de las que la Comisión de Calificación destaca por su entidad nueve, no se valore como exponente del especial conocimiento de dicho Derecho y se primen frente a ese ejercicio jurisdiccional publicaciones doctrinales, que ni tan siquiera se concretan.

Ha de afirmarse, pues, como ya se ha anticipado, que, aun en el negado supuesto de que el nombramiento pudiera ser discrecional, no se cumpliría en el caso la exigencia de motivación según nuestro parámetro jurisprudencial» (FJ 8.º).

La sentencia cuenta con un voto particular suscrito por dos magistrados, que coinciden con el fallo y la estimación del recurso pero discrepan de la nueva interpretación efectuada por el Tribunal del artículo 330.4 LOPJ y la afirmación del carácter puramente reglado del nombramiento de los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ. A su modo de ver, el referido precepto no contempla «un nombramiento absolutamente objetivado, a decidir por antigüedad entre quie-



nes cumplan los requisitos legales e incompatible con la introducción de elementos de ponderación que ofrezcan al Consejo General del Poder Judicial un margen de apreciación».

Con independencia de lo que pueda opinarse sobre la interpretación del referido artículo 330 LOPJ, un precepto ciertamente complejo, cuyo juego de remisiones debería clarificarse por el legislador, no deja de llamar la atención el papel absolutamente central que en España todavía se asigna a la antigüedad como criterio de promoción profesional en la judicatura —con la destacada excepción del Tribunal Supremo—, y que la presente sentencia confirma con rotundidad. No hay duda de que la antigüedad constituye un criterio totalmente objetivo, que permite reducir la habitual (y tan nociva) politización de los nombramientos y refuerza la independencia judicial, además de dar satisfacción a las expectativas de promoción profesional de todos los jueces y magistrados. Pero en el siglo XXI, cuando se reclama la evaluación del rendimiento de los empleados públicos, la mejora constante de la calidad de los servicios públicos y la retención del talento en un sector público cada vez más debilitado, erigir a la antigüedad en el criterio a la postre determinante pudiera parecer un anacronismo.

Situados en el plano *de lege ferenda*, frente a la prevalencia total de la antigüedad parecería más acorde con los tiempos actuales potenciar la elaboración de bases de las convocatorias bien meditadas y ponderadas, tomadas en serio por los órganos encargados de efectuar los nombramientos, y que garantizaran la máxima calidad y adecuación al puesto de trabajo de los que resultaran nombrados. El rigor en la exigencia jurisprudencial de la motivación, en la línea mantenida también en la presente sentencia, sumado a mecanismos rápidos de impugnación, ayudarían enormemente a tal fin. No otra es la tendencia registrada, por ejemplo, en la normativa europea en campos donde la discrecionalidad también ha sido objeto de acotamiento, como es el caso de la contratación pública.

La cola es y ha sido siempre un criterio de asignación de recursos escasos justo y muy útil en determinadas constelaciones. Pero cabe esperar algo más de sofisticación de la normativa actual de función pública, y con mayor razón si se trata de la función jurisdiccional. En fin, a nadie pasará desapercibida la circunstancia de que para alcanzar puesto en el órgano supremo que tal automatismo reclama no se ha debido pasar por dicho automatismo.

En cualquier caso, la sentencia comentada es una manifestación más de las ya muy abundantes resoluciones que expresan la capacidad anulatoria de la Sala Tercera del Tribunal Supremo respecto de las resoluciones del CPGJ (OM y TF).

### III. ALCANCE DE LA ACCIÓN PÚBLICA EN URBANISMO: RESOLUCIONES IMPUGNABLES E INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>) declara haber lugar al recurso de casación presentado por una asociación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 26 de abril de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>). Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo que esta asociación interpuso contra la resolución del Consejero de Territorio y Vivienda de la Generalidad Valenciana de 30 de junio de 2006 por la que se aprobó definitivamente la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia en un ámbito donde se prevé el derribo parcial de los edificios de la antigua Fábrica de Tabacos y, asimismo, contra la resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valencia de 22 de abril de 2005 por la que se aprobó el convenio urbanístico relativo a dichos edificios suscrito entre el Ayuntamiento de Valencia y dos empresas mercantiles, que incluía una permuta de inmuebles y una compensación económica a favor del Ayuntamiento por la diferencia de valor de los bienes permutados.

El Tribunal Supremo anula la sentencia y ordena reponer las actuaciones al momento de resolver acerca de los medios de prueba pedidos por la asociación demandante, debiéndose admitir toda la prueba documental propuesta que no hubiese sido practicada como diligencia final, puesto que se refiere al carácter protegible del conjunto de edificaciones que se alzaban en el recinto de la antigua Fábrica de Tabacos y a la valoración y subasta de algunos edificios. También ordena continuar el proceso hasta dictar sentencia, la cual decidirá también las cuestiones planteadas por la citada asociación en relación con el convenio urbanístico. El recurso de casación plantea seis motivos de casación, de los cuales comentamos dos de ellos, que son los que la sentencia del Tribunal Supremo examina para pronunciar el citado fallo.

En primer lugar, el Tribunal Supremo examina el motivo relativo a que no se haya enjuiciado el convenio urbanístico determinante de la modificación del planeamiento pues, según la asociación recurrente, ello vulnera el artículo 304 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, relativo a la acción pública. Como señala el Tribunal Supremo, la sentencia recurrida no se pronunció sobre la legalidad del convenio por consideraciones de orden procesal (en el suplico de la demanda sólo se había solicitado la anulación de la modificación del plan general) y de

orden material (la naturaleza autónoma y distinta de los convenios urbanísticos y de la modificación del planeamiento urbanístico). Respecto a la primera objeción procesal, la sentencia que comentamos reconoce que es cierto que el *petitum* de la demanda se limitó a pedir la nulidad de la modificación del planeamiento. Pero considera que ello no exime a pronunciarse sobre la legalidad del convenio urbanístico porque el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se dirigió tanto contra la modificación del planeamiento como contra el convenio urbanístico, y los hechos y los fundamentos de la demanda versan sobre la falta de fundamentación jurídica del convenio urbanístico y de la arbitrariedad de la permuta. Este pronunciamiento del Tribunal Supremo conlleva flexibilizar la regla de que las pretensiones deben fijarse en el *petitum* de la demanda, tal como establece el artículo 339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto exige que la demanda contenga los hechos, los fundamentos de derecho y la fijación con claridad y precisión de lo que se pida. Como es bien sabido, este precepto es de aplicación supletoria en el orden contencioso-administrativo, de acuerdo con lo que dispone la disposición final primera de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Respecto a la segunda consideración de orden material, el Tribunal Supremo considera que el Tribunal *a quo* parece basarse en que, al ser el convenio urbanístico un contrato regido por sus propias normas y celebrado entre el Ayuntamiento y dos entidades mercantiles, la asociación demandante no puede extender la acción pública a combatirlo. Ello es considerado contrario al artículo 304 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 —actualmente, arts. 4.f) y 48.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008—, pues se afirma que la acción pública abarca legítimamente tanto el convenio urbanístico de permuta de los inmuebles que ha sido la base y fundamento real de la modificación del planeamiento como esta misma.

Y, en segundo lugar, el Tribunal Supremo examina el otro motivo, relativo a la vulneración de las normas que rigen los actos y garantías procesales con indefensión. Según el recurso de casación, se han denegado determinadas pruebas documentales solicitadas por la asociación recurrente tendentes a acreditar la protección de todas las construcciones existentes dentro del recinto de la Tabacalera y, a su vez, la sentencia recurrida manifiesta que la asociación no ha justificado que dichas construcciones estuvieran protegidas. El Tribunal Supremo sostiene que estas pruebas fueron denegadas injustificadamente, pues tenían por objeto acreditar la protección de los inmuebles, así como también que se enmendó parcialmente dicho error al ordenar, como diligencia final, la práctica de sólo algunas de ellas. Como hemos se-

ñalado, la estimación de este motivo comporta que el Tribunal Supremo ordene reponer las actuaciones al momento en que se incurrió en la falta por haberse denegado improcedentemente dichas pruebas documentales. Así como que no se pronuncie sobre la legalidad del convenio urbanístico, sino que ordene hacerlo a la nueva sentencia que deba dictar la Sala de instancia a tenor de la valoración de las pruebas que se practiquen (AP).

#### IV. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES CONTINUADAS

Una de las características de las infracciones continuadas es que la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción viene determinada por los hechos finales y no por los iniciales de la conducta infractora. De esta manera, el *dies a quo* será el momento de la finalización de la actividad o del último acto con el que la infracción se consuma. Así está previsto en la legislación sectorial, como, por ejemplo, en urbanismo (art. 92.2 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, Reglamento de Disciplina Urbanística) o en costas (art. 176.2 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, Reglamento de la Ley de Costas). Ahora bien, una dilatada y desproporcionada pervivencia de la potestad administrativa sancionadora puede vulnerar el principio general de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE), obligando a modular la configuración de la fecha inicial del plazo de prescripción de las infracciones continuadas. De ello, precisamente, se ocupa la sentencia que comentamos.

Nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.<sup>a</sup>), que declara no haber lugar al recurso de casación promovido por la Junta de Andalucía contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de diciembre de 2010 que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la persona sancionada contra una sanción de 714.275,89 euros por una infracción urbanística consistente en la parcelación ilegal en suelo no urbanizable.

El recurso de casación de la Junta de Andalucía se basa en un único motivo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por infracción del artículo 230.1 y 2 del Real Decreto legislativo 1346/1976, de 9 de abril, Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, y del artículo 92.2 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, Reglamento de Disciplina Urbanística. Se alega que las

parcelaciones urbanísticas constituyen una actividad continuada y, por tanto, según reiterada jurisprudencia, las parcelaciones ilegales no pueden considerarse actos aislados, sino como una infracción continuada. Siendo entonces la fecha de inicio de dicha infracción continuada la de finalización de la actividad o del último acto con el que la infracción se consuma. Ello conlleva que en el presente caso de venta, como suelo urbano, de unas ochocientas parcelas, el plazo de prescripción de cuatro años comience a contar desde el último acto de parcelación en el año 2005, sin que se deba tener en cuenta que entre 1979 y 1980 se vendieron 420 parcelas; entre 1989 y 1995, 357 parcelas más, y en el período final entre 2004 y 2005, sólo cinco parcelas.

La sentencia del Tribunal Supremo admite que la jurisprudencia ha calificado las parcelaciones ilegales en suelo no urbanizable como infracciones continuadas, puesto que la parcelación en suelo no urbanizable es una actividad continuada al requerir un proceso de actos de segregación y venta que habitualmente se producen a lo largo del tiempo. Ahora bien, señala que el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE determina la imposibilidad de ejercer la potestad administrativa sancionadora *sine die*, sino que debe realizarse dentro del plazo previsto por el ordenamiento jurídico al que obedece el instituto de la prescripción. Además, afirma que ello incide en la determinación de la fecha de inicio de las infracciones continuadas, debiendo tener en cuenta, inevitablemente, el examen de las características concretas de las operaciones de segregación. Sin ánimo exhaustivo, destaca que se debe analizar el proceso temporal en que tuvieron lugar, la fecha de inicio de las operaciones de segregación, la fecha de inicio del expediente sancionador, la forma en que se documentaron las actuaciones de segregación y, en definitiva, el posible conocimiento que tuvo o debió tener la Administración sobre tales hechos con anterioridad al inicio del expediente sancionador.

En relación al caso concreto, fija como datos de especial relevancia, entre otros, los siguientes: a) las operaciones jurídicas de segregación y venta de parcelas se iniciaron en el año 1979, conllevando un proceso que ha durado unos veinticinco años; b) tales negocios jurídicos se documentaron notarialmente, excepto los cinco últimos, llevados a cabo en los años 2004 y 2005, que se realizaron en documento privado; c) el procedimiento sancionador se inicia en 2007 en base a unas inspecciones realizadas en el mismo año y, por tanto, transcurridos veintiocho años después del inicio de las segregaciones y ventas sin que en ese largo periodo conste reacción alguna en este sentido por parte de las Administraciones local o autonómica; d) al momento de iniciarse la parcelación, el planeamiento clasificaba los terrenos como suelo no

urbanizable y dicha clasificación se ha mantenido en los posteriores planeamientos urbanísticos; e) buena parte de las operaciones de segregación y venta de las parcelas han sido objeto de liquidaciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, de la Contribución Urbana y del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de Naturaleza Urbana de 1990.

Según el Tribunal Supremo, estas circunstancias determinan que no se puedan admitir las alegaciones de la Junta de Andalucía de considerar el año 2007 como fecha en que tuvo conocimiento fehaciente de la parcelación ilegal como consecuencia de las actas de inspección. Además, la sentencia pone de relieve la pasividad administrativa mantenida a lo largo de prácticamente veintiocho años, calificándola del todo punto reprochable. Y concluye que ello comporta que no se puede determinar que al tratarse de una actividad continuada y realizarse la última venta en el año 2005, sea esa fecha a la que debe referirse el *dies a quo*.

Asimismo, la sentencia insiste en que tanto el Ayuntamiento como la Junta de Andalucía debieron conocer, mucho antes de las actas levantadas en el año 2007, de los negocios jurídicos y de las actuaciones materiales de urbanización y construcción que se derivaban de la parcelación ilegal. Y les recuerda que debieron entonces realizar las potestades previstas en el ordenamiento jurídico, entre ellas la sancionadora. Así como que sólo y exclusivamente la inactividad y la permisividad de ambas Administraciones (incluso advierte «posiblemente susceptible de exigencia de algún tipo de responsabilidad al margen de este recurso») fueron la causa que provocó la prescripción de las infracciones, excepto en relación con las cinco ventas correspondientes a los años 2004 y 2005, cuya sanción se mantiene.

Vemos, pues, cómo la inactividad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora puede comportar un replanteamiento de la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de las infracciones continuadas (AP).