

CRÓNICA DE TRIBUNALES

ALFONSO MELÓN MUÑOZ

En las páginas siguientes se recogen, con cierta brevedad, reseñas y análisis de diversas resoluciones judiciales relevantes dictadas en la jurisdicción y partidos judiciales de la Comunidad Autónoma de La Rioja o con incidencia en ellos, directa o indirecta, producidas en el periodo al que se contrae el presente número del ANUARIO. Se ha incluido asimismo, algunas dictadas tras el fin del lapso estudiado por su conexión con otras producidas dentro del mismo. Igualmente, se examina alguna resolución de carácter administrativo, por su relevancia y novedad.

- 1) *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Logroño. Auto de fecha 27 de noviembre de 2008. Autorización de entrada en domicilio. Doctrina.*

Irrevocabilidad del consentimiento prestado. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30-10-2008 (recurso de casación nº 5900/2006)

La resolución estudia el problema de la autorización de entrada en domicilio y/o lugares de acceso restringido o dependiente de consentimiento del titular. Especialmente en caso de procedimientos incoados en virtud de denuncia.

La regulación de la autorización judicial de entrada en domicilio para el ejercicio dentro de los mismos de funciones administrativas, se contiene en el art. 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio.

El citado art. 91.2 de la LOPJ establece que «*corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración*»:

Diversas sentencias del Tribunal Constitucional (entre otras, la Sentencia 137/1985, de 17 de octubre y la Sentencia 129/1990, de 26 de marzo), señalan que incumbe al órgano judicial comprobar la existencia del acto administrativo que justifica la limitación al derecho fundamental, la identificación correcta del sujeto pasivo afectado, de los locales objeto de entrada, así como verificar que constan determinados los sujetos que van a entrar en el domicilio y locales citados, así como la duración de la citada intromisión en el ámbito del ciudadano o persona afectada.

Por su parte, el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa LJCA establece:

«Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular; siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración Pública».

El Tribunal Constitucional ha recordado en diversas ocasiones que *“La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia «con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho», significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución»*(Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero).

Así, en Sentencia nº 235, de fecha 10 de marzo de 2005, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha declarado en su Fundamento Tercero *«(...) la entrada es en el caso una diligencia necesaria para la consecución del fin pretendido pues consta la negativa del sujeto pasivo a permitir la entrada de la inspección en el domicilio para el que se pide la autorización y la diligencia aparece como precisa para el buen fin de las diligencias inspectoras (...). Y se concluye que la invasión domiciliaria se estima proporcionada y que existe el título habilitante para una actuación de ejecución administrativa y que cabe predicar de la actuación administrativa una apariencia de legalidad que colma el control «prima facie» que el órgano jurisdiccional puede realizar en esta sede conforme a la jurisprudencia constitucional.»*.

Y en el Fundamento Cuarto *“(...) La causa no sólo se encuentra en la Orden de carga de la Inspección (...), sino, y principalmente, porque iniciadas tales actuaciones (...), se produjo la negativa del sujeto pasivo a la entrada posterior para su examen, lo cual significa un bloqueo efectivo de la propia actividad inspectora.»*

Los criterios y parámetros establecidos por la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, así como de órganos judiciales supranacionales parten de un

criterio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida y el sacrificio que se propone (Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1995), tanto en la concesión de la autorización de entrada, como en su ejecución.

De esta forma.

- 1) La entrada que se pretende es estrictamente precisa a los efectos de ejecución de los actos administrativos. Es esencial para la concesión de la entrada que, en caso de negativa, se frustre la actuación administrativa (Sentencia TSJ La Rioja de 30 de mayo de 2000 RJ. 1169). Pues es imposible hacer la prosecución del expediente de Inspección sin la entrada domiciliar que se recaba.
- 2) Como medida eventualmente restrictiva en el ejercicio de un derecho fundamental, se solicita la misma reducida al mínimo indispensable, adoptándose en su ejecución las cautelas que al efecto pudiera establecer la autoridad judicial. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exige la evitación de comportamientos arbitrarios en la ejecución de dichos actos cuando están en juego derechos fundamentales, limitándose el período de duración y el tiempo de entrada y/o el número de personas que han de acceder al lugar de referencia, otorgándose así con las garantías suficientes y haciendo posible el equilibrio de los intereses general y particular en conflicto (Sentencias TEDH 25 de febrero de 1993 –caso Funke–; 16 de diciembre de 1992 –Niemiets–; Tribunal Constitucional 7/1992; Tribunal Supremo 23 de julio de 1997 RJ. 6478).
- 3) Es posible solicitar y otorgar la autorización con anterioridad a una eventual negativa por parte del titular para permitir el acceso, bien que condicionada su efectividad a la actualización de dicha negativa potencial (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2000).

La Administración Pública debe aportar, con su solicitud, prueba bastante de la necesidad de la entrada en domicilio. Pues queda probado:

- que lo que pretende ejecutar son actos administrativos, producido por una Administración Pública, en ejercicio de potestades públicas y susceptibles de ejecución;
- que se ha tramitado el correspondiente procedimiento administrativo, adecuado al ejercicio de la potestad pública que se actúa;

- que, por tanto, no hay vía de hecho;
- que se han respetado las normas y reglas procedimentales de aplicación al caso.

Por fin, la resolución judicial puede dictarse **sin audiencia previa** al titular del domicilio o lugar de acceso restringido, pues es imprescindible que la decisión, en caso de ser estimatoria de la petición que se deduce, se adopte «*inaudita parte*». En otro caso, la finalidad de ejecución que se persigue quedará frustrada o podría quedarlo, por razones que no es preciso detallar (fundamentalmente, desaparición de los documentos o soportes informáticos necesarios para la comprobación tributaria).

En el campo de la aplicación del sistema tributario, ha de atenderse adicionalmente a los contenidos de la Ley General Tributaria (–en adelante, LGT–). De ella pueden destacarse los siguientes preceptos.

Su artículo 151.2 habilita a la Inspección para personarse sin previa comunicación en las empresas, oficinas, dependencias instalaciones o almacenes del contribuyente. El 142.1 bajo el título «*facultades de la Inspección de los tributos*» dispone que las actuaciones inspectoras se realizarán mediante el examen de documentos, libros, contabilidad principal y auxiliar, ficheros, facturas, justificantes, etc.

El artículo 151.3 LGT ordena, por su parte, que los libros y demás documentación a los que se refiere el artículo 142.1 sean examinados en el domicilio, local, despacho u oficina del obligado tributario.

Asimismo, el artículo 142.2 establece que cuando las actuaciones inspectoras así lo requieran, los funcionarios que desarrollen funciones de inspección de los tributos podrán entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen las actividades o explotaciones sometidas a gravamen...

Por fin, el mismo precepto señalado en el apartado anterior dispone que cuando en el ejercicio de las actuaciones inspectoras fuera necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario se pedirá la correspondiente autorización judicial, no dándose el consentimiento del obligado tributario.

Junto a ello, el artículo 114 dispone que: «*Mediante la denuncia pública se podrán poner en conocimiento de la Administración tributaria hechos o situaciones*

que puedan ser constitutivos de infracciones tributarias o tener trascendencia para la aplicación de los tributos. La denuncia pública es independiente del deber de colaborar con la Administración tributaria regulado en los artículos 93 y 94 de esta Ley.

2. *Recibida una denuncia, se remitirá al órgano competente para realizar las actuaciones que pudieran proceder. Este órgano podrá acordar el archivo de la denuncia cuando se considere infundado o cuando no se concreten o identifiquen suficientemente los hechos o las personas denunciadas. Se podrán iniciar las actuaciones que procedan si existen indicios suficientes de veracidad en los hechos imputados y éstos son desconocidos para la Administración tributaria. En este caso, la denuncia no formará parte del expediente administrativo.»*

Con este contexto formativo procesal y sustantivo, la resolución analizada, tras examinar la doctrina jurisprudencial general en estas cuestiones, incide sobre el aspecto de las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio o lugar de acceso restringido o dependiente de la voluntad o consentimiento del titular en supuestos de expedientes de Inspección incoados en virtud de denuncia anónima.

El criterio general en tales supuestos es la extremación de las exigencias y requisitos precisos para la concesión de la autorización. No tanto en supuestos de denuncia nominativa.

La segunda de las resoluciones citadas en el encabezamiento pone de manifiesto que, una vez prestado, el consentimiento por el titular del domicilio o lugar de acceso restringido, es irrevocable.

- 2) *Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 25 de febrero de 2008. Plazos. Interposición del recurso contencioso-administrativo.*

La resolución reseñada analiza y acoge la doctrina jurisprudencial ya muy reiterada del cómputo de plazos en sede contencioso-administrativa –y, asimismo, administrativa–, considerándola una vez más conforme a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce con rango de derecho fundamental el artículo 24 de la Constitución.

El cómputo de plazos se rige en sede procesal por los artículos 182 a 185 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, reformada en este aspecto por la Ley Orgánica 19/2003; por el artículo 128 de la Ley 29/1998, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa; por los artículos 130 a 136 de la Ley 1/2000, de

Enjuiciamiento Civil –afectada por la Ley 41/2007–; y, en sede administrativa, por el artículo 48 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) –modificada por la Ley 4/1999.

Con arreglo a dichos preceptos, si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo.

Es tradicional y consolidadísima la jurisprudencia respecto de los plazos señalados por meses o años, cuyo cómputo se inicia al día siguiente de la notificación. Conforme a ella, en la regla de computación «de fecha a fecha», para los plazos señalados por meses o por años, el «*dies ad quem*» en el mes de vencimiento de que se trate es el equivalente al día de la notificación o publicación en el mes inicial. Es decir en los plazos señalados por meses, y aunque el cómputo de fecha a fecha se inicie al día siguiente al de la notificación o publicación, el día final de dichos plazos será siempre el correspondiente **al mismo número ordinal del día de la notificación o publicación** del mes o año que corresponda (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1998 RJ. 4349; 13 de febrero de 1998 RJ. 2091; 2 de diciembre de 1997 RJ. 9675; 18 de febrero de 1994 RJ. 1162; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 1997 RJ. 2036; 24 de marzo de 1994 RJ. 10717).

Pues bien, la sentencia objeto de comentario aplica al supuesto enjuiciado la doctrina indicada, considerando extemporáneo e inadmitiendo un recurso contencioso-administrativo interpuesto fuera de plazo, por un día.

- 3) *Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de fecha 17 de enero de 2008 (RJCA 139). Nulidad del Decreto del Consejo de Gobierno de Cantabria 57/2006 –Normas urbanísticas regionales–. Omisión del trámite de información pública del informe ambiental.*

Se incorpora una referencia a esta sentencia, en principio ajena al ámbito territorial de la Comunidad de La Rioja, en cuanto constituye una referencia imprescindible a la actualidad judicial del ejercicio 2008, tanto por la doctrina que contiene –nulidad radical en caso de omisión de trámite de información pública del informe ambiental de una norma reglamentaria de planificación o contenido urbanístico– como por el efecto desplegado en el grupo rector del urbanismo en la Comunidad a la que afecta, con la caída en bloque de la disposición de referencia.

Al margen de otros prolijos y exhaustivos razonamientos, se indica en la sentencia de referencia lo que se transcribe a continuación.

«Dada la importancia tanto de la Evaluación como de los trámites previos y por su incidencia en la necesaria transparencia y participación ciudadana, también el trámite de información pública supone un requisito esencial para el Tribunal Supremo. La STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 2 de noviembre de 2005 RJ 7419, alude al trámite de información pública, como fórmula que garantiza la participación de los ciudadanos en el proceso de elaboración de la norma de planeamiento en defensa de sus intereses y como contribución crítica al desiderátum de oportunidad, legalidad y acierto de la misma». Y así se concluye expresamente en la STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 12 de abril de 2005 RJ 4726. Conforme a esta sentencia, cuando una normativa exige la publicación del estudio de impacto ecológico como un trámite de ineludible observancia, su defecto pasa a ser vicio invalidante «ya que asegura la participación de los ciudadanos y otros organismos en las materias que afectan a la conservación y defensa del medio natural, pues, de lo contrario, se le priva de la posibilidad de exponer razones o motivos de fondo y de forma para oponerse al proyecto y proponer, en su caso, una localización alternativa, sin que tal publicidad sea la contemplada en el artículo citado como infringido, al regularse por la Ley 30/ el trámite de audiencia de los interesados en un expediente administrativo...». En el mismo sentido, la STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 6 de junio de 2007, RJ 4829, la cual apostilla que la falta de información pública «es susceptible de causar indefensión a los afectados y su omisión no está justificada por el principio de celeridad..., sin que exista otro modo de subsanar el defecto de publicación que anulando la aprobación definitiva del indicado Proyecto para que se someta al preceptivo trámite de información pública». Y ello por cuanto, como indica la STS, Sala 3ª, sec. 3ª, de 24 de octubre de 2007 RJ 8164 «según es doctrina del Tribunal Constitucional referida en la sentencia 119/1995, RTC 199, el trámite de información pública tiene el significado de dotar de cierta legitimación popular a la actividad administrativa planificadora, mediante el llamamiento que se efectúa a las personas o colectivos interesados, al objeto de que puedan intervenir en el procedimiento y expresen sus opiniones que sirvan de fuente de información a la Administración, favoreciendo el acierto y la oportunidad de la decisión que se vaya a adoptar». En el mismo sentido cabría citar una larga lista de Sentencias que, incluso con las normativa ambiental anterior, apostaban por la nulidad del instrumento de planeamiento si se había omitido la publicidad del estudio o informe de impacto ambiental cuando el mismo resulta preceptivo (SSTS Sala 3ª, sec. 5ª, de 15 de marzo de 2006, RJ 2308, de 12 de noviembre de 1998, RJ 9597, sec. 4ª, de 11 de julio de 1986, etc.).

Por todo ello, no cabe sino concluir la estimación del recurso por falta de información pública del Informe de Impacto Ambiental.» Con la consiguiente declaración de nulidad en bloque de la disposición.

Muy significativo es el párrafo final del fundamento jurídico séptimo:

«Finalmente, señalar que la Sala lamenta tener que adoptar tan drástica solución frente a una Administración que ha dado muestras sobradas de receptividad a la normativa comunitaria ambiental, y declarar la nulidad de las Normas Urbanísticas Regionales por un motivo en apariencia formal, pero que la legislación de forma progresiva, al igual que la jurisprudencia, le ha otorgado el carácter de esencial, imponiéndolo como trámite preceptivo en virtud de una normativa aprobada al final de su tramitación, pero aplicable ratione temporis, y que siquiera invocada por los Ayuntamientos recurrentes».

- 4) *Licencias urbanísticas. Silencio administrativo. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de enero de 2009, en interés de la Ley –recurso 45/2007; BOE 30-3-2009).*¹

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Logroño. Sentencia de fecha 17 de junio de 2008, nº 166/08. Deficiencias en la solicitud de licencia. Procedencia de apertura de trámite de subsanación.

En el número precedente de este anuario, se hacía referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 2007 (RJ 7327) que terciaba en la polémica jurisprudencial y doctrinal relativa al régimen y sentido del silencio administrativo en sede urbanística.

Efectivamente. Los parámetros del debate se han planteado en términos los siguientes, a partir del contenido del Real Decreto Legislativo 1/1992, Texto Refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana art.242.6 –derogado actualmente por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de suelo, con efecto 27-6-2008; del Real Decreto Legislativo de 9 de abril de 1976 art.178.3; del Reglamento de Disciplina Urbanística art.5.1, y de disposiciones autonómicas de semejante contenido.²

La doctrina tradicional ha sostenido que, ante solicitudes disconformes a derecho, opera silencio negativo por imperativo de tales preceptos (Sen-

1 Sobre esta cuestión ha de destacarse el magnífico trabajo de VEGA LABELLA, JOSÉ IGNACIO «El silencio administrativo *contra legem* en el ámbito urbanístico: análisis crítico de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009» publicado en la Revista trimestral de la Editorial Francis Lefebvre *ACTUM Inmobiliario & Urbanismo*, correspondiente a julio 2009 (nº 7).

2 Seguimos en este punto la exposición efectuada en *Memento Práctico Francis Lefebvre Urbanismo* 2009. A. MELÓN (dir). Madrid. 2009.

tencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2001 RJ 6792; 8 de noviembre de 2003, RJ 8045; 3 de noviembre de 2005 RJ 7973; 31 de octubre de 2006 RJ 2007/540; Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 16 de noviembre de 2007, JUR 2008/30433; Cantabria 28 de mayo de 2007 JUR 287131). El silencio sólo es positivo cuando el acto o el plan de que se trate es conforme a la legalidad urbanística (Consejo de Estado Dictamen 648/1992; Tribunal Superior de Justicia Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 28 de febrero de 2002; Baleares 31 de octubre de 2002, RJCA 1254), de forma que es preciso, además del transcurso del tiempo sin resolución, la ausencia de vulneraciones legales, ya sean éstas vicios de nulidad o de mera anulabilidad, asimilándose a las vulneraciones legales la transgresión de planes de superior jerarquía.

Un segunda línea, declara aplicable sin reservas en esta materia el régimen contenido en la LRJPAC art.42-44 redacc L 4/1999 (Sentencia Tribunal Superior de Justicia Baleares 16 de noviembre de 2004 JUR 188460). Conforme a ésta, se interpretan los preceptos citados en de la forma siguiente. El régimen del silencio positivo, en aplicación de normativa especial tiene su excepción en lo fijado a nivel legal en la Ley del Suelo de 1992, art.242.6, cuyo contenido ha subsistido después de La Ley 6/1998 y de la Ley 8/2007, de suelo,³ cuando tras regular el régimen del silencio en materia de licencias urbanísticas, señala que en ningún caso se entienden adquiridas por silencio administrativo las licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanísticos, previsión ésta que encuentra es igualmente aplicable al considerarse **nulos de pleno derecho** los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos por quien carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (LRJPAC art.62.1 f), por lo que la **función fiscalizadora** de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se ha de centrar en si la eficacia del acto presunto, estimatorio de la licencia solicitada, es o no conforme a la legalidad urbanística vigente en el momento en el que se presentó la solicitud del interesado a la que la Administración no ha dado respuesta expresamente (Tribunal Superior de Justicia Cantabria 14 de diciembre de 2004 JUR 2005/34339). Es decir, el citado precepto de la Ley de 1992 no desplazaba el juego formal de las reglas del silencio en este campo, determinando la invalidez por nulidad del acto presunto estimatorio. Siempre, eso sí, que la documentación formalmente exigible a la solicitud de licencia sea correcta y completa (Tribunal Superior de Justicia Madrid 10 de mayo de 2007 JUR 322430, sobre licencia de primera ocupación, respecto de la que procede silencio negativo ante la falta del informe o declaración de

³ Actualmente derogado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, que asume el precepto en su artículo 8.1.

conformidad el técnico municipal exigido por L Madrid 9/2001). En este sentido también Tribunal Superior de Justicia Madrid 20 de mayo de 2004 RJCA 994; Andalucía 29 de marzo de 2007 RJCA 479.⁴ No obstante en un supuesto

4 En esta sentencia (analizada y citada en el trabajo indicado de Vega Labella), contra la que se interpuso el recurso de casación en interés de Ley en el que se ha dictado la del Tribunal Supremo de 28-1-2009, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, analiza la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, artículo 172.5 5. Este precepto establece que *«la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación.»*

El precepto *«confiere la autorización por silencio positivo cuando no se notifique, dentro del plazo de tres meses, la resolución desestimatoria. ... La norma autonómica establece la solución de carácter práctico sobre el debate de las facultades obtenidas por silencio que sean contrarias a ordenamiento jurídico. El inciso final del número 5 de este precepto advierte que: «El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación».* Es decir, la Ley autonómica contempla la posibilidad de obtener una facultad por el juego de silencio positivo, pero exige *«en todo caso»*, es decir, siempre, que en estos supuestos se comunique al municipio el comienzo de cualquier obra con un plazo de diez días de antelación. La norma autonómica apunta a la solución práctica de control a posteriori de la facultad obtenida por silencio y posible inicio del expediente de revisión de oficio al amparo de la causa de nulidad regulada en el artículo 62. «F» de la Ley 30/92. Es en este plazo de diez días donde la Administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos diez días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto. La Ley evita, en esta interpretación, la colisión frontal entre legalidad y seguridad jurídica que otras interpretaciones implican. Pues choca contra la seguridad jurídica mantener que es nulo radicalmente lo que se obtiene por silencio si lo obtenido son facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Porque desde la perspectiva del administrado la Ley le otorga una facultad si la Administración, en el plazo marcado por la norma, no impide la concesión de dicha facultad. Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de su petición. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse, a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo, que sólo su indolencia ha provocado. Mantener esta interpretación interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciada por la Ley 30/92 y culminada con la Ley 4/99.»

Sigue indicando la resolución que *«frente al anterior esquema, bastante claro en la Ley 4/1999, la influencia del artículo 242. 6 de la Ley de Suelo, debe entenderse como un mandato dirigido tanto a la propia Administración como al solicitante de la licencia. Dicho precepto intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico. Lo cual es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio. Porque tampoco se permite que se adquieran facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico a través de un acto expreso. Por eso en la legislación urbanística, tanto estatal como autonómica, se permite que la propia Administración urbanística actúe, incluso mediando una licencia, si ésta se considera legal o contraria a la ordenación urbanística. Simplemente debemos recordar el artículo 190 de la LOUA, antes citado. Porque igual que puede existir un acto administrativo que concede una licencia por silencio positivo que resulte contraria al ordenamiento jurídico, también puede suceder que una li-*

de silencio positivo por conformidad con la ordenación de lo solicitado, se

cencia expresa otorgue facultades que resulten contrarias al mismo ordenamiento jurídico urbanístico. Y la respuesta del legislador, en el caso de acto expreso, no es entender que no existe la licencia, sino instar la revisión de la misma. Si se identifica acto expreso con acto presunto, los efectos tienen que se iguales, y la revisión, también.

La garantía de los intereses generales urbanísticos que fundamenta el artículo 242.6 de la Ley de Suelo no pierde intensidad con esta interpretación. En efecto, el artículo 62. f de la Ley 30/1992, configura un concreto motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico. De tal manera que la reforma operada por el legislador procedimental común tiene en el mismo texto legal una corrección técnica que conjuga la garantía de los intereses generales y la seguridad jurídica. El interesado entenderá que ha obtenido su solicitud por silencio positivo, por expreso deseo de legislador y por la falta de respuesta de la Administración a su petición, pero el interés general se ve defendido pudiendo la misma Administración instar la revisión de lo obtenido por silencio. Siendo una conducta obligada para la Administración revisar esta licencia adquirida por silencio una vez que tenga conocimiento de su existencia. Y en esa revisión podrá invocar el artículo 242. 6 de la Ley de Suelo en relación con el artículo 62. f de la Ley 30/1992.

Pretender que el artículo 242. 6 de la Ley de Suelo, una vez que se ha promulgado la Ley 4/1999 con la redacción dada al art. 43 de la Ley 30/1992, exime a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación. Como veremos a continuación:

En efecto, si se ha producido la estimación de la solicitud por la técnica del silencio positivo es debido, en primer lugar, a la falta de respuesta de la Administración. Entender que ninguna consecuencia jurídica produce esta falta de respuesta, porque no se puede obtener por silencio lo que es contrario a la norma jurídica urbanística, es cargar sobre el interesado la calificación urbanística de la petición. En efecto, en esta hipótesis, el interesado solicita una licencia, no tiene respuesta del obligado a dársela, se produce la resolución presunta que otorga la licencia, pero el administrado observa que lo obtenido por silencio puede ser contrario a norma jurídica y, en pura consecuencia, entiende que no ha podido obtener lo que pensaba que era lícito. Será de su responsabilidad lo que a partir de aquí haga. Y ninguna responsabilidad tendrá la Administración indolente. Esta solución no parece razonable, ni siquiera contemplando la satisfacción de los intereses generales que justifica la existencia del artículo 242. Seis de la Ley de Suelo.

En segundo lugar, si el interesado se equivoca en la calificación jurídica que debe hacer a su petición tras la existencia del silencio positivo e inicia actos de edificación que son rechazados por una resolución administrativa, deberá acudir a la jurisdicción para impugnar esta resolución que va en contra lo que entiende que es un acto de concesión de licencia por silencio administrativo. En la jurisdicción hará valer la existencia de la licencia, y la Administración, que en su momento no contestó su petición, le contestara en la demanda que nunca tuvo la licencia por aplicación del artículo 242.6 de la LS. El debate procesal quedará planteado sobre la existencia o no del silencio positivo, pero añadiendo la Administración, como una reconvencción procesal, un impedimento legal para la existencia del silencio que debió decirlo en su momento, pero que traído al debate procesal como argumento de oposición implica, caso de ser estimado por el órgano judicial, una suerte de revisión de un acto administrativo producido según las normas de procedimiento, pero contrario al ordenamiento jurídico, según el derecho material urbanístico. En definitiva, una sentencia que no pone fin a un debate sobre la existencia del silencio positivo, que es la pretensión procesal deducida, sino a un proceso sobre la legalidad urbanística de lo conseguido por la figura del silencio positivo, que no es la pretensión que esgrimió el interesado cuando acudió a la jurisdicción. En definitiva la sentencia, en este segundo supuesto, estimaría la pretensión reconvenccional de la Administración. Por tanto esta última, que ha originado el problema al no resolver en plazo, acaba beneficiándose de su incumplimiento pues hace cargar al interesado con la obligación de

ha considerado que la ausencia de cierta documentación no impide que se produzca la estimación presunta (Tribunal Superior de Justicia Canarias 5 de marzo de 2007 JUR 173842).

- En la actualidad, el precepto especial se contienen en el Real Decreto Legislativo 2/2008, art.8.1.b). Dado su rango legal y carácter posterior a LRJPAC parece razonable sostener que su criterio (coincidente con el expuesto en el punto primero)– se imponga.

En este sentido, la sentencia objeto de examen, dictada en interés de la Ley (rec. 45/2007, BOE 30-3-2009; RJ 1471) ha declarado que no pueden entenderse adquiridas por silencio licencias contrarias a la ordenación territorial y/o urbanística. Afirmación que puede tener valor especialmente significativo, aparte de por su carácter de doctrina legal, por su fecha, posterior a la entrada en vigor del citado precepto del Real Decreto Legislativo 2/2008.

Concretamente, la resolución citada indica que *«la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.»*

Por ello ratifica su doctrina anterior.⁵

impugnar una resolución que le impide la efectividad de lo que parece que se ha producido por silencio positivo y, además, se evita la tramitación de un proceso de revisión. Por otra parte, la jurisdicción se pronuncia sobre la legalidad urbanística de una petición de licencia que no ha sido objeto de pronunciamiento al respecto en sede administrativa, incumpliendo así su carácter revisor. Pues la falta de respuesta a la petición de licencia en sede administrativa hace que el debate sobre la legalidad urbanística de la petición se haga, por primera vez, en sede jurisdiccional.»

- 5 Muy interesante a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 24 de abril de 2009 que respecto del silencio en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico diferencia entre el régimen de las licencias y demás actos y el de los actos aprobatorios de los planes. En concreto:

«...La aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 al ámbito urbanístico no ofrece dificultades tratándose de solicitudes de licencias, pues éstas son actos administrativos de autoriza-

Respecto de los requisitos para que opere el silencio (en su caso, positivo, si lo solicitado es conforme a la ordenación) en el campo de las licencias urbanísticas, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Logroño de fecha 17-6-2008, nº 166/08, analiza la ausencia o presencia de deficiencias en la solicitud presentada. De manera que, ante una petición de licencia urbanística carente de los documentos adjuntos o requisitos precisos, procederá no la denegación ni la aplicación automática del silencio negativo, sino la apertura de trámite de subsanación de acuerdo con LRJPAC art.71. Así por ejemplo, por la falta de proyecto técnico.

Una vez abierto el trámite, se aplicará la consecuencia oportuna en función del resultado del mismo.

- 5) *Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño –con competencias en lo Mercantil. Auto de fecha 12 de marzo de 2008. Concurso. Liquidación. Purga de cargas anotadas en garantía de crédito concursal, en caso de enajenación de bien inmueble.*

La resolución mencionada se pronuncia acerca de la subsistencia o purga de cargas obre una finca registral cuya venta se celebró en fase de liquidación mediante subasta notarial. Pendían sobre ella diversas anotaciones preventivas de embargo a favor de distintas Administraciones Públicas, todas anteriores a la fecha del Auto de declaración del concurso. Igualmente anteriores

ción plenamente incardinables en esa regulación de la Ley 30/1992, aunque habrá que conjugar ésta, claro es, con las singularidades que determina la legislación urbanística.

Las cosas son algo distintas cuando se trata de la aprobación de instrumentos de planeamiento, pues sabemos que no son actos; aún así, precisamente porque en la legislación procedimental común no existe una regulación del silencio referida a la aprobación de disposiciones de carácter general, las normas que regulan el silencio en la producción de actos administrativos constituyen una referencia interpretativa difícilmente eludible.

Pues bien, en lo que se refiere a la aprobación de instrumentos de planeamiento lo que establecen los artículos 40.1 y 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 obliga a afirmar que la regla general es la del silencio positivo, coincidente, por tanto, con la que resulta del artículo 43.2 de la Ley 30/1992, según redacción dada por la Ley 4/1999.

Pero, a diferencia de lo que sucede en materia de licencias, con relación a los instrumentos de planeamiento no existe la norma con rango de ley que impida su aprobación por silencio contra legem. No pueden invocarse a tal efecto los ya citados artículos 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 242.6 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 –ni, en el caso específico de Navarra, disposición adicional cuarta de la Ley Foral 10/1994 – pues tales disposiciones se refieren a la adquisición por silencio de licencias, derechos o facultades, pero no a la aprobación de instrumentos de planeamiento por esta vía.»

Lo que lleva a diferenciar el tratamiento de ambos ámbitos: exclusión del silencio «contra legem» en el primero; no exclusión de dicho silencio en el segundo, sin perjuicio de la invalidez de acto presunto positivo.

eran los embargos de que traían causa, y las correspondientes providencias de apremio dictadas en el expediente administrativo respectivo.

El fundamento en el que se basa esta resolución es el artículo 82.3 de la Ley Concursal, que, en sede de formación de inventario, dispone:

«El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva.»

De donde resulta que las cargas o embargos anotados en garantía de deudas incluidas en la masa pasiva, se han de purgar y cancelar en las enajenaciones efectuadas, al menos, en liquidación.

Independientemente de la crítica que pueda merecer este criterio, con arreglo al mismo, en caso de declaración de concurso de acreedores del deudor, el panorama de la suerte de las garantías o aseguramientos constituidos, anotados o inscritos, en su caso, en el Registro de la Propiedad para la protección del crédito público o privado será el siguiente.

Correrán diversa suerte en aquellos supuestos en los que la declaración del concurso impida el inicio o prosecución del procedimiento de apremio correspondiente (Ley Concursal art.55) y además los créditos públicos, tributarios o no, sean concursales (no contra la masa ex Ley Concursal art.84).

En estos casos ha de distinguirse entre:⁶

- a) Hipotecas y garantías reales. Con arreglo a Ley Concursal art.56, 90 y 156 estos créditos no pueden ejecutarse separadamente de manera incondicionada, a diferencia de la legislación de quiebras anterior. Pero no se purgan.

Efectivamente. Cuando los bienes gravados estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, los acreedores hipotecarios o con garantía real ostentan la condición de privilegiados especialmente por el importe asegurado, ejecutándose en el

⁶ De acuerdo con nuestra exposición en *Memento Práctico Francis Lefebvre Administrativo 2009*. A. MELÓN (dir). Madrid. 2009.

concurso salvo que concurra el supuesto de Ley Concursal art.56 (aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación). Incluso las ejecuciones hipotecarias y similares iniciadas, se suspenden como regla, sometándose al mismo tratamiento, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (supuesto en el que continúa la ejecución anterior).

A la hipoteca ha de asimilarse la figura de las afecciones reales reflejadas en notas marginales de afección, constituidas en garantía de determinados créditos públicos generalmente por reintegro de subvenciones, sobre inmuebles determinados en los que había de desarrollarse una actividad subvencionada no cumplida.

A pesar de lo indeterminado, parco y fragmentario de su regulación, puede decirse que la nota marginal de afección es un asiento de caracteres dispersos respecto del que no cabe predicar unidad de régimen, ni directamente ni por asimilación a otros asientos registrales. Un asiento que tiene alcance constitutivo de un derecho real de afección inmobiliaria cuando se practica por imperativo de una norma jurídica específica (siempre que de su concreto régimen así resulte), el cual habrá de integrarse con aplicación de los preceptos rectores del derecho real de hipoteca; especialmente en cuanto al plazo de prescripción de la acción administrativa de cobro que garantiza en aseguramiento de ciertos créditos públicos, que deberá haberse precedido del ejercicio temporáneo por parte del órgano y de la Administración competente de la acción de declaración del deber de reintegro (en su caso). Y en cuanto al tratamiento en caso de concurso. Por fin, es un asiento que constituye una afección no asimilable a la garantía del crédito tributario y, en general, público, consagrada genéricamente en el ordenamiento jurídico.

- b) Embargos y trabas anotados. Si los créditos son concursales, la enajenación en fase de liquidación de las fincas sobre las que se anotan, purga estas anotaciones.
- c) Avaluos y fianzas. La ejecución de los constituidos en garantía de créditos concursales así como las consecuencias de dicha ejecución para la graduación del crédito del fiador o avalista y eventualmente, del crédito garantizado en la parte no cubierta por el aval, han suscitado dudas doctrinales.

La posibilidad de ejecutar los avales, una vez declarado el concurso, implícitamente se halla reconocida en Ley Concursal art.8 y 55, en la medida en la que con la ejecución de los avales se actúa sobre el patrimonio de un tercero; no del concursado. Asimismo, Ley Concursal art.87.6 en la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2009 lo ampara al afirmar que los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Asimismo, la jurisprudencia dictada en relación con la legislación anterior sigue esta línea (Sentencias Tribunal Supremo de 22 de junio de 2002 RJ 7476; 27 de febrero de 2004 RJ 1145). Recientemente, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona en Sentencia de fecha 22 de abril de 2005 lo reconoce.

Sobre las consecuencias derivadas para la ejecución en relación con el avalista quien, como consecuencia del pago, sustituye al acreedor concursal, titular inicial del crédito, ha de seguirse el criterio que atribuye al fiador los mismos beneficios que al acreedor garantizado (Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, Sentencia de 22 de marzo de 2005), salvo en cuanto a créditos de Derecho público y tributarios en lo que respecta al carácter privilegiado en cuanto tales, pues tal privilegio es subjetivo (por razón de la Administración titular unido a la clase de crédito), no extensible a los avalistas o fiadores subrogados por pago.

Este mismo criterio de no extensión al garante de la condición privilegiada del crédito público, una vez pagado, resulta de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de fecha 20 de marzo de 2007, que considera que el crédito que ostenta una aseguradora por subrogación, como consecuencia de la ejecución de un seguro de caución constituido en garantía de un crédito de los indicados, no tiene la condición de crédito privilegiado, al tener el privilegio a favor de la Hacienda Pública carácter subjetivo y no objetivo, por lo que no se transfiere tal privilegio a terceros que se subroguen en el mismo.

- 6) *Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Inaplicabilidad del plazo de caducidad contenido en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso contencioso-administrativo. Auto de fecha 18 de julio de 2008. Sentencia 9 de julio de 2009.*

Conforme al precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil recién citado, «la acción ejecutiva fundada en sentencia caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia».

Conforme a las reglas generales de supletoriedad, dicho artículo y la regla que contiene podrían entenderse de aplicación supletoria al ámbito del proceso contencioso-administrativo (Ley 29/1998, disposición adicional primera), en relación con la ejecutabilidad de sentencias y resoluciones dictadas en su seno.

Sin embargo tanto el auto como la sentencia referidos consideran que no rige en sede contencioso-administrativa, sometida en estos aspectos al plazo de prescripción general de derechos del artículo 1964 del Código Civil.

Al respecto, la sentencia indicada en el encabezamiento, recogiendo el criterio del previo auto, pero con más claridad, expone lo que sigue.

«El juzgador de instancia en el f.j. (sic)⁷ establece «En cuanto a la caducidad de la ejecución por haber transcurrido el plazo previsto en el Art. 518 de la LEC que determina que «la acción ejecutiva fundada en sentencia caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia», no debe olvidarse que nos encontramos ante una sentencia desestimatoria, por lo que la legalidad de los actos administrativos ha sido plenamente confirmada y corresponde a la Administración autora del acto el ejercicio de las potestades administrativas necesarias para materializar el contenido del acto administrativo que ordenaba la demolición, sin que, dada la autotutela ejecutiva que le reconoce el ordenamiento, deba interesar la intervención judicial para la ejecución de sus propios actos. La cuestión de la existencia de un plazo para llevar a cabo la ejecución de los actos administrativos ha sido objeto de una consolidada jurisprudencia que, en la línea de lo alegado por el ayuntamiento demandado ha establecido que una vez acordada la demolición el plazo para su ejecución es de quince años desde que se dictó la orden de demolición...»

La Sala comparte la tesis del juzgador de instancia del juzgador de no aplicar el instituto de la caducidad establecido en el artículo 518 de la LEC y aplicar el plazo de 15 años establecido en el art. 1964 C:C por los siguientes argumentos:

1º En el ámbito de lo Contencioso-Administrativo se cumple con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 y 24.1 C.E) y además le corresponde la función de fiscalizar la actuación del poder ejecutivo asegurando que se ajusta al ordenamiento jurídico (art. 106.1 y 3 C.E.). Es decir los principios que rigen en el orden contencioso no son los mismos que los que rigen el orden civil, nos encontramos ante unos intereses públicos, en principio disponibles, y no ante intereses privados, y la aplicación de la caducidad conduciría un perjuicio a los

⁷ Esto es, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de La Rioja en sentencia nº 173/2009.

intereses públicos, e incluso a los terceros perjudicados, que confiados en la ejecutividad de las resoluciones no se han personado en la ejecución (STS de 7 de junio de 2005) y por tanto la inactividad de la Administración se vería premiada con la aplicación de la institución de la caducidad.

2º *La caducidad está pensada para defensa de los intereses privados (negociables), y el artículo 104.1 de la LJCA establece «Luego que sea firme una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél», de donde se concluye que la sentencia no es un título ejecutivo simplemente sino que la Ley obliga al Juez a ordenar a la Administración que ejecute la sentencia, sin que la Administración pueda suspender o inejecutar, salvo en los supuestos contemplados en la Ley. El obligado a ejecutar la sentencia no es un particular sino una Administración Pública que sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento a la ley, lo contrario asimilaría a la Administración a un deudor que no desea cumplir su obligación. En el ámbito civil, la ejecución de la sentencia se realiza a instancia de parte y en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa el inicio de la ejecución se lleva a cabo de oficio por el órgano jurisdiccional (vid. Art. 104.1 de la LJCA). La acción ejecutiva del artículo 518 de la LEC por los principios que dominan el proceso civil está sometida a la voluntad de los particulares como consecuencia de su beneficio, pero en la ejecución de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativo no solamente existen el beneficiario de la sentencia y la obligación de cumplir la sentencia por parte de la Administración (la Administración está obligada a cumplir la Ley). Esta Sala en auto de fecha 18 de julio de 2008 dictado en el recurso contencioso-administrativo nº131/90 ya mantuvo el criterio de no aplicar la caducidad del artículo 518 de la LEC en la materia de ejecución de sentencias de lo contencioso-administrativo.*

3º *La ejecución de las Sentencias firmes pueden promoverse hasta tanto no haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de la obligación declarada en la Sentencia, que es el de quince años a partir de que ésta quedó firme (arts. 1964 y 1971 del Código Civil) –STSS entre otras de fecha 17 de febrero de 2000 y 20 de septiembre de 2005 Por todo lo anteriormente expuesto procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto.»*

7) *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Logroño. Potestad sancionadora. Urbanismo. Desviación de poder. Ausencia. Falta de acreditación de su concurso. Sentencia de 31 de marzo de 2008, nº 66/2008.*

De acuerdo con la formulación tradicional,⁸ se produce dicha desviación –con carácter de vicio de legalidad– en el caso de ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico al reconocerlas (artículos 63 LRJPAC; 83 LJCA/ 1956) ya sean esos fines públicos y legales o particulares e ilegales (Sentencias del Tribunal Supremo 24 de mayo de 1986, 11 de noviembre de 1993, 14 de julio de 1995). El que alega la desviación de poder debe probarla cumplidamente, sin que pueda basarse en meras presunciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1987 RJ. 6697; 3 de abril de 1992 RJ. 2836; 10 de mayo de 1995 RJ. 4272). Es decir, alegada la desviación de poder **ésta ha de poderse objetivar**, y ha de probarse, con toda certeza, que la Administración se apartó de la legalidad: no valen, pues, meras presunciones ni espaciosas interpretaciones del hacer administrativo (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1994 RJ. 10054; 27 de diciembre de 1985 RJ. 4794; 3 de junio de 1963).

La desviación de poder es exclusivamente el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 1982 RJ. 5835; Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de abril de 1998 RJ. 1736). De esta forma.

- No es procedente desorbitar su extensión, hasta llegar a confundir dicho principio con cualquier infracción del ordenamiento jurídico.
- Es un vicio de legalidad (no de mera moralidad) supone la existencia de un acto administrativo discrecional o reglado que se inserta en el marco de la competencia específica del órgano correspondiente y es ajustado al ordenamiento en cuanto a los requisitos extrínsecos, si bien se encuentra en mayor o menor grado afectado de invalidez, por estar encaminado a la consecución de fines distintos a los marcados por la Ley al otorgar a la Administración las potestades correspondientes a facultades de obrar con fuerza de obligar, que son siempre los de promoción de interés público.
- La diversión de fin no implica que la finalidad desviada haya de ser ilegal.
- La presunción «*iuris tantum*» de legalidad del acto no se ve afectada por la invocación de este vicio, por lo que el que lo alega ha de probar cumplidamente que la Administración al dictar la disposición general o el

⁸ Seguimos en este punto la exposición que se efectúa sobre la materia en nuestro *Memento Práctico Francis Leffebvre Administrativo 2009*. A. MELÓN (dir.). Madrid, 2009.

acto administrativo impugnado en vía jurisdiccional, incidió en una desviación teleológica, con una finalidad distinta del bien común o interés general, que entraña la desviación de poder. No es suficiente la mera cita de preceptos o normas jurídicas para justificarla (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1986 RJ. 6448).

- Se admite la prueba indirecta o por presunciones, al ser difícil probarla directamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1987 RJ. 8334).
- No cabe identificar la infracción del principio de igualdad con el de la desviación de poder (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1982 RJ. 3779).
- Puede producirse por actuación positiva o por deliberada pasividad en relación con el ejercicio de una competencia específica obligatoria no actuada (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 3 de febrero de 1984 RJ. 613; 5 de octubre de 1983 RJ. 4829).
- Normalmente implica el ejercicio extrínsecamente correcto, es decir, aparentemente legal, de una potestad administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 diciembre de 1985 RJ. 6532; 24 de junio de 1986 RJ. 3776).

Tomando implícitamente en cuenta esta formulación, analiza la sentencia seleccionada la concurrencia de los requisitos precisos para apreciar desviación de poder en un supuesto de ejercicio de potestad sancionadora urbanística con su asociada reparatoria e imposición de demolición de ciertas construcciones, respecto del cual se invoca tal desviación al alegarse que el ayuntamiento correspondiente pretendía son su ejercicio obtener la cesión gratuita de determinados terrenos destinados a viales. Y con invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de julio de 2006 (RJ 5148) descarta por falta de prueba la existencia de la citada desviación, acudiendo asimismo al criterio lógico de interpretación de los hechos acaecidos:

«Y en el presente caso no se puede presumir que la demolición del vallado persiga la consecución de terrenos por la entidad local, ya que tras la ejecución de lo ordenado no se produce un cambio de titularidad de los bienes afectados, los cuales deberán ser adquiridos, en su caso, por la Administración a través de los procedimientos legalmente establecidos. Y en este punto no debe olvidarse que... el vial ya constaba trazado en el proyecto de relimitación de suelo urbano del municipio de X».

- 8) *Junta Arbitral del Concierto Económico entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco. Resolución de fecha 24 de noviembre de 2008. Punto de conexión en la aplicación del Concierto. Domicilio societario.*

Tribunal Constitucional. Sentencia 26/2008.

La resolución que se analiza tiene la relevancia de ser la primera emitida por éste órgano administrativo de naturaleza especial previsto en la Ley 12/2002, por la que se aprueba el Concierto Económico ente el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se ha creado y constituido en 2008, y comenzado a ejercer sus funciones con fecha 4 de abril de 2008.⁹ Tiene la relevancia, desde el punto de vista del territorio de la Comunidad de La Rioja, que fiscalmente tiene la consideración de territorio de régimen común, que el juego de los puntos de conexión –especialmente la radicación del domicilio y la producción del hecho imponible– cuya determinación debe efectuar la Junta Arbitral, puede determinar que el producto de ciertos tributos vaya a ingresarse a la Diputación Foral respectiva o al Fisco estatal, con cesión en este caso del porcentaje correspondiente de su rendimiento (en el caso de los tributos estatales parcialmente cedidos a las Comunidades de régimen común).

La novedad de este órgano hace aconsejable incorporar unas notas relativas a su régimen jurídico, paralelo aunque no igual al de la Junta Arbitral del Convenio entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra¹⁰ (respecto de la que pueden hacerse semejantes consideraciones a las expuestas) y a la Junta Arbitral de Régimen Común.^{11,12}

La juntas arbitrales son órganos horizontales dotados de autonomía no integrados funcionalmente en ninguna Administración. Recuerdan a los jurados provinciales de expropiación (del Estado), y en cierta medida a los tribunales económico-administrativos.

A pesar de su denominación y de la de sus componentes (calificados como «árbitros» –vocales, en la Junta Arbitral de Régimen Común–), entendemos que no es un órgano arbitral ni el procedimiento ante ella es arbitral.

⁹ Se regula en la Ley 12/2002 art.65; y en el Real Decreto 1760/2007

¹⁰ Regulada en la Ley 28/1990 –modificada por Leyes 25/2003 y 48/2007– art.51 y en el Real Decreto 353/2006

¹¹ Ley Orgánica 8/1980 –LOFCA– art.23 y 24 modificados por Ley Orgánica 7/2001; Real Decreto 2451/1998

¹² Se realiza una exposición extensa de estos órganos y su procedimiento en *Memento Práctico Francis Lefebvre Administrativo 2009*. A. Melón (dir.) Madrid. 2009.

Ante ella se desarrolla un sistema heterocompositivo –aunque con matices– de resolución de conflictos intersubjetivos (igual que el proceso), que no responde a la categoría de arbitraje, ya que:

- No hay convenio arbitral, ni cláusula de sumisión alguna. Hay sumisión normativa derivada directamente de la LOFCA, Convenio o Concierto Económico, aprobados estos por norma con rango Ley. Y aunque ésta pueda considerarse paccionada en cierta medida –en el caso de Navarra–, no cabe considerar la misma y, especialmente, su artículo 51 (65 en el caso del Concierto), como convenio arbitral.
- La resolución no es laudo, sólo impugnabile por motivos tasados. Es un **acto administrativo** resolutorio, con todos los atributos propios de estos, impugnabile directamente –es decir, sin previo recurso de reposición potestativo– ante el órgano jurisdiccional correspondiente: en los casos de la Junta Arbitral del Convenio entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra y la Junta Arbitral del Concierto entre el Estado y la Comunidad del País Vasco, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en vía de recurso contencioso-administrativo ordinario (no recurso de casación); en el supuesto de la Junta Arbitral de Régimen Común, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (Ley Orgánica 8/1980 art. 23 en su redacción derivada de la Ley Orgánica 7/2001).

La consecuencia de ello es que no cabe integrar el grupo normativo rector de la Juntas y sus procedimientos acudiendo a la Ley de arbitraje. Antes al contrario, habrá de acudir a la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), a la que reenvía expresamente el RD 353/2006 art.8 y el RD 1760/2007 art.8.

Por otra parte, el procedimiento ante la Junta no es recurso administrativo, al menos en el sentido común del término. Presenta una estructura triangular semejante al proceso o a ciertos recursos especiales (por ejemplo, reclamaciones económico-administrativas en materia de retenciones o repercusiones tributarias).

Sin embargo, muchos aspectos de la regulación del recurso administrativo pueden aplicarse. Por ejemplo, en el tratamiento de ciertos plazos.

Es competencia de la Junta Arbitral respectiva:

- a) La resolución de los conflictos que surjan entre las Administraciones interesadas como consecuencia de la interpretación y aplicación del Con-

venio o Concierto Económico a casos concretos concernientes a relaciones tributarias individuales.

En particular, resolver, en último término y en su caso, las controversias que, producidas por consultas referentes a la aplicación de los puntos de conexión contenidos en el Convenio o Concierto Económico y cuya resolución compete primariamente a la Comisión Coordinadora (en el primer caso) o a la Comisión de Coordinación y Evaluación Normativa (en el segundo), no lleguen a ser resueltas por ésta por falta de acuerdo.

- b) La resolución de los conflictos que se planteen entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Foral de Navarra/Diputaciones Forales vascas o entre ésta/éstas y la Administración de una Comunidad Autónoma, en relación con la aplicación de los puntos de conexión de los tributos cuya exacción corresponde a la Comunidad Foral de Navarra/Diputación Foral y la determinación de la proporción correspondiente a cada Administración en los supuestos de tributación conjunta por el Impuesto sobre Sociedades o por el Impuesto sobre el Valor Añadido.
- c) La resolución de las discrepancias que puedan producirse entre Administraciones con respecto a la domiciliación de los contribuyentes. Precisamente sobre este aspecto se plantea el conflicto resuelto por la resolución objeto de estudio.

Pues bien, la resolución objeto de referencia analiza punto de conexión en la aplicación del Concierto Económico que constituye el domicilio fiscal. Tras analizar exhaustivamente la prueba y documentación obrante en el expediente, concluye que el domicilio de la sociedad afectada radica en territorio vasco, con la consiguiente fijación del punto de conexión a efectos de atribuir la exacción del o de los correspondientes tributos a la hacienda foral respectiva –en este caso, Vizcaya–.

Ha de indicarse, por fin, que la creación y efectiva constitución de este órgano –las otras Juntas se habían constituido con anterioridad; primero la de Régimen Común; posteriormente, la del Convenio entre el Estado y Navarra– cierra una etapa de incertidumbre procedimental en la que muchas dudas y respuestas contradictorias surgieron acerca de cuál debía ser el cauce empleado para resolver los conflictos y cuestiones planteadas en la aplicación del Concierto que, naturalmente competencia de la Junta, no podían elevarse a ésta por falta de constitución y existencia de dicho órgano. En algunos casos, considerándose que la ausencia del mismo no debía general situaciones de indefinida

pendencia, por lo que el empleo de cauces alternativos se consideraba posible. En otros, condenando a la nulidad a lo actuado fuera del cauce de la Junta, por prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido y haberse seguido trámite alternativo, a pesar de no existir efectivamente aquélla.

Precisamente, poco antes de la constitución de la Junta Arbitral del Concierto, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 26/2008, avaló la posibilidad de acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo a fin de dirimir los conflictos entre el Estado y las diputaciones forales vascas, en sede de aplicación del Concierto, ante la inexistencia de aquélla.¹³ Aplicando el principio «*pro actione*» afirma el Tribunal lo siguiente:

«La primera de las razones en las que el órgano judicial funda su decisión de inadmisión, esto es, la no constitución de la Junta arbitral, cuyas funciones se pretende que asuma, y su falta de competencia para resolver conflictos de competencia, desde la perspectiva de control que nos corresponde se revela por su rigorismo y excesivo formalismo desfavorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con la desproporcionada consecuencia en este caso de impedir que pueda impetrarse la tutela judicial respecto de derechos e intereses legítimos.

En efecto, como el Abogado del Estado alega, el art. 39 de la Ley del Concierto Económico¹⁴ tiene la naturaleza de una lex specialis que, al prever la Junta arbitral, establece un tipo singular de vía administrativa para resolver los conflictos de competencia entre la Administración tributaria foral y la Administración tributaria estatal en relación, entre otras materias, con la aplicación de los puntos de conexión de los tributos concertados, así como con la interpretación y aplicación del concierto a casos concretos concernientes a relaciones tributarias individuales, configurándose además como vía administrativa previa a la jurisdiccional.

¹³ El Tribunal Constitucional resuelve y estima un recurso de amparo interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 15 de noviembre de 2004 (JUR 2005/40464) que, en aplicación de la causa prevista en el art. 69 c) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA–, declaró la inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Diputación Foral de Álava contra las desestimaciones presuntas, por silencio administrativo, de los requerimientos formulados al Delegado Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en el País Vasco, para que cesasen unos expedientes de investigación y comprobación abiertos a distintas empresas con residencia fiscal en Álava en relación con liquidaciones del impuesto sobre el valor añadido (IVA) correspondientes a operaciones asimiladas a las importaciones por salida a consumo de vino sujetas a impuestos especiales.

¹⁴ En la redacción aplicable al caso.

Pues bien, la falta de constitución formal de la Junta arbitral no puede conducir a privar de toda posibilidad de tutela jurisdiccional a los intereses legítimos en este caso afectados, impidiendo a sus titulares el acceso a la vía judicial en defensa de los mismos, sino que ha de llevar, por el juego del principio pro actione, a la aplicación de la normativa general, que permite que puedan residenciarse y dirimirse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo controversias competenciales entre la Diputación Foral de Álava y la Administración General del Estado, como las suscitadas en el caso que nos ocupa.

En este sentido ha de traerse a colación que los órganos del orden jurisdicción contencioso-administrativo conocen «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas a Derecho Administrativo» (art. 1.1 LJCA).

Por su parte el art. 19 LJCA reconoce que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tanto «[L]a Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y las disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a ellas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización» como «[L]as Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otra o los de otras Entidades locales».

Más concretamente, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, el art. 44 LJCA contempla como supuesto específico susceptible de ser objeto del procedimiento contencioso-administrativo los litigios entre Administraciones públicas, regulando la posibilidad de que la Administración que interponga el recurso dirija un requerimiento a la otra al objeto de que previamente a la interposición del recurso derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material o inicie la actividad a que esté obligada.

Finalmente ha de señalarse también que la disposición adicional primera, 1 LJCA dispone, en orden a la determinación de las Administraciones públicas cuya actuación es susceptible de ser impugnada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 1.2), que en la Comunidad Autónoma del País Vasco debe incluirse en esa determinación a las Diputaciones Forales y la Administración institucional de ellas dependientes.

Por lo tanto una interpretación de la normativa aplicable informada y presidida por el principio pro actione ha de conducir a apreciar que, pese a la no consti-

tución formal de la Junta arbitral prevista en la Ley del concierto económico, el litigio competencial en este caso suscitado entre la Diputación Foral de Álava y la Administración General del Estado con ocasión de la aplicación del concierto económico era residenciable ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al que le corresponde el conocimiento de los litigios competenciales entre Administraciones públicas basados en el Derecho administrativo.

En esta línea de razonamiento ha de descartarse, frente a lo que se argumenta al respecto en la Sentencia impugnada, que la demandante de amparo pretendiese que el Tribunal Superior de Justicia sustituyese a la Junta arbitral en la resolución del conflicto de competencias planteado contra la Administración General del Estado. La Diputación Foral de Álava no ha pedido al órgano judicial que dictase un acto administrativo, que es el tipo de acto que podría dictar la Junta arbitral, sino una decisión judicial, una Sentencia, en la que lo que se pedía del órgano judicial es que se pronunciara sobre si la competencia de las actuaciones controvertidas correspondía a la Administración General del Estado o a la Diputación Foral de Álava y, en este último caso, que anulase las actuaciones fiscales investigadoras y comprobadoras llevadas a cabo por aquélla al invadir el ámbito competencial de la demandante de amparo. En definitiva, como afirma el Abogado del Estado, la demandante de amparo ha formulado ante un órgano del orden jurisdiccional contencioso-administrativo con ocasión de un litigio competencial entre Administraciones públicas una típica pretensión anulatoria de las concretas actuaciones controvertidas, con expresa declaración de reconocimiento de la competencia propia y de la invasión padecida, pretensiones ambas encuadrables en el art. 31.1 y 2 LJCA.»