

REVISTA DE

# Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

**A. EZQUERRA HUERVA**

El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente

**J. M.º GIMENO FELIU**

El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública

**J. JORDANO FRAGA**

La Administración en el Estado ambiental de Derecho

**J. TUDELA ARANDA**

La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía

# 173

Madrid  
mayo/agosto  
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



*Revista de Administración Pública*  
ISSN: 0034-7639, núm. 173,  
Madrid, mayo/agosto (2007)

# Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

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

VOCALES:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

## Declaración de interés público

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

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

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

## II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

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

### I. DE NUEVO SOBRE LA SANCIÓN APLICABLE A LOS EXTRANJEROS QUE PERMANECEN Y TRABAJAN DE FORMA IRREGULAR EN ESPAÑA: LA EXPULSIÓN COMO EXCEPCIÓN DEBIDAMENTE MOTIVADA

En el período cubierto por la presente crónica, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia en materia de extranjería que ha tenido una notable repercusión mediática. Se trata de la sentencia de 9 de marzo de 2007 (Sección 5.<sup>a</sup>, recurso núm. 9887/2003), en la que se establece que la mera permanencia y/o trabajo irregulares de los extranjeros en España deben ser castigados, como regla general, con una multa, pudiéndose imponer en su lugar la sanción de expulsión del territorio nacional únicamente cuando concurran, además de dicha permanencia y/o trabajo irregulares, «otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias», debidamente acreditados en el expediente, que justifiquen tal expulsión.

Como es fácil imaginar, se trata de una doctrina de una enorme trascendencia práctica, tuitiva de los derechos de los inmigrantes que se encuentran de forma irregular en nuestro país, que censura la praxis habitual de la Administración, avalada por numerosos Tribunales Superiores de Justicia, consistente en sancionar automáticamente con la expulsión a todos aquellos extranjeros que residan y/o trabajen de forma irregular.

Según el Tribunal Supremo, de la lectura conjunta de los artículos 53, 55 y 57 de la Ley orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se desprende que la sanción principal para infracciones graves como la permanencia o el trabajo irregular es la multa (por un importe de entre 301 y 6.000 euros). La sanción de expulsión, al ser más grave que la multa (comporta siempre la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años) y tener carácter secundario, «requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal» (FJ 5.<sup>o</sup>), siendo los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 55.3 (proporcionalidad, grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia) también aplicables a la elección entre la multa y la expulsión. Con esta interpretación, el Tribunal acota el margen de apreciación reconocido por el legislador a la Administración en la elección

de la sanción a imponer (según el artículo 57.1 de la referida Ley, en caso de permanencia y/o trabajo irregular, «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español») y pone en entredicho de forma expresa la legalidad del artículo 115 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, de ejecución de la Ley, en el que, a juicio del Tribunal, parece establecerse que la regla en estos casos es la expulsión, y la multa, la excepción.

No obstante, pese a la repercusión mediática de esta sentencia y a la importancia de la doctrina en ella establecida, no puede afirmarse que sea realmente novedosa. Hasta la fecha, la interpretación descrita se encuentra recogida, en términos literales, en más de cuarenta sentencias, en una línea jurisprudencial ya consolidada que arranca de una sentencia de 9 de diciembre de 2005 (Sección 5.<sup>a</sup>, recurso núm. 5824/2002). Nosotros mismos hemos comentado una de dichas sentencias, la de 30 de junio de 2006, en el número 172 de esta REVISTA, criticando que en ella, como en todas las demás, se estime suficiente con que los elementos agravantes justificativos de la sanción de expulsión consten en el expediente, sin que sea necesario que su existencia se mencione en la resolución sancionadora, como motivación de la decisión administrativa. Criticable es también el hecho de que, contraviniendo la saludable costumbre del Tribunal, no se haga referencia expresa en tales sentencias a las muchas anteriores que contienen la misma doctrina.

En muchas de dichas sentencias (la de 30 de junio de 2006, entre ellas), el Tribunal acaba confirmando la expulsión acordada por la Administración al considerar que concurrían tales elementos agravantes que se suman a la mera permanencia y/o trabajo irregular. Entre tales elementos se encuentran, p. ej., el hecho de tener un amplio historial delictivo (sentencia de 9 de diciembre de 2005, antes apuntada), de carecer de todo documento identificativo (sentencia de 29 de marzo de 2007 —Sección 5.<sup>a</sup>, recurso núm. 788/2004—) o de haber entrado en el país valiéndose de documentación ajena (sentencias de 14 de diciembre de 2005 —Sección 5.<sup>a</sup>, recurso núm. 8010/2002— y 31 de enero de 2006 —Sección 5.<sup>a</sup>, recurso núm. 8953/2003—).

En otras, sin embargo, el Tribunal se opone a la expulsión —confirmando los fallos anulatorios procedentes de, principalmente, los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria y Baleares—, al entender que la Administración no ha justificado que concurrieran tales circunstancias agravantes (así, por primera vez, las sentencias de 22 de diciembre de 2005 —Sección 5.<sup>a</sup>, recurso núm. 6096/2003— y 27 de enero de 2006 —Sección 5.<sup>a</sup>, recurso núm. 9835/2003—). En la sentencia de 22 de febrero de 2007 (Sección 5.<sup>a</sup>, recurso núm. 9543/2003), incluso, se llega a confirmar la anulación de la expulsión en un caso en que el extranjero había sido detenido junto con otras personas como presunto autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, allanamiento y estafa, al «no exist[ir] en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo» (FJ 4.<sup>o</sup>).

La sentencia de 9 de marzo de 2007 aquí comentada se sitúa en este segundo grupo. En ella, el Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que anuló la expulsión de una extranjera que residía y trabajaba de forma irregular en España. Para el Tribunal, el hecho de que la actividad profesional desarrollada consistiera en el ejercicio de la prostitución no supone por sí mismo un elemento agravante que justifique imponer la sanción de expulsión, puesto que una jurisprudencia consolidada ha declarado que se trata de una actividad lícita como medio de vida. La novedad de esta sentencia acaso radique en que deja claro que la circunstancia de residir y trabajar de forma irregular (esto es, la comisión simultánea de dos infracciones graves distintas y autónomas, tipificadas de forma separada en las letras *a* y *b* del artículo 53 de la Ley) no justifica por sí sola la imposición de la sanción de expulsión (OM).

## II. LA PRECEPTIVIDAD DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS EJECUTIVOS

Dos sentencias de 5 de octubre (Sección 7.<sup>a</sup>, recurso núm. 1633/2001) y 22 de diciembre de 2006 (Sección 4.<sup>a</sup>, recurso núm. 70/2003), reproduciendo otras sentencias precedentes que ya se habían ocupado de los reglamentos que son objeto de las mismas, compilan la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de reglamentos, precisando los supuestos en que es —y no es— exigible.

En la de 5 de octubre, relativa al Decreto extremeño 87/1997, de 1 de julio, por el que se realiza la reestructuración en los Servicios de Farmacia de las Estructuras Sanitarias de Atención Primaria y se aprueba la relación de puestos de trabajo del personal sanitario al servicio de la sanidad local de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura, se reproduce la sentencia de 23 de marzo de 2004 (Sección 4.<sup>a</sup>, recurso núm. 3992/2001) que anuló dicho Decreto al entender que, contra lo sostenido por el tribunal de instancia, no se trataba de un mero reglamento organizativo carente de carácter ejecutivo y de innovación del ordenamiento y que, por tanto, quedara exento del dictamen del Consejo de Estado. A juicio del Tribunal Supremo, el referido Decreto ejecutaba la Ley 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de Extremadura, innovando el ordenamiento, en la medida en que afectaba con vocación de permanencia a los derechos y deberes de los funcionarios del Cuerpo de Farmacéuticos Titulares (al integrarlos en los Equipos de Atención Primaria —incidiendo con ello en el ámbito territorial y funcional de su actuación— y regular su régimen de incompatibilidades) y aprobaba una relación de puestos de trabajo que, según jurisprudencia reiterada, tiene naturaleza normativa. Por ello, considera que dicho Decreto debería haber sido dictaminado por el Consejo de Estado (en el momento de la elaboración del Decreto no se había creado

todavía el Consejo Consultivo de Extremadura), sancionando dicha omisión con su nulidad.

Es de interés, por consiguiente, constatar cómo se mantiene la postura de descartar la contraposición, aceptada hasta tiempos no tan lejanos, entre reglamentos ejecutivos y reglamentos organizativos. Y, al mismo tiempo, descartar también la identificación entre reglamentos organizativos y reglamentos *ad intra* o domésticos. En el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo no duda en entender que son acumulables en la misma disposición la calificación de reglamento ejecutivo, la de organizativo y la de reglamento *ad extra*. El dato de que el Decreto impugnado incluya la aprobación de una relación de puestos de trabajo no debe ser ocasión de equívoco. Como se ha señalado, es cierto que es admitida normalmente su naturaleza de disposición de carácter general; pero también es cierto que ello no siempre determina la aplicación *in totum* del régimen de elaboración y aprobación de los reglamentos, los cuales, en realidad, no dejan de ser una especie dentro de la categoría más genérica de las disposiciones normativas o de carácter general en el ámbito del Gobierno y de la Administración.

En todo caso, cuando la misma contiene o acompaña a una regulación sustantiva que de manera directa desarrolla organizativamente una decisión del legislador, no puede eximir de la aplicación del régimen propio de los reglamentos, y en concreto de los ejecutivos, con la consiguiente intervención preceptiva del Consejo de Estado.

Por su parte, la sentencia de 22 de diciembre de 2006, por la que se desestima el recurso directo interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra el Real Decreto 179/2003, de 14 de febrero, por el que se aprueba la norma de calidad del yogur, reproduce la sentencia de 10 de octubre de 2005 (Sección 4.ª, recurso núm. 69/2003), comentada por nosotros en el número 168 de esta REVISTA, que en su momento avaló la legalidad de dicho Reglamento al considerar —en lo que aquí interesa— que no es necesario someter un Real Decreto al dictamen del Consejo de Estado cuando el mismo se limita a elevar de rango una Orden previamente aprobada que sí fue dictaminada por dicho órgano consultivo.

Estas sentencias son una muestra más de la asiduidad con que se alega en el contencioso-administrativo contra reglamentos o disposiciones generales la existencia de vicios de procedimiento y, en concreto, la falta del dictamen del máximo órgano consultivo. Como es sabido, la evolución jurisprudencial y doctrinal ha llevado a situar la apreciación de tal tipo de defectos y de sus consecuencias jurídicas hacia un terreno equilibrado, donde prevalezca la consideración de la funcionalidad específica del trámite omitido en el caso concreto, conjuntamente con el tipo de procedimiento —recurso directo o indirecto— en el que se alega el vicio, etc., de modo que se evite tanto una minusvaloración de la relevancia del procedimiento y de su regularidad como una sobrevaloración de ciertas omisiones, a menudo mal llamadas «formales».

Lo cierto es que en el caso de la omisión de solicitud del dictamen del Consejo de Estado en relación con los reglamentos ejecutivos, por regla ge-

neral se tiene en cuenta su carácter materialmente determinante a la vista del supuesto de hecho. Las dos sentencias reseñadas, estimando una la necesidad del dictamen y rechazándola la otra, son muestra de esa posición de equilibrio (OM y TF).

III. LA PUGNA ENTRE COSTUMBRE LOCAL Y ORDENANZA MUNICIPAL  
EN LA REGULACIÓN DEL APROVECHAMIENTO DE BIENES COMUNALES.  
STS DE 21 DE FEBRERO DE 2007 (JUR 2007\104463)

A) *La villa de Canicosa de la Sierra y sus aprovechamientos forestales*

Canicosa de la Sierra es una pequeña villa, de poco más de seiscientos habitantes, situada en la provincia de Burgos, ya cerca de la frontera con Soria. Se ubica dentro del Sistema Ibérico, en concreto en la comarca de la Sierra de la Demanda, perteneciendo a la Tierra de Pinares, también llamada La Campiña, que se extiende entre las dos provincias citadas y que supone la mayor masa forestal de la península de pino silvestre.

Los vecinos de la villa de Canicosa han disfrutado desde tiempo inmemorial de ciertos bienes comunales, en concreto de la madera de los pinares de los montes de la localidad. Así lo consintió, por lo demás, el propio rey Carlos IV con su Real Ordenanza de 12 de junio de 1792, por la que concedió «a la expresada villa de Canicosa nuestra real licencia y facultad para que, sin incurrir en pena alguna, pueda cortar anualmente por entresaca dos mil y quinientos pinos con arreglo a ordenanza, precediendo de declaración de peritos y haciéndose con intervención de la justicia de la expresada villa de Canicosa para evitar todo exceso y desorden». En la concesión de este privilegio de aprovechamiento forestal la Corona tuvo en cuenta, qué duda cabe, las duras condiciones de vida de esta población, habituada a una economía de subsistencia, pero también el hecho de que estuviera enclavada en una zona de difícil control por parte de la Administración y de la justicia, de manera que, con esta medida, se quería simultáneamente evitar que los bosques fuesen «tan fecundos y espesos» que sirvieran «de abrigo de los animales nocivos» y, sobre todo, «de refugio a los facinerosos».

B) *Nacimiento del conflicto: cambio en la forma de distribuir entre los vecinos los beneficios del aprovechamiento forestal*

Tanto la determinación de la forma de llevar a cabo el aprovechamiento forestal como la distribución de los beneficios de los lotes entre los vecinos se vinieron haciendo durante mucho tiempo según la costumbre del lugar. Esta misma costumbre, finalmente, se recogió por escrito en una Ordenanza de 29 de diciembre de 1949. Ordenanza que es ahora sustituida por otra posterior: Ordenanza reguladora de los aprovechamientos forestales de la Villa de Canicosa de la Sierra, aprobada por Orden de 7 de mayo de 1998 de

la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de la Junta de Castilla y León (publicada en el *Boletín Oficial de Castilla y León* el día 15 de mayo de 1998).

La regulación de la nueva Ordenanza de 1998, según reza su propio preámbulo, en aquello que se aparta de la contenida en la norma municipal anterior, obedece al «devenir histórico» que «obliga a adaptar a los tiempos y legislación actuales sus prescripciones, debiendo aportarse nuevas soluciones a las situaciones jurídicas y sociales que en la actualidad aparecen». En concreto, «añade a la anterior regulación de los aprovechamientos forestales las bases instauradas por la Constitución de 1978, la cual ha removido los principios fundamentales del ordenamiento español, lo que inevitablemente ha llevado a realizar modificaciones acordes a los derechos y libertades que el texto constitucional consagra». Reformas que, sin embargo, se han realizado «intentando, en lo esencial, conservar la regulación consuetudinaria del reparto, como punto de referencia básico, siempre que continúe la convicción jurídica de su uso».

A pesar de la declaración de intenciones contenida en el preámbulo de la nueva Ordenanza, la determinación de las reglas relativas a la distribución de los beneficios del aprovechamiento comunal está en el origen del conflicto, en tanto que supone un cambio respecto a lo previsto en la antigua Ordenanza de 1949 y, con ello, respecto a lo que venía prescribiendo tradicionalmente la costumbre.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por algunos vecinos contra la Orden de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de la Junta de Castilla y León aprobadora de la nueva Ordenanza de 1998, fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia de 10 de junio de 2003. Interpuesto ahora recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de febrero de 2007 (JUR 2007\104463) lo estima, casando la sentencia de instancia y anulando el precepto impugnado de la Ordenanza de 1998 (su art. 3), «restableciendo la Ordenanza de 1949 en cuanto al modo de distribución de los beneficios de los lotes de los aprovechamientos forestales de los bienes comunales de la localidad» (fallo de la sentencia).

### C) *Las principales cuestiones debatidas*

#### a) *Relación entre costumbre local y ordenanza municipal en la regulación del aprovechamiento de bienes comunales.*

En la regulación del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales pueden concurrir dos fuentes normativas distintas, la costumbre local y las ordenanzas municipales, lo que plantea el problema de determinar la relación entre ambas en orden a la forma de su aplicación.

En el caso enjuiciado, todas las partes aceptan, y los distintos tribunales que conocen del asunto confirman, la prioridad de la costumbre sobre la or-

denanza. Como argumento positivo se trae a colación el artículo 75 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril). Establece su apartado segundo, en efecto, que cuando no sea posible el aprovechamiento y disfrute simultáneo de los bienes comunales, «regirá la costumbre u ordenanza local». El orden en la enumeración —se entiende— implica el orden en la aplicación, con la consiguiente prioridad de la costumbre. Idea que se corrobora con la lectura del apartado cuarto del mismo artículo, según el cual los Ayuntamientos «que, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales (...)».

La única sombra de duda se proyecta de lo dispuesto en el artículo 95 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), el cual, y en relación con los bienes comunales, afirma que «cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas». Como puede observarse, se altera aquí el orden en la enumeración de los tipos normativos, generando la incógnita de si dicha alteración es consciente y, por tanto, debe atribuírsele algún tipo de consecuencia jurídica.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que estamos comentando, descarta cualquier relevancia a la aparente contradicción entre ambos textos normativos en este punto. Es más, remitiéndose a lo ya establecido en su sentencia de 10 de julio de 1989, recuerda que «ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local. Este es el orden que dibuja el Texto Refundido de 1986, artículo 75.2, y aunque el hoy vigente Reglamento de Bienes en su artículo 95 incluye en primer término las ordenanzas y después las normas consuetudinarias hay que entender como ya se ha dicho que la primacía es la señalada tanto por rango legal del Texto Refundido como por los antecedentes históricos de la figura que se examina». A lo que podemos añadir, como argumento complementario, el hecho de que el propio Reglamento citado, en su artículo 94.1.a), cuando contempla el supuesto de imposibilidad de aprovechamiento y disfrute en régimen de explotación común, dispone como forma de aprovechamiento el peculiar «según costumbre o reglamentación local». El propio texto reglamentario, pues, en otro de sus preceptos confirma el orden en la enumeración de las fuentes contenido en el Texto Refundido.

b) *La ilegalidad de la ordenanza por contradecir la costumbre local.*

De la prioridad de la costumbre local sobre la ordenanza se deriva la consecuencia de la ilegalidad de cualquier ordenanza municipal reguladora del aprovechamiento de bienes comunales que no se ajuste a la costumbre del lugar. En caso de impugnación y constatada la existencia de contradicción, el tribunal debe declarar la nulidad de los preceptos correspondientes

de la Ordenanza con base en lo dispuesto en el artículo 75 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local.

La afirmación del párrafo precedente no es cuestionada ni siquiera por la parte demandada. Ahora bien, en defensa de la Ordenanza de 1998 impugnada se esgrime una doble argumentación: la Ordenanza de 1998 no contradice la costumbre, sino lo dispuesto en la Ordenanza de 1949, y, en segundo lugar, la costumbre tiene como límite insoslayable el respeto del orden público, dentro del que se incluye, de modo preferente, el orden constitucional vigente.

La primera línea de defensa de la Ordenanza de 1998 consiste en afirmar que su regulación no contradice la costumbre local, sino el contenido de la Ordenanza de 1949. Resulta pacífico, no obstante, que la costumbre existente se positivizó mediante su recepción por escrito en la Ordenanza de 1949. La cuestión a decidir, por tanto, es si la contradicción de la antigua Ordenanza supone también la de la costumbre que en ella se incluyó.

La sentencia de instancia hace suyo el razonamiento según el cual la inclusión de la costumbre en una norma escrita hace posible la modificación posterior de su regulación, mediante ese mismo tipo normativo o bien otro de rango superior, puesto que lo contrario conduciría a una inaceptable petrificación del ordenamiento jurídico: «si se delimita bien el objeto del presente recurso, es lo cierto que en la ordenanza impugnada no se procede a regular ex novo una materia que hasta entonces se rigiera por la costumbre local, sino que lo que se hace a través de la misma es modificar una norma anterior de idéntica categoría o rango (...) Y con esta premisa ninguna objeción se puede hacer a que una ordenanza pueda ser objeto de modificación por otra posterior dictada por órgano competente, no debiendo olvidarse al respecto que en derecho rige el principio general de la *lex posterior derogat lex anterior*. Entenderlo de otra manera supondría mantener la idea de que un determinada regulación habría de quedar petrificada e inmóvil, sin poder ser modificada para la regulación de las nuevas circunstancias que se produzcan, entre las que también hay que considerar la existencia de los nuevos principios imperantes de un sistema socio político determinado».

Argumentación del tribunal de instancia que no es compartida por el Tribunal Supremo. Antes al contrario, en su sentencia afirma con rotundidad: «Esa idea carece de respaldo en este supuesto. Que la costumbre adquiera rango de norma escrita no le priva de su condición, y por ello no permite su modificación sin más, algo que sí sería posible efectuar con cualquier norma jurídica por la voluntad de quien posee, según su rango, potestad para hacerlo (...) Pero no es el caso de la costumbre que sólo se puede modificar cuando mute la *opinio iuris vel necessitatis* de la comunidad que la recibió como tal, y atendidas las circunstancias que así lo demuestran» (FJ 8.º).

Forzados a admitir que la regulación contenida en la Ordenanza de 1998 efectivamente contradice lo preceptuado por la costumbre local, la segunda línea de defensa intentada de la citada Ordenanza consiste en sostener que la prioridad de la costumbre no es absoluta, sino que resulta limita-

da por la exigencia de no contrariar el orden público (art. 1.3 del Código Civil). Y que dentro de ese concepto de «orden público» debe tener cabida, y de modo prioritario, el nuevo orden constitucional instaurado en 1978. Como ya ha quedado dicho, el preámbulo de la Ordenanza de 1998 afirma «añadir» a la regulación existente en materia de aprovechamientos forestales «las bases instauradas por la Constitución de 1978 (...) lo que inevitablemente ha llevado a realizar modificaciones acordes a los derechos y libertades que el texto constitucional consagra». En concreto, la nueva regulación pretende adecuar el contenido de la Ordenanza de 1949 al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Particularmente en lo que se refiere a no discriminar por razón de edad y por razón de sexo. En otras palabras, el cambio de las reglas sobre distribución de los beneficios de los aprovechamientos forestales tendría como razón, en lo esencial, la necesidad de ajustarlas al principio constitucional de igualdad.

En primer término, y para ajustar la regulación municipal al artículo 12 de la Constitución, que fija la mayoría de edad en los dieciocho años, la Ordenanza de 1998 establece esa misma edad como la mínima exigida para que los vecinos puedan entrar en el aprovechamiento de los bienes comunales. Lo que supone una importante rebaja respecto a los veinticinco años requeridos por la Ordenanza de 1949. Argumentación, sin embargo, que no es compartida por el Tribunal Supremo: «la necesidad de adaptación a la Constitución no puede ser absoluta haciendo tabla rasa de cuanto exista si su pervivencia no contraría cuestiones esenciales contenidas en el texto constitucional. Por ejemplo, el hecho de que se decida adaptar, como se hizo, la ordenanza para que los vecinos que cumplan dieciocho años de edad perciban a partir de ese momento un lote, habida cuenta de que el artículo 12 de la Constitución otorga la mayoría de edad, y por tanto capacidad plena para todos los actos de la vida civil a los españoles a partir de ese momento, es perfectamente posible. Pero es igualmente cierto que la Ordenanza de 1949 también fijaba para la percepción de los beneficios un límite de edad en los veinticinco años que en ese momento no se correspondía con la mayoría de edad que establecía el Código Civil en los veintitrés años, y así se mantuvo la Ordenanza aún después de haber entrado en vigor la Ley 31/1972, que rebajó la mayor edad a los veintiún años cumplidos. Queremos decir con ello que aún después de la Constitución no contrariaba el artículo 12 de ella el que para el disfrute de los lotes de los aprovechamientos por los vecinos se mantuviera una edad distinta por razones que así lo aconsejaban como pacíficamente había venido sucediendo» (FJ 8.º).

En segundo lugar, la nueva regulación pretende eliminar toda discriminación por razón de sexo. En este sentido, en el preámbulo de la Ordenanza de 1998 puede leerse: «La novedad más importante de la presente ordenanza frente a la precedente reglamentación, consiste en repartir únicamente un lote por persona, siempre que individualmente y de forma intransferible se cumplan los requisitos de arraigo y permanencia, pues anteriormente sólo se concedía el lote únicamente al marido, quien era la persona dentro del matrimonio que tenía que cumplir con las condiciones necesarias, te-

niendo únicamente derecho la mujer casada por intermediación de su cónyuge, lo que supone una grave discriminación». En resumen, la antigua ordenanza atribuía un lote al varón casado y sólo medio a su mujer, quien lo recibe por intermediación de su cónyuge. En defensa de esta regulación, se alega que, en realidad, el lote y medio corresponden a la unidad familiar en su conjunto, si bien a efectos formales se personaliza en el varón o en el cabeza de familia. Tesis que es dada por buena por el Tribunal Supremo, quien rechaza que se hubiera producido vulneración alguna del artículo 14 de la Constitución en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley: «Y realmente esa desigualdad no la producía la ordenanza modificada (...) Es decir que no se discriminaba a la mujer frente al varón, sino que se le daba igual trato en igualdad de condiciones» (FJ 8.º).

- c) *Naturaleza del derecho al aprovechamiento de los bienes comunales: derecho estrictamente personal e independiente del derecho hereditario.*

Uno de los puntos más controvertidos de la regulación contenida en la Ordenanza de 1949 era la previsión de que el cónyuge viudo mantuviera el mismo aprovechamiento que correspondía a la unidad familiar en vida del otro cónyuge. Dicho de otra manera, el viudo se quedaba con el lote correspondiente al difunto. Frente a ello, la Ordenanza de 1998 mantiene la regla de que a cada persona le corresponde un lote, pero solamente uno, también en el caso de viudedad. Lo que se quiere evitar es que el cónyuge viudo pueda «heredar» la parte de aprovechamiento del muerto. Así lo explicita el preámbulo de la nueva Ordenanza: «Asimismo, dentro del mismo criterio de lote por persona, se opta por eliminar la posibilidad de que las personas viudas puedan heredar el lote del cónyuge difunto, pues el derecho al acceso a los aprovechamientos es un derecho estrictamente personal, no existiendo actualmente ningún título de origen consuetudinario en tal sentido».

La sentencia de instancia se muestra favorable, en esta cuestión, a la posición de los defensores de la Ordenanza de 1949. Según el parecer de este tribunal, el examen del antiguo texto normativo municipal no revela que se establezca un derecho hereditario, sino que más bien esta concreta regla de reparto atendía a la situación económica de los beneficiarios. El privilegio reconocido a los viudos obedece, en suma, no a razones hereditarias, sino de protección a la familia y a la ancianidad, como resulta de lo dispuesto en aquella Ordenanza: solamente se reconoce la posibilidad de conservar la totalidad del aprovechamiento de que venía gozando si esa familia en la que se enviuda tiene hijos o, en caso de no tenerlos, si el viudo tiene más de cuarenta años. Caso de no concurrir estas circunstancias, el viudo no goza del privilegio y pasa a participar en los beneficios del aprovechamiento en la misma medida que el resto de los vecinos.

A favor de la tesis de que el derecho de disfrute de los bienes comunales

«es de carácter estrictamente personal, independiente del derecho hereditario» se alega la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, en particular sus sentencias de 5 de enero de 1968 y de 31 de diciembre de 1986. Tesis que se corrobora en la otra sentencia que estamos aquí examinando, esto es, la de 21 de febrero de 2007. En relación con el concreto caso enjuiciado, esta última sentencia vuelve a discrepar de lo dispuesto en la nueva Ordenanza de 1998: «En cuanto al pretendido derecho hereditario del cónyuge viudo en relación con lo que correspondiera al fallecido, tampoco podemos compartir la idea que expone la ordenanza modificada. No se trata de saber cuál es la naturaleza del beneficio que surge de los aprovechamientos de los bienes comunales, sino la finalidad que los mismos cumplen a favor de quiénes los perciben. De modo que la regulación de la ordenanza respondía en 1949, y en 1998 lo seguía haciendo también, a un determinado modo de entender las relaciones familiares en el medio rural, primando la unidad familiar y manteniendo los beneficios a la misma cuando se deshacía por fallecimiento de uno de sus miembros, que había de subsistir ya sin el apoyo del otro cónyuge, y posiblemente en muchos casos sin más ni nuevos recursos y con las mismas cargas (...) Y todo esto poco tiene que ver con la existencia de prestaciones sociales a cargo del Estado porque las mismas son ajenas a la cuestión y no modifican la situación en relación con el contenido de la ordenanza» (FJ 8.º) (AG).

#### IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO Y ALGUNAS PRECISIONES EN UN SUPUESTO DE RECLAMACIÓN POR DAÑOS DERIVADOS DE ASISTENCIA SANITARIA

##### A) *Concepto de servicio público. Falta de alimentación de las aves del parque de Doñana*

La Comunidad de Bienes del Plan Almonte-Salinas formuló ante la Junta de Andalucía reclamación de responsabilidad administrativa por los daños causados en terrenos de su propiedad por una multitud de ánsares procedentes del parque de Doñana ante la falta de alimentos existente en dicho parque por causa de la pertinaz sequía. Denegada por silencio la reclamación, se recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia, el cual estimó el recurso y condenó a la Junta de Andalucía a indemnizar a la reclamante. Recurrida en casación la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo, mediante la sentencia de 18 de abril de 2007, desestimó el recurso casacional confirmando la condena de la Junta de Andalucía por responsabilidad administrativa.

En su recurso de casación, la Junta de Andalucía admite la realidad del daño y la existencia de sequía, pero entiende que el citado daño no puede imputarse a una indebida actuación del poder público en uso de sus potestades, ya que la Administración no tenía la obligación legal de dar de comer

a las aves del parque natural en caso de sequía, obligación sólo exigible si se tratara de aves protegidas.

El núcleo del debate jurídico queda así centrado en examinar si existía o no el «servicio público» de alimentar a las aves, pues el daño por el que reclama la indemnización derivaría en su caso del mal funcionamiento de este servicio público.

El Tribunal Supremo, con cita de su jurisprudencia, recuerda que el concepto de servicio público debe identificarse con toda actuación, gestión, actividad o tarea propias de la función administrativa cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de determinado modo.

De acuerdo con esta premisa, el Tribunal examina la normativa aplicable a la gestión del parque de Doñana y concluye que la Administración está obligada a velar por el cuidado y la alimentación de las aves en el ámbito del espacio natural. Por ello, los daños que las aves causaron a los propietarios colindantes, al acudir a sus terrenos para buscar el alimento que no tenían en el parque natural, tienen su causa en el mal funcionamiento de un servicio público y justifican la responsabilidad extracontractual de la Junta de Andalucía.

*B) Fallecimiento de una paciente que se negó a someterse a unas pruebas previas con el fin de precisar el diagnóstico. Inexistencia de lesión antijurídica*

La prestación de asistencia sanitaria por parte de la Administración pública es origen de múltiples reclamaciones de responsabilidad administrativa cuando el resultado obtenido por dicha asistencia no es el esperado por el paciente. Ante este conjunto creciente de reclamaciones, la jurisprudencia ha ido modulando su doctrina en razón de los casos concretos enjuiciados.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007 incide de nuevo sobre esta cuestión. Esta sentencia resuelve el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2002 que desestimó el recurso frente a la denegación de petición de indemnización formulada por el marido de una paciente que falleció al ser intervenida quirúrgicamente.

En esta ocasión no se cuestiona la corrección de la operación practicada ni el postoperatorio, pero sí el hecho mismo de haber procedido a la intervención, ya que con posterioridad a la misma se acreditó que no era necesaria. El supuesto de hecho fue el siguiente. La paciente ingresó en el hospital y ante las sospechas de que padecía adenocarcinoma de páncreas fue sometida a una operación de duodenopancreatectomía cefálica con complicaciones postoperatorias que le produjeron la muerte. Su marido reclamó daños y perjuicios a la Administración sanitaria al conocer que la operación no debió realizarse, ya que, como se constató más tarde por los servicios de anatomía patológica del hospital, no existía la dolencia que se diagnosticó de forma incorrecta.

La Administración rechazó la petición de indemnización, decisión que fue confirmada por la Audiencia Nacional. La Audiencia basó su fallo en el hecho de que los servicios médicos ofrecieron a la paciente llevar a cabo una prueba exploratoria, el PCRE, necesaria para precisar el diagnóstico, negándose aquélla a que la prueba se llevara a cabo. La Audiencia Nacional estimó que la conducta de la paciente había roto el nexo causal entre la operación y el resultado dañoso.

Recurrida la sentencia de primera instancia en casación, el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de febrero de 2007 aborda tres cuestiones de interés y desestima el recurso.

Por un lado, reiterando doctrina jurisprudencial anterior, señala que es doctrina legal que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien esta apreciación debe basarse en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, que como tales no pueden ser discutidos en sede casacional.

En segundo lugar, se lleva a cabo un análisis del alcance del deber de la Administración sanitaria de informar al paciente, destacando en este punto la importancia de los formularios específicos o protocolos, así como de llevar a cabo una interpretación razonable del nivel de esta exigencia de informar. En este sentido se dice que «no cabe olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada... es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que aplicado con rigidez dificultaría el ejercicio de la función médica».

Por último, el Tribunal examina la cuestión central. Es un hecho probado que existió un error de diagnóstico, ya que se llevó a cabo una intervención innecesaria de la que derivó la muerte de la paciente. Sin embargo, para el Tribunal Supremo no existe responsabilidad administrativa, ya que la Administración llevó a cabo las actuaciones que exige la *lex artis* y si no llevó a cabo una prueba previa más eficaz para conocer la existencia o no de la dolencia que motivó la intervención fue porque la paciente se negó a someterse a la prueba que se le indicó.

Esta conducta de la paciente determina para el Tribunal que no se dé el elemento de la lesión antijurídica, ya que la decisión de la paciente determina que la misma tenga que sufrir las consecuencias de la intervención a cuya práctica consintió, y que pudo haberse evitado si hubiera permitido que se llevara a cabo una prueba previa.

Por tanto, para el Tribunal Supremo no existe ruptura del nexo causal, como estableció la Audiencia Nacional. Existe relación directa entre la operación y el daño, y la negativa de la paciente a someterse a otras pruebas no rompe este nexo causal. Su conducta, sin embargo, convierte la lesión en un daño soportable, en la medida en que el daño sufrido es debido a su comportamiento. Por ello, se rechaza la petición de indemnización (JT).



# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

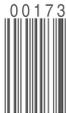
- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una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

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

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

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

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00173

19,00 €