



Justicia

Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE HUELVA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Francisco López Menudo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Ángel Menéndez Rexach** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. **Luis Ortega Álvarez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. **Manuel Rebollo Puig** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. **Joaquín Tornos Mas** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2009

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
INTERNET	www.lexnova.es
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

DOCTRINA:

[5] Régimen jurídico de la reutilización de aguas regeneradas

BELÉN MARINA JALVO

[29] Aeropuertos de interés general: sector público no estatal y sujetos privados

RAFAEL FERNÁNDEZ BAUTISTA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[49] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

[65] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

[73] III. DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

[99] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

[115] V. ACTOS ADMINISTRATIVOS,
PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A. MENÉNDEZ REXACH

[123] VI. ORGANIZACIÓN
ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

[133] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

[153] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

F. LÓPEZ MENUDO

[171] IX. RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

[181] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[195] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[203] XII. BIENES PÚBLICOS Y
PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

[237] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

[255] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

[279] XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO,
EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

[291] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

G. FERNÁNDEZ FARRERES

[321] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Régimen jurídico de la reutilización de aguas regeneradas

BELÉN MARINA JALVO

Profesora Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Alcalá

Resumen

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REUTILIZACIÓN DE AGUAS REGENERADAS

El Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, ha llevado a cabo la regulación de la reutilización de aguas depuradas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio).

Desde que la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, contemplase la denominada reutilización directa de aguas depuradas hasta la fecha esta materia ha experimentado varios cambios legislativos, entre los que destaca especialmente el realizado por la Ley 11/2005, de 22 de junio, que modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. Sin embargo, seguía pendiente una regulación detallada de las condiciones básicas de la reutilización, que finalmente ha llevado a cabo el Real Decreto 1620/2007. El grado de detalle y la especificidad técnica que exige la regulación de determinados aspectos de la reutilización de aguas justifican el rango reglamentario de la norma que

ha establecido la normativa básica para la materia.

El Real Decreto 1620/2007 ha establecido las exigencias de calidad que deben reunir las aguas reutilizables, en función de los usos concretos a los que vayan a ser destinadas, así como los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad de reutilización de las aguas regeneradas. La actividad de reutilización de aguas se somete al régimen de uso privativo del dominio público hidráulico que, en este caso, se caracteriza por la atribución de un elevado grado de responsabilidad sobre el mantenimiento de las exigencias de calidad de las aguas a los titulares de la concesión o autorización de reutilización y a los usuarios de las aguas regeneradas.

Por otra parte, también la regulación de la reutilización de aguas regeneradas establecida por el Real Decreto 1620/2007 presenta carencias y plantea interrogantes que son objeto de análisis en este trabajo.

Abstract

JURIDICAL REGIME OF THE RECYCLING OF REGENERATED WATERS

The Royal Decree 1620/2007, of December 7, has carried out the regulation of the recycling of treated waters, in conformity with that provided in the Article 109 of the Redrafted Text of the Law on Waters (Royal Legislative Decree 1/2001, of July 20).

Since the Law 29/1985, of August 2, on Waters considered the so-called direct recycling of treated waters up to now this matter has undergone several legislative changes, among which highlights especially the one carried out by the Law 11/2005, of June 22 that modifies the Law 10/2001, of 5 July of 2001, of the National Hydrological Plan. However, it was still unresolved a detailed regulation of the basic conditions of the recycling that finally has been taken by the Royal Decree 1620/2007. The grade of detail and the technical specificity demanded by the regulation of certain aspects of the recycling of waters justify the statutory level

of the norm that has established the basic rules for the matter.

The Royal Decree 1620/2007 has established the requirements of quality that should gather the reusable waters, in function of the concrete uses to which it is destined, as well as the necessary requirements to carry out the activity of recycling of the regenerated waters. The activity of recycling of waters submitted to the regime of exclusive use of the hydraulic public domain that, in this case, it is characterized by the attribution of a high grade of responsibility on the maintenance of the requirements of quality of the waters to the holders of the concession or recycling authorization and to the users of the regenerated waters.

On the other hand, the regulation of the recycling of regenerated waters settled down by the Royal Decree 1620/2007 also presents lacks and it outlines queries that are object of analysis in this work.

Sumario:

- I. Introducción. II. Evolución de la regulación relativa a la reutilización de aguas.**
III. Concepto de reutilización de aguas. IV. Regeneración de aguas residuales. Determinación de las condiciones de calidad de las aguas reutilizables. V. La propiedad de las aguas reutilizables. VI. Régimen de uso privativo para la reutilización de aguas regeneradas.
VII. Iniciativas e infraestructuras de reutilización. A) Planes o programas de las Administraciones Públicas para la reutilización de aguas. B) La explotación de las infraestructuras de reutilización. a) Explotación de infraestructuras de reutilización por Administraciones

La reutilización de aguas regeneradas

Públicas, entidades o sociedades públicas a quienes se haya encomendado la ejecución o explotación de las mismas b) Explotación por comunidades de usuarios y otros usuarios.

c) Otros supuestos de explotación de infraestructuras de reutilización. **VIII. Régimen jurídico de la reutilización de aguas.**

A) Estatuto jurídico de los sujetos de la actividad de

reutilización. a) Solicitud de concesión de reutilización por quien ya es concesionario

de la primera utilización de las aguas b) Solicitud para reutilización de aguas presentada

por el titular de una autorización de vertido. c) Solicitud de reutilización presentada por

tercero que no es concesionario del primer uso ni titular de la autorización de vertido.

B) Disposiciones comunes a los procedimientos para la obtención de concesión o auto-

rización de reutilización de aguas. C) Usuarios de las aguas regeneradas. **IX. Planificación**

hidrológica y reutilización de aguas.

I. INTRODUCCIÓN

La reutilización de aguas residuales constituye una alternativa útil para contribuir al objetivo de garantizar la disponibilidad de agua en la cantidad y con la calidad demandada por la dinámica social.

En el contexto actual parece obvio que no debe desdeñarse ninguna de las distintas alternativas viables para hacer frente a los problemas de escasez de aguas. No cabe duda que la reutilización de aguas residuales supone una gestión más eficiente de los recursos hídricos, con independencia de que no siempre permita la obtención de nuevos recursos hídricos¹.

II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN RELATIVA A LA REUTILIZACIÓN DE AGUAS

La Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en lo sucesivo, LA), en su artículo 101, contempló la reutilización directa de aguas depuradas, remitiendo al Gobierno para la determinación de las condiciones básicas de tal reutilización, que habrían de establecerse en función de los

(1) Según ha señalado EMBID IRUJO, A., no puede sostenerse que la reutilización suponga siempre una aportación neta de caudales para nuevos usos. A tal efecto es necesario distinguir la reutilización –previo tratamiento– de aguas que, en caso contrario, serían vertidas al mar o a acuíferos conectados con él, denominada “artificial”, supuesto en el que la reutilización sí supondría una aportación adicional de recursos, y la reutilización “natural”, es decir, la reutilización de aguas residuales que se introducen de forma natural en el ciclo hidrológico, sin que quepa hablar aquí de incremento de recursos hídricos. Vid. “Reutilización y desalación de aguas. Aspectos jurídicos”, en *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 117.

En este sentido, la Ley 11/2005, de 22 de junio, que modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, en su Anexo IV contempla una serie de actuaciones prioritarias y urgentes en las cuencas mediterráneas, distinguiendo “actuaciones en la mejora de gestión de los recursos hídricos”, entre las que se encuentran las relativas a la reutilización de aguas, y “actuaciones en incremento de la disponibilidad de recursos hídricos”, como es el caso de la desalación de aguas.

procesos de depuración a que hubieran de someterse las aguas residuales, de su calidad y de los usos previstos para ellas.

El concepto de reutilización directa de las aguas fue establecido por el ahora derogado artículo 272.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (en adelante, RDPH), en cuya virtud eran objeto de reutilización directa aquellas aguas que “(...) habiendo sido ya utilizadas por quien las derivó, y antes de su devolución a cauce público, fueran aplicadas a diferentes usos sucesivos”.

La LA (artículo 101) sometió a concesión administrativa tanto la reutilización efectuada por el primer usuario² de las aguas como la llevada a cabo por persona distinta del primer usuario, considerando independientes ambos aprovechamientos.

Más explícitamente, en la redacción dada al artículo 101 de la LA por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, se hace referencia expresa a regla general de concesión administrativa para la reutilización de las aguas procedentes de un aprovechamiento previo, permitiendo excepcionar dicha regla en el supuesto de que sea el titular de una autorización de vertido quien solicite la reutilización de las aguas depuradas, en cuyo caso bastaría una autorización administrativa que recogiese las condiciones necesarias complementarias de las contempladas en la autorización de vertido (artículo 101.2).

La Ley 46/1999, de 13 de diciembre, también añadió al artículo 101 de la LA los apartados 3, 4 y 5. El primero de estos apartados contempló la posibilidad de que los concesionarios de reutilización de aguas pudiesen subrogarse por vía contractual en la titularidad de la autorización de vertido de aquellas aguas y en las obligaciones propias de ésta. Cabía también esta subrogación en los casos en que la concesión se hubiese otorgado respecto a aguas efluentes de una planta de depuración. En ambos casos, la subrogación debía ser autorizada por el organismo de cuenca correspondiente (a efectos del cambio de titular de la autorización de vertido)³.

Posteriormente, el contenido del artículo 101 de la LA quedó recogido en el artículo 109 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA).

La Disposición Final Primera (punto diez) de la Ley 11/2005, de 22 de junio, de modificación de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, llevó a cabo una reforma de calado del artículo 109 del TRLA. Por un lado, la citada Ley 11/2005 dio nueva redacción al apartado 1 del artículo 109, señalando expresamente que el titular de la concesión o autorización de reutilización debe asumir los costes necesarios para adecuar la reutilización de las aguas a las exigencias de calidad vigentes en cada momento. Además, la nueva redacción del artículo 109.1 del TRLA hace responsable al concesionario del mantenimiento de los estándares de calidad de las aguas reutilizadas.

(2) El ahora derogado artículo 273 del RDPH, contemplaba la necesidad de incoar un expediente de modificación de la concesión otorgada al primer usuario de las aguas si ésta no contemplase la reutilización.

(3) Añadidamente, el apartado 4 del artículo 101 de la LA permitía que los subrogados en la titularidad de la autorización de vertido pudiesen solicitar la modificación de dicha autorización, con el fin de adaptarla a las nuevas condiciones de vertido. Por último, el apartado 5 recordaba que el vertido final de las aguas reutilizadas se efectuase de conformidad con lo dispuesto por esta Ley.

La reutilización de aguas regeneradas

Por otro lado, la Ley 11/2005 ha suprimido los apartados 3, 4 y 5 del artículo 109 del TRLA, que regulaban la subrogación del concesionario de reutilización en la titularidad de la autorización de vertido de las aguas residuales. A tal efecto, la misma Ley 11/2005⁴, añadió una Transitoria Novena al TRLA, en cuya virtud, quienes se hubiesen subrogado en la titularidad de una autorización de vertido de aguas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 109 mantendrán los derechos y obligaciones correspondientes durante el plazo de vigencia de la citada autorización de vertido. Una vez vencido dicho plazo, la autorización deberá solicitarse por quien vaya a ser su titular, sin posibilidad de subrogación.

Finalmente, el RD 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de reutilización de aguas depuradas, ha completado el cambio normativo iniciado con la mencionada modificación del artículo 109 del TRLA y ha establecido la regulación básica de la reutilización de aguas que venía siendo reclamada desde la LA de 1985. El RD 1620/2007 ha establecido los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad de reutilización de aguas regeneradas, los procedimientos para obtener la concesión o autorización exigida al efecto, así como las disposiciones relativas a los usos admitidos y las exigencias de calidad precisas en cada caso. En definitiva, el RD 1620/2007 ha procurado el soporte legal completo que antes no existía para la reutilización de aguas residuales⁵.

III. CONCEPTO DE REUTILIZACIÓN DE AGUAS

El RD 1620/2007 define la reutilización como la “aplicación, antes de su devolución al dominio público hidráulico y al marítimo terrestre, para un nuevo uso privativo de las aguas que, habiendo sido utilizadas por quien las derivó, se han sometido al proceso o procesos de depuración establecidos en la correspondiente autorización de vertido y a los necesarios para alcanzar la calidad requerida en función de los usos a que se van a destinar”⁶.

Las aguas reutilizables se denominan ahora “regeneradas”, es decir, “aguas residuales depuradas que, en su caso, han sido sometidas a un proceso de tratamiento adicional o complementario que permite adecuar su calidad al uso al que se destinan” [artículo 2.c)⁷].

De las definiciones transcritas cabe extraer que quedarían fuera del concepto de reutilización establecido por el RD 1620/2007 los usos sucesivos que el concesionario que ha derivado inicialmente las aguas pueda hacer de las que resulten sobrantes, mientras sigan resultando aptas para los usos en cuestión⁸.

(4) Vid. Disposición Final Primera (punto dieciocho).

(5) Sin perjuicio de las previsiones aisladas sobre reutilización establecidas por algunos Planes Hidrológicos y de la regulación establecida por algunas normas autonómicas.

(6) Vid. artículo 2.a).

(7) El RD 1620/2007 define las aguas depuradas como “aguas residuales que han sido sometidas a un proceso de tratamiento que permita adecuar su calidad a la normativa de vertidos aplicable” [artículo 2.b)].

(8) Así lo ha interpretado también CONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C., si bien, tal como advierte el propio autor, en ocasiones, el uso sucesivo de las aguas en el ciclo interno del concesionario podría resultar incompatible con los derechos de otros usuarios. Vid. “La Ley de Aguas y el abastecimiento de poblaciones”, en *Jornadas sobre Derecho de Aguas*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 117.

Por el contrario, podríamos hablar de reutilización en el sentido del RD 1620/2007, cuando las aguas han dejado de ser aptas para el uso por quien las derivó en primer lugar, de modo que sólo tras la depuración y regeneración serían susceptibles de nuevos usos, iguales o diferentes del primero⁹, que podrán ser realizados por el mismo sujeto que las derivó o por otro distinto.

Por otra parte, a los efectos de la reutilización regulada por el RD 1620/2007, tanto da que las aguas susceptibles de reutilización estuviesen inicialmente destinadas a ser vertidas directamente al dominio público hidráulico como que éstas fuesen objeto de vertido indirecto al dominio público hidráulico a través de las redes de conducción de aguas residuales.

Inicialmente, el artículo 101 de la LA de 1985 utilizó la expresión “reutilización directa”. El concepto de reutilización directa de las aguas fue establecido por el ahora derogado artículo 272.2 del RDPH, en cuya virtud eran objeto de reutilización directa aquellas aguas que “(...) habiendo sido ya utilizadas por quien las derivó, y antes de su devolución a cauce público, fueran aplicadas a diferentes usos sucesivos”.

En opinión de EMBID IRUJO, A., ante el silencio del RDPH, cabría entender que el concepto de reutilización directa se establece por contraposición a la definición de reutilización indirecta, “(...) que sería aquella que se produciría después de la devolución de las aguas a los cauces públicos, o sea, la natural”¹⁰.

Sin embargo, a mi juicio, también cabría extraer que la referencia al carácter directo de la reutilización, desaparecida de la LA desde la reforma operada por la Ley 46/1999, podría tener otro significado. Así, es posible entender que el carácter directo de la reutilización directa contemplada por la LA de 1985 y por el RDPH hacía referencia al uso de aguas simplemente depuradas, mientras que, de conformidad con el RD 1620/2007, como regla general, se exige un tratamiento adicional a la depuración para la reutilización sucesiva de las aguas. En todo caso, no parece que, el empleo inicial y la eliminación posterior de la denominación de “directa” de la reutilización de aguas resulte absolutamente irrelevante. Prueba de que el RD 1620/2007 regula un tipo de reutilización distinto del que anteriormente se denominó “reutilización directa”, es que esta norma dispone (Disposiciones Transitorias Primera y Segunda) que las reutilizaciones directas de aguas depuradas con concesión o con autorización administrativa vigente y los expedientes de reutilización directa de aguas depuradas, iniciados y no resueltos en el momento de su entrada, deberán cumplir las condiciones básicas de la reutilización y las obligaciones impuestas en el Real Decreto 1620/2007 en el plazo máximo de dos años.

(9) Parece lógico interpretar que las aguas regeneradas puedan ser destinadas al mismo uso previo de ellas o a otro distinto, siempre que éstas reúnan las condiciones de calidad exigibles en cada caso. Por un lado, según el Diccionario de la Lengua Española, el término “nuevo” admite los significados “repetido o renovado para reiterarlo” o “distinto o diferente de lo que antes había”. Por otro lado, tampoco el RD 1620/2007 ofrece argumentos que impidan sostener la interpretación aquí realizada de “nuevo uso”.

(10) Reutilización ..., *op. cit.*, pág. 135.

En el mismo sentido, *vid.* GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C.: *La Ley de Aguas...*, *op. cit.*, pág. 134.

IV. REGENERACIÓN DE AGUAS RESIDUALES. DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE CALIDAD DE LAS AGUAS REUTILIZABLES

Como ya se ha dicho, el RD 1620/2007 ha establecido las exigencias básicas para la reutilización de las aguas, tarea pendiente desde la primera redacción del artículo 101 de la LA de 1985. Entre esas condiciones básicas se encuentran las relativas a la calidad que deben reunir las aguas previamente depuradas¹¹, que varían en función de los usos a los que aquéllas se destinen.

Precisamente, en virtud de las condiciones de calidad exigidas por el RD 1620/2007 para la reutilización de las aguas, tales aguas se denominan ahora “regeneradas”. Son aguas regeneradas las aguas residuales depuradas¹² que, en su caso, han sido sometidas a un tratamiento adicional o complementario que permite adecuar su calidad al uso que se destinan¹³. Según señala la Exposición de Motivos del RD 1620/2007, la denominación de “aguas regeneradas”, resulta más acorde con las nuevas posibilidades de reutilización que establece la citada norma.

Aun así, el RD 1620/2007 establece una serie de prohibiciones de uso de las aguas regeneradas¹⁴ que afectan, entre otros usos, al uso para consumo humano y, en general, a cualquier otro uso que la autoridad sanitaria o ambiental considere un riesgo para la salud de las personas o un perjuicio para el medioambiente, cualquiera que sea el momento en el que se aprecie dicho riesgo o perjuicio.

A mayor calidad de las aguas, mayores posibilidades de uso de éstas. Por ello, el Anexo I.A) del RD 1620/2007 determina los distintos usos de los que pueden ser objeto las aguas reutilizadas y establece los criterios de calidad exigibles en cada caso: usos urbanos, usos agrícolas, usos industriales, usos recreativos y usos ambientales. El citado Anexo I pormenoriza las distintas aplicaciones que pueden hacerse de las aguas regeneradas en cada uno de los ámbitos de uso señalados, especificando igualmente los criterios de calidad exigibles para el caso concreto¹⁵.

(11) Vid. RD-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, que establece las normas sobre requisitos de depuración y tipos de tratamiento de las aguas residuales urbanas.

(12) El artículo 2.b) del RD 1620/2007 define las aguas depuradas como aquellas que han sido sometidas a un proceso de tratamiento que permita adecuar su calidad a la normativa de vertidos aplicable.

(13) Artículo 2.c) del RD 1620/2007.

(14) El artículo 4.4 del RD 1620/2007 prohíbe que las aguas regeneradas puedan destinarse a determinados usos de la industria alimentaria, a instalaciones hospitalarias y otros usos similares, para el cultivo de moluscos filtradores en acuicultura, para el uso recreativo como agua de baño, para el uso en torres de refrigeración y condensadores evaporativos, así como para el uso en fuentes y láminas ornamentales en espacios públicos o interiores de edificios públicos.

(15) El Anexo I.A) del RD 1620/2007 distingue calidad residencial (riego de jardines privados y descarga de aparatos sanitarios) y calidad de servicios (riego de zonas verdes urbanas, baldeo de calles, sistemas contra incendios y lavado industrial de vehículos) dentro de los usos urbanos.

En los usos agrícolas la calidad varía en función del tipo concreto de riego que se haga con las aguas o que éstas se utilicen para la acuicultura.

Tratándose de usos industriales las exigencias de calidad varían según que las aguas se destinen al uso en procesos de la industria alimentaria o a otros usos industriales.

Para usos recreativos se establecen calidades distintas para el riego de campos de golf y para el uso de las aguas en estanques, masas de agua y caudales circulantes ornamentales.

De este modo, el RD 1620/2007 abandona el sistema de reutilización directa de las aguas instaurado por el artículo 101 de la LA de 1985, que contemplaba la reutilización de aguas residuales simplemente depuradas conforme a lo exigido en la autorización de vertido. No obstante, parece que el RD 1620/2007 no excluye la posibilidad de que, en ocasiones, las aguas residuales puedan ser reutilizadas tras el previo tratamiento depurativo exigido en la autorización de vertido, sin necesidad de tratamiento adicional¹⁶.

V. LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS REUTILIZABLES

Las aguas regeneradas mantienen su naturaleza demanial originaria, pese a no retornar al dominio público hidráulico antes de ser destinadas a un nuevo uso¹⁷. La naturaleza demanial de los recursos integrantes del dominio público hidráulico no resulta alterada por el tratamiento regenerador previo a la reutilización de las aguas ni por los usos sucesivos a los que éstas se destinan.

Por otra parte, dado que la regulación establecida por el RD 1620/2007 resulta incompatible con el régimen de derechos sobre aguas privadas, no hay duda sobre el carácter público de las aguas reutilizables.

Por todo ello, parece superfluo que la Exposición de Motivos de la Ley 11/2005, refiriéndose a la modificación del artículo 109.1 del TRLA, haya señalado respecto de las aguas reutilizadas, “que quedan asimismo demanializadas”¹⁸.

VI. RÉGIMEN DE USO PRIVATIVO PARA LA REUTILIZACIÓN DE AGUAS REGENERADAS

La regulación inicialmente establecida por el artículo 101 de la LA de 1985 ya contemplaba, como regla general, la necesidad de obtener una concesión administrativa para la reutilización de aguas residuales.

También en el caso de los usos ambientales se establecen distintas exigencias de calidad para aplicación concreta de las aguas (recarga de acuíferos por percolación; recarga de acuíferos por inyección directa; riego de bosques, zonas verdes y de otro tipo no accesibles al público; silvicultura u otros usos ambientales tales como mantenimiento de humedales, caudales mínimos y similares).

(16) Como ya se ha dicho, según el artículo 2.c) de este Real Decreto, son aguas regeneradas las aguas residuales depuradas que, en su caso (el subrayado es nuestro), han sido sometidas a un tratamiento adicional o complementario que permite adecuar su calidad al uso que se destinan.

(17) Las aguas desaladas de origen marino han sido demanializadas por determinación legal, sin necesidad de incorporación a los bienes que integran el dominio público hidráulico. Vid. el cambio de redacción dado al apartado e) del artículo 2 del TRLA por la Ley 11/2005, de 22 de junio.

(18) Debe interpretarse que la demanialidad se predica de las aguas que, de conformidad con la terminología empleada por el RD 1620/2007, ahora se denominan “regeneradas”, y que podrán ser utilizadas por el concesionario o titular de la autorización de reutilización o entregadas a un usuario distinto del sujeto que ha llevado a cabo la actividad de regeneración.

La reutilización de aguas regeneradas

Posteriormente, la redacción dada al artículo 101 de la LA por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, también hacía referencia expresa a la regla general de concesión administrativa para la reutilización de las aguas procedentes de un aprovechamiento previo, permitiendo excepcionar dicha regla en el supuesto de que fuese el titular de una autorización de vertido quien solicitase la reutilización de las aguas depuradas, en cuyo caso bastaría una autorización administrativa que recogiese las condiciones necesarias complementarias de las contempladas en la autorización de vertido (artículo 101.2).

La reforma del artículo 109.2 del TRLA efectuada por la Ley 11/2005 ha mantenido la regla general de concesión administrativa, que queda igualmente excepcionada cuando la reutilización sea solicitada por el titular de una autorización de vertido¹⁹, en cuyo caso sólo se exige una autorización administrativa.

La concesión y la autorización legitiman para el uso de las aguas regeneradas, si bien dichas aguas podrán ser utilizadas igualmente por terceros usuarios a quienes los titulares de la concesión o de la autorización complementaria para reutilización cedan sus derechos al uso privativo de éstas, de conformidad con lo previsto en el Capítulo III del Título IV del TRLA.

El legislador ha optado por excluir del tráfico jurídico privado la actividad de regeneración de aguas depuradas. El recurso al régimen propio del uso privativo del dominio público hidráulico otorga a la Administración importantes facultades de intervención en la actividad de regeneración de las aguas y en el uso posterior de tales aguas, teniendo en cuenta que el RD 1620/2007 hace responsable del mantenimiento de las exigencias de calidad del agua regenerada al concesionario o titular de la autorización administrativa complementaria, atribuyendo también a estos sujetos la gestión de los riesgos derivados de estas actividades –de clara incidencia sobre el medioambiente y la salud– en caso de que las aguas no reúnan la calidad exigible

La exigencia de concesión para la reutilización es expresiva de la creciente intervención pública en la gestión de las aguas²⁰, así como del margen de apreciación con que actúa el legislador a la hora de determinar las actividades que han de desarrollarse conforme al régimen propio del uso privativo del dominio público hidráulico.

Las sucesivas intervenciones normativas en materia de reutilización han seguido una línea constante de publicación de esta actividad, que también ha terminado por impregnar la normativa de desalación de aguas marinas²¹. Inicialmente, esta actividad podía ser realizada por cualquier persona física o jurídica, sin necesidad de un título habilitante específico²². Sin embargo, en la nueva redacción dada al artículo 13 del TRLA por la Disposición Final Tercera de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, la

(19) Vid. artículo 3.1 y 2 del RD 1620/2007.

(20) Sobre el particular, vid. MARINA JALVO, B.: “Nuevas medidas de intensificación de la intervención administrativa en la gestión de las aguas subterráneas”, *Revista Justicia Administrativa*, núm. 35, 2007, págs. 43 a 60.

(21) Sobre esta tendencia publicadora, vid. EMBID IRUJO, A.: “La política de aguas y su marco jurídico”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 14, 2008, pág. 23.

(22) Sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales requeridas por la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y por la legislación sectorial.

actividad de desalación de agua marina o salobre queda sometida al régimen general del uso privativo del dominio público hidráulico.

VII. INICIATIVAS E INFRAESTRUCTURAS DE REUTILIZACIÓN

A) Planes o programas de las Administraciones Públicas para la reutilización de aguas

Con el fin de fomentar un uso más eficiente de los recursos hídricos, las Administraciones públicas estatal, autonómica y local, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán llevar a cabo planes y programas de reutilización de aguas, de conformidad con el artículo 7.1 del RD 1620/2007.

En los planes y programas mencionados, que especificarán el análisis económico-financiero realizado y el sistema tarifario que quepa aplicar²³, según indica el mismo artículo 7.1 del RD 1620/2007, se establecerán las infraestructuras que permitan llevar a cabo la reutilización de los recursos hídricos obtenidos para su aplicación a los usos admitidos. Debe entenderse que esas infraestructuras son las que integran el sistema de reutilización, es decir, un conjunto de instalaciones que incluye la estación regeneradora de aguas, en su caso, y las infraestructuras de almacenamiento y distribución de las aguas regeneradas hasta el punto de entrega a los usuarios²⁴.

En principio, atendiendo a la dicción del citado artículo 7.1 del RD 1620/2007, parece que se deja en manos de cada una de las Administraciones Públicas mencionadas la decisión de poner o no en marcha planes o programas de reutilización de aguas. Sin embargo, las previsiones del artículo 7.1 del RD 1620/2007 no pueden entenderse desligadas del saneamiento y de la depuración de las aguas residuales urbanas y de las competencias que sobre estas materias, y en virtud de distintos títulos, ostentan las Administraciones Locales²⁵, las Comunidades Autónomas y el Estado (obras de interés general). Por ello, los planes o programas de reutilización que hayan de promover las Administraciones Públicas competentes, empezando por el anunciado Plan Nacional de Reutilización, necesariamente habrán de estar coordinados con el Plan Nacional de Calidad de las Aguas: Saneamiento y Depuración (2007-2015)²⁶. El Plan Nacional de Calidad de las Aguas, que asume los Planes Regionales Autonómicos de Saneamiento y Depuración y trata de concertar los esfuerzos de saneamiento y depuración realizados por todas las Administraciones implicadas, presta atención preferente a las posibilidades de reutilización de las aguas depuradas.

(23) Estos planes se someterán a evaluación según lo previsto en el artículo 3 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medioambiente.

(24) Vid. artículo 2.f) del RD 1620/2007.

(25) En el caso de la Administración Local, GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, C. ha señalado que "(...) la reutilización no se concibe sin que se entienda la prestación de servicios hídricos como una prestación conjunta y en la que el abastecimiento y el saneamiento sean considerados como fases de una misma actividad prestacional". "(...) Siempre que la reutilización se lleve a cabo a iniciativa y por medio de la actuación de la Administración titular de los servicios de abastecimiento y saneamiento que permiten aquélla, deberá ser considerada servicio público local independientemente de que sean necesarias autorizaciones o concesiones", *La Ley de Aguas y el servicio de abastecimiento de poblaciones ...*, op. cit., págs. 113 y 125.

(26) Este Plan deriva de la revisión de anterior Plan Nacional de Saneamiento, impuesta por la Disposición Adicional Séptima de la Ley 11/2005, de 22 de junio.

La reutilización de aguas regeneradas

A su vez, si realmente se pretende un aprovechamiento integral de los recursos hídricos, los Planes Hidrológicos de cuenca no pueden obviar la planificación de la reutilización de aguas. Sin embargo, ni el RPH ni el RD 1620/2007 contienen previsión alguna de coordinación entre los planes y programas de reutilización que puedan promover las Administraciones Públicas y los Planes Hidrológicos²⁷. Más allá del informe que el organismo de cuenca debe emitir sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las solicitudes de reutilización con las previsiones del Plan hidrológico, por cuanto la falta de retorno inmediato al dominio público hidráulico de las aguas destinadas a la reutilización²⁸ puede afectar, entre otros usos, al uso o caudal ecológico, las normas citadas no se pronuncian sobre la articulación de planes y programas de reutilización de aguas y la reserva y asignación de aguas regeneradas a usos y demandas presentes y futuros en los Planes hidrológicos. Y esto ocurre a pesar de que el RPH menciona la posibilidad de reutilización de aguas como circunstancia a tener en cuenta para la estimación de las demandas agrícola²⁹ e industrial³⁰. No obstante, el RPH sí ha previsto que los Planes hidrológicos concreten, entre otras directrices relativas a la recarga de acuíferos, la procedencia, la cuantía y la calidad de los recursos aplicados para la recarga artificial de los acuíferos, señalando expresamente que las aguas regeneradas podrán aplicarse a tal fin³¹.

Por otra parte, en cuanto a las infraestructuras necesarias para el desarrollo de los planes de reutilización y particularmente respecto de las que tienen la consideración de obras de interés general del Estado, hay que recordar que, en desarrollo de las previsiones del Programa AGUA, el RD-L 2004 y la Ley 11/2005, de 22 de junio, que modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del PHN, han previsto un conjunto de actuaciones de interés general, y de carácter prioritario y urgente en las cuencas mediterráneas, entre las que se encuentran numerosas infraestructuras de depuración y reutilización de aguas residuales. También el Plan Nacional de Calidad de las Aguas incluye las obras –declaradas de interés general del Estado– en ejecución o pendientes de ejecución contempladas por el anterior Plan Nacional de Saneamiento y Depuración.

No obstante, respecto de las citadas obras de interés general que aún no han sido ejecutadas, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 46.5 del TRLA, es necesario revisar cada seis años los informes sobre su viabilidad económica, técnica, social y ambiental.

A su vez, lo que acaba de decirse debe ponerse en relación con la prohibición de inicio de la construcción de obras públicas hidráulicas que comporten la concesión de nuevos usos del agua, si previamente no se ha obtenido o declarado la correspondiente concesión, autorización o reserva demaniales (artículo 123 del TRLA). Y es que, para evitar la infrautilización de infraestructuras de reutilización y de aguas reutilizables, el desarrollo de iniciativas o planes administrativos de reutilización deberá estar en función de las previsiones reales sobre demandas y asignaciones de uso de aguas regeneradas, en coordinación con las previsiones que a tal efecto cabe desear que incorporen los nuevos Planes Hidrológicos que ahora se tramitan.

(27) El Consejo de Estado, en Dictamen de 29 de noviembre de 2007, puso de manifiesto la falta de clara conexión o ensamblaje de los planes y programas previstos por el artículo 7.1 del RD 1620/2007 con la planificación hidrológica general.

(28) Téngase en cuenta que para la estimación de las demandas de agua se adopta como criterio general el retorno al medio natural de las aguas usadas (artículo 14.3 del RPH).

(29) Vid. artículo 14.1.a) del RPH.

(30) Vid. artículo 14.1.c) del RPH.

(31) Vid. artículo 53 del RPH.

B) La explotación de las infraestructuras de reutilización

El artículo 7 del RD 1620/2007 recoge una serie de disposiciones relativas a las modalidades de explotación de las instalaciones e infraestructuras que integran los sistemas de reutilización. Como no podía ser de otro modo, estas previsiones no son sino aplicación concreta a este ámbito de la regulación general que el TRLA hace de las obras hidráulicas, cuya explotación puede corresponder a Administraciones Públicas, entidades o sociedades públicas, comunidades de usuarios o a otros sujetos.

a) Explotación de infraestructuras de reutilización por Administraciones Públicas, entidades o sociedades públicas

Tal como deriva de las disposiciones del TRLA relativas a las obras hidráulicas, el RD 1620/2007 señala que la explotación de estaciones regeneradoras y de infraestructuras de almacenamiento y distribución de aguas regeneradas podrá realizarse de forma temporal o permanente por alguna de las Administraciones Públicas citadas (estatal, autonómica o local), o por la entidad o sociedad pública a quien se haya encomendado la ejecución de las infraestructuras o su explotación.

En todo caso, la Administración o entidad a quien corresponda la explotación de las infraestructuras debe solicitar la correspondiente concesión o autorización de reutilización.

Si la explotación de las infraestructuras de reutilización correspondiese a una Sociedad Estatal, las relaciones entre ésta y la Administración General del Estado se registrarán mediante Convenio de Gestión Directa³².

b) Explotación por comunidades de usuarios y otros usuarios

La explotación de una infraestructura pública de reutilización podrá efectuarse por los usuarios de las aguas regeneradas, a cuyo efecto el artículo 7.4 del RD 1620/2007 señala que será preciso que la Administración Pública correspondiente lleve a cabo la entrega de dicha infraestructura, formalizando el oportuno documento en el que deberán constar todas las circunstancias en las que se produce la entrega. En particular, la entrega de la infraestructura supone la transferencia a los usuarios de la concesión o autorización de reutilización del agua.

El precepto citado del RD 1620/2007 debe ponerse en relación con el artículo 125 del TRLA, que contempla la encomienda de gestión y la concesión sin competencia de proyectos como alternativas para la explotación por comunidades de usuarios, o juntas centrales de usuarios, de las obras hidráulicas que les afecten. En ambos casos, las condiciones de explotación de la obra quedarán recogidas en un convenio específico entre la Administración y los usuarios.

(32) Artículo 132 del TRLA.

La reutilización de aguas regeneradas

Por otra parte, también como reflejo del artículo 125 del TRLA, el artículo 13.2 del TRLA³³, relativo a la desalación de aguas, contempla la posibilidad de suscripción de convenios específicos entre la Administración y las comunidades de usuarios o juntas centrales de usuarios, que convertiría a éstos, mediante concesión o encomienda de gestión, en beneficiarios directos de las obras e instalaciones de desalación que les afecten, dada la especial relación que existe entre obras hidráulicas y comunidades de usuarios³⁴. En tal caso, la concesión de aguas desaladas se otorgaría directamente a las entidades mencionadas.

c) Otros supuestos de explotación de infraestructuras de reutilización

Como es lógico, al margen de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, con carácter general, la explotación de los sistemas de reutilización del agua podrá realizarse a través de contrato de concesión de obra pública, y así lo recuerda el artículo 7.5 del RD 1620/2007. Igualmente, en este caso el concesionario deberá solicitar también la correspondiente concesión o autorización de reutilización.

Conviene recordar aquí que la concesión de obras públicas hidráulicas se rige por sus disposiciones específicas, establecidas en los artículos 125, 133 y 135 del TRLA, y por las disposiciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sin que le sea de aplicación el régimen especial de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas.

VIII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REUTILIZACIÓN DE AGUAS

Como ya se ha ido avanzando, el RD 1620/2007 establece las condiciones básicas de la reutilización de aguas, tales como la regulación de los distintos sujetos que pueden realizar dicha actividad; las disposiciones relativas a los usuarios de éstas, que pueden no ser los mismos que los primeros sujetos mencionados; los derechos, obligaciones y responsabilidades de cada uno de ellos, así como los procedimientos a seguir para obtener la concesión o autorización administrativa de reutilización.

A) Estatuto jurídico de los sujetos de la actividad de reutilización

El régimen establecido por el RD 1620/2007 otorga preferencia para la realización de tal actividad al primer usuario de las aguas, siempre que éste sea, además, titular de una autorización de vertido (artículo 3 del RD 1620/2007). Esta previsión resulta muy lógica puesto que los titulares de una autorización de vertido, sean municipios, industrias, comunidades de usua-

(33) Véase la redacción dada a este precepto por la Disposición Final Tercera de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre.

(34) Tal como ha destacado PÉREZ GONZÁLEZ, J.L.: las obras hidráulicas "(...) son posibles gracias al apoyo e impulso de los usuarios a través de sus comunidades de usuarios, representando, la obra hidráulica para las comunidades de usuarios, la plena justificación de su existencia y haciendo posible el cumplimiento de su primera obligación, servir agua a sus usuarios. (...)

Las comunidades de usuarios han hecho posible la participación de los usuarios en la planificación y posterior desarrollo de las obras hidráulicas. Participación que se acrecienta con las nuevas fórmulas de realización de obras hidráulicas, a través de las Sociedades Estatales", "Las Comunidades de Usuarios y las Obras Hidráulicas", en *Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio*, Embid Irujo A. (dir.), tomo II, Civitas, Madrid, 2002, págs. 541 y 542.

rios constituidas para la gestión, eliminación y tratamiento de vertidos (artículo 82 de la LA) o empresas que realicen este tipo de prestaciones con carácter de servicio público (artículo 100 de la LA) u otros, deberán disponer a tal efecto de las debidas instalaciones de depuración, circunstancia esta última que facilita el tratamiento previo necesario para la reutilización de las aguas³⁵. En definitiva, es comprensible que se otorgue preferencia a un sujeto en cuya figura concurren diversas cualidades y se concentran las obligaciones y responsabilidades principales en materia de reutilización, evitándose así la necesidad de atender a la articulación de las relaciones entre los diversos sujetos (primer usuario, titular de la autorización de vertido, concesionario de reutilización) que, en otro caso, tendrían presencia obligada en los casos de reutilización de aguas.

En caso de que no concurren en una misma persona la condición de primer usuario de las aguas y de titular de la autorización de vertido se otorgará preferencia a la solicitud de reutilización presentada por el titular de la autorización de vertido (artículo 3.3 del RD 1620/2007). En definitiva, el RD 1620/2007 otorga clara preferencia para la reutilización al último sujeto que tiene contacto con las aguas (último utilizador), si bien esta previsión carece de carácter básico, por lo que únicamente resulta de aplicación en el ámbito de las cuencas intercomunitarias, cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado (artículo 149.1.22 de la CE). En este supuesto, nuevamente, y por las mismas razones expuestas con anterioridad, se trata de favorecer que sea el titular de la autorización de vertido el beneficiario de la actividad de reutilización.

Por otra parte, en caso de que la solicitud de reutilización sea presentada por el titular de una autorización de vertido se excepciona la regla general de exigencia de concesión, requiriéndose únicamente una autorización administrativa adicional³⁶. Se trata, sin duda, de una manifestación más de la posición privilegiada del titular de la autorización de vertido, por las ventajas que su figura presenta para la reutilización de las aguas. La razón de esta excepción a la regla general puede encontrarse en el hecho que este sujeto dispone ya de la infraestructura necesaria para efectuar un tratamiento depurativo que, en ocasiones, será suficiente para permitir la reutilización de las aguas. Desde esta perspectiva podría sostenerse que la actividad de reutilización de las aguas supone un uso “menos intenso” de éstas, y de ahí la procedencia de la autorización frente a la concesión.

En todo caso, tanto el titular de una concesión de reutilización como el titular de una autorización complementaria de reutilización tienen las mismas obligaciones, de modo que deben asumir los costes necesarios para que las aguas reúnan las condiciones de calidad necesarias para su reutilización³⁷, y deben responder de la calidad de las aguas desde que éstas entran en el sistema de reutilización hasta que son entregadas a sus usuarios³⁸, a cuyo efecto están

(35) Tal como ha apreciado EMBID IRUJO, A., del derecho precedente (artículos 13 de la Ley de Aguas de 1879 y 407.9 del Código Civil) se deducía la voluntad de entregar un derecho prioritario a disponer de las aguas “sobrantes” al primer utilizador. Si bien la Ley de Aguas de 1985 introduce cambios sustanciales, esta norma no pierde de vista los posibles derechos prioritarios del primer utilizador en determinadas circunstancias, *Reutilización ...*, op. cit., pág. 125.

(36) Artículo 3.2, 3 y 4 del RD 1620/2007.

(37) Artículo 109.1 del TRLA.

(38) Artículos 5.4 y 11.3 del RD 1620/2007.

La reutilización de aguas regeneradas

obligados a seguir un programa de autocontrol analítico de la calidad, así como a gestionar el riesgo derivado en casos de calidad inadecuada, todo ello, claro está, sin perjuicio de las potestades de supervisión y control que corresponden a las autoridades ambientales, sanitarias³⁹ y al organismo de cuenca concedente. En realidad, el RD 1620/2007 se limita a mencionar las potestades de supervisión y de control de las autoridades sanitarias y ambientales⁴⁰, sin más detalles sobre su contenido ni sobre su forma de ejercicio, omitiendo también toda mención sobre la competencia del organismo de cuenca para la inspección y vigilancia del cumplimiento de las condiciones impuestas en concesiones o autorizaciones sobre el dominio público hidráulico⁴¹. Pero es evidente que estas potestades administrativas de supervisión y control deben ejercerse de forma concurrente con las exigencias de autocontrol de calidad impuestas al titular de la concesión o autorización de reutilización.

En la concesión o autorización de reutilización quedarán recogidas las condiciones⁴² de calidad de las aguas regeneradas⁴³, el programa de autocontrol de la calidad del agua regenerada⁴⁴, así como las medidas de gestión del riesgo en caso de calidad inadmisibles de las aguas para el uso previsto.

Para los casos en que la calidad de las aguas regeneradas no sea adecuada a las exigencias fijadas por el RD 1620/2007, el Anexo I.C) de éste prevé una serie de medidas de gestión, que comportan la suspensión del suministro de aguas regeneradas hasta que, tras la oportuna adopción del tratamiento regenerador, las aguas alcancen la calidad debida. Añadidamente, en los casos de incumplimiento de los requisitos de calidad, se aumentará la frecuencia de los controles de calidad. Todo ello, lógicamente, debe entenderse sin perjuicio de otras medidas de gestión del riesgo contempladas en la concesión o autorización de reutilización y de aquellas otras que puedan disponer las autoridades sanitarias o ambientales competentes. Pese al silencio del RD 1620/2007 al respecto, parece obvio que los supuestos de riesgo por calidad inadmisibles de las aguas regeneradas deberán ser comunicados por el titular de la concesión o de la autorización de reutilización al organismo de cuenca y a las autoridades sanitarias o ambientales, en su caso.

Como es lógico, además de la adopción de las oportunas medidas de gestión del riesgo, el incumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión o en la autorización de reuti-

(39) Artículo 5.4 y 6 del RD 1620/2007.

(40) El Dictamen del Consejo de Estado emitido sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de aguas depuradas, de 29 de noviembre de 2007, señalaba la necesidad de que dicho texto normativo hiciese mención expresa de las potestades administrativas de control y supervisión en materia de reutilización de aguas, por entender que la opción por un sistema de autorregulación no justificaba la falta de previsión alguna sobre la policía de las aguas, ambiental y sanitaria.

(41) Artículo 24.b) del TRLA.

(42) Artículo 8.6 del RD 1620/2007.

(43) El Anexo I.A) del RD 1620/2007 fija los requisitos de calidad que han de reunir las aguas regeneradas, en función del uso (usos urbanos, agrícolas, industriales, recreativos y ambientales) al que vayan a ser destinadas.

(44) El Anexo I.B) del RD 1620/2007 determina la frecuencia mínima de los muestreos y de los análisis de calidad a los que deberán someterse las aguas a la salida de la planta de regeneración y en todos los puntos de entrega al usuario. Estas disposiciones se completan con las establecidas por el Anexo I.C, relativas a los criterios de conformidad y adecuación de la calidad de las aguas regeneradas a los criterios de calidad establecidos por el RD 1620/2007. La frecuencia de los controles varía en función de los usos de las aguas. En el caso de las aguas destinadas a usos urbanos se valorarán las condiciones impuestas en la autorización de vertido y el tratamiento de regeneración aplicado. Las reglas generales sobre la frecuencia de los controles variarán según los niveles de los parámetros de calidad obtenidos en los análisis precedentes.

lización podrá ser sancionado conforme a lo dispuesto en el Título VII del TRLA⁴⁵, al que se remite el artículo 11.2 del RD 1620/2007. Asimismo, el incumplimiento de las condiciones (de calidad u otras) impuestas en la concesión o autorización podrá determinar la caducidad, la revocación o la suspensión de dichos títulos habilitantes⁴⁶. Sin embargo, el RD 1620/2007 no se pronuncia sobre ninguna de las consecuencias derivadas del incumplimiento de las condiciones impuestas en título habilitante de la reutilización.

a) Solicitud de concesión de reutilización por quien ya es concesionario de la primera utilización de las aguas

Según señala el artículo 8.1 del RD 1620/2007, que resulta de aplicación exclusiva en las cuencas intercomunitarias, el concesionario de la primera utilización de las aguas está igualmente obligado a solicitar concesión para su reutilización, si bien tal solicitud se tramitará sin competencia de proyectos (artículo 8.1 del RD 1620/2007)⁴⁷.

b) Solicitud para reutilización de aguas presentada por el titular de una autorización de vertido

Como ya se ha dicho, la regla general que somete a concesión el uso privativo de las aguas (artículo 59.1 del TRLA), se excepciona si la reutilización es solicitada por el titular de una autorización de vertido de aguas residuales, que podrá llevar a cabo dicha actividad mediante una simple autorización administrativa. En estos supuestos, si se manifiesta la intención de reutilizar las aguas residuales en el momento de solicitar la autorización de vertido (artículo 9.2), la autorización de reutilización quedará supeditada al otorgamiento de la autorización de vertido⁴⁸.

Puesto que el RD 1620/2007, además de otorgar preferencia al titular de la autorización de vertido frente a quienes no tienen esta condición, exime a tal sujeto de la necesidad de obtener una concesión administrativa para realizar la actividad de reutilización de aguas, habrá que entender que la opción normativa por la autorización complementaria comporta algún beneficio efectivo para quien ya es titular de una autorización de vertido, sin embargo, a simple vista, no se advierte cuál pueda ser la ventaja. Tradicionalmente se ha admitido que el otorgamiento de la autorización administrativa tiene carácter reglado, frente al carácter discrecional de la concesión (artículo 97 del RDPH)⁴⁹. Ahora bien, no cabe sostener aquí que el

(45) Vid. artículo 116.2.c) del TRLA.

(46) Vid. artículos 66.1 y 116.2.c) del TRLA.

(47) Originariamente, el artículo 101 de la LA de 1985 no contemplaba la exigencia de concesión en este caso. De conformidad con el artículo 273.1 del RPDH, ahora derogado, la concesión de primer uso debía modificarse en caso de que en ésta no se hubiese previsto la reutilización directa de las aguas concedidas.

(48) Para ello, cuando se trate de realizar vertidos indirectos al dominio público hidráulico a través de las redes de conducción de aguas residuales, deberán arbitrase los oportunos mecanismos de coordinación entre la Administración competente para otorgar la autorización de vertido, que puede ser la Administración local o autonómica (véase el artículo 101.2 del TRLA en la redacción dada a este precepto por el Real Decreto-Ley 4/2007, de 13 de abril), y el organismo de cuenca, competente para otorgar la autorización complementaria de reutilización.

(49) Según interpreta EMBID IRUJO, A. refiriéndose a la reforma operada en este sentido por la Ley 46/1999, parece que "(...) el espíritu de la norma fuera sobre todo huir del contenido esencialmente discrecional que siempre posee la

titular de la autorización de vertido disponga de un derecho preexistente a la reutilización de las aguas, de modo que el otorgamiento de la correspondiente autorización complementaria resulte estrictamente reglado⁵⁰ o automático siempre que se acredite la concurrencia de determinados requisitos. El RD 1620/2007⁵¹ habilita al organismo de cuenca para establecer en el título habilitante de la reutilización todas aquellas condiciones que considere oportunas en función de las características propias de cada caso y del cumplimiento de la finalidad del sistema de reutilización del agua. La consideración de estos aspectos otorga al órgano concedente un innegable margen de discrecionalidad, que se verá incrementado con la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración en la determinación de los requisitos de calidad exigibles a las aguas reutilizables⁵². En consecuencia, el organismo de cuenca dispone de considerables posibilidades de intervención y de encauzamiento de la actividad de reutilización.

Lo que acaba de decirse no obsta para apreciar que el otorgamiento de la autorización complementaria de reutilización vinculado a la concurrencia de múltiples elementos reglados, predeterminados y objetivados por el RD 1620/2007 o por otras normas que resulten de aplicación. Pero, precisamente, ocurre que estos elementos reglados condicionan igualmente el otorgamiento de la concesión de reutilización. Son muchas las disposiciones del RD 1620/2007 comunes a la concesión y a la autorización de reutilización de aguas, tanto desde una perspectiva material⁵³ como desde una perspectiva formal, ya que el solicitante de la autorización complementaria de reutilización debe presentar el modelo de solicitud y el proyecto de reutilización en los mismos términos exigidos al concesionario de la primera utilización de las aguas, y el procedimiento para resolver sobre dicha solicitud seguirá los mismos trámites establecidos para obtener la concesión de reutilización⁵⁴.

De lo anterior deriva que tanto la concesión como la autorización complementaria de reutilización de aguas regeneradas son figuras mixtas⁵⁵, en cuyo otorgamiento concurren elementos reglados y discrecionales, en distinto grado. Por ello, parece que el RD 1620/2007 no ha previsto para la autorización complementaria de reutilización un régimen coherente con el pretendido privilegio que ésta debería suponer frente a la regla general de concesión para el uso privativo de las aguas (artículo 59 del TRLA).

Como es obvio, puede ocurrir también que un mismo sujeto o entidad tenga la triple condición de primer usuario de las aguas, titular de la autorización de vertido y titular de la autorización complementaria de reutilización. Éste podría ser el caso de las entidades locales y

concesión (ex artículo 57.4 de la Ley de Aguas) para llegar a un cierto contenido reglado que el Legislador opina que está ínsito en el procedimiento de otorgamiento de la autorización administrativa”, *Reutilización...*, op. cit., pág. 137.

(50) Sobre si la autorización se basa o no en la preexistencia de un derecho en quien la solicita y el carácter reglado o discrecional del otorgamiento de ésta, vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Breves reflexiones sobre la autorización previa”, págs. 15 a 23, y LAGUNA DE PAZ, J.C.: “La autorización administrativa: entre la escila del dogmatismo y el caribdis del relativismo”, págs. 25 a 48, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, Publicaciones de la Asociación Española de Derecho Administrativo, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

(51) Artículo 8.6.k).

(52) Vid. artículos 4.4.h) y 5.2 del RD 1620/2007.

(53) Vid. artículo 11.

(54) Vid. artículo 9.

(55) Sobre el carácter mixto de la concesión de aguas, LÓPEZ MENUJO, F.: “Problemática jurídica del régimen de la concesión de aguas”, en Embid Irujo, A. (dir.): *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, 2006, págs. 93 a 95.

de las comunidades de vertido (artículo 253 del RDPH). En tal supuesto, lo dispuesto por el artículo 9.2 RD 1620/2007 debe interpretarse en relación con el artículo 246.4 del RDPH, que contempla la presentación conjunta de la documentación y de las solicitudes de concesión para aprovechamiento privativo de aguas y de autorización de vertido, de modo que la autorización complementaria de reutilización resultaría condicionada a la resolución positiva de las dos primeras solicitudes.

Por otra parte, tras la reforma introducida por la Ley 11/2005, el artículo 109 del TRLA no contempla ya la posibilidad de que quienes hayan obtenido una concesión de reutilización puedan subrogarse por vía contractual en la titularidad de la autorización de vertido de las aguas que vayan a ser reutilizadas⁵⁶. La subrogación pierde sentido en la regulación actual que, a diferencia de las previsiones normativas anteriores, por un lado, no contempla como regla general la reutilización directa de aguas depuradas y, por otro lado, regula con detalle las obligaciones, las responsabilidades y los derechos propios del titular de la autorización de vertido y del titular de la concesión de reutilización, de modo que si ambas cualidades no coinciden en una misma persona la articulación de las relaciones entre ambos no ha de resultar especialmente problemática. El titular de una autorización de vertido debe entregar al concesionario de reutilización las aguas depuradas en las condiciones de calidad exigidas en la citada autorización de vertido y en el punto de entrega previsto a tal efecto⁵⁷. Por su parte, el titular de la concesión de reutilización responde del mantenimiento de la calidad de las aguas desde que las aguas depuradas entran en el sistema de reutilización hasta el punto de entrega a los usuarios⁵⁸. Si bien, esta responsabilidad exigible al concesionario de reutilización no exime de responsabilidad a las Administraciones –hidráulica, sanitaria o ambiental– competentes, en los supuestos en que a dicho sujeto se le entreguen aguas depuradas que no reúnan las condiciones exigidas en la autorización de vertido, o en los casos en que el concesionario o el titular de la autorización de reutilización entreguen a los usuarios aguas que no reúnan las condiciones de calidad requeridas. Pese a que el RD 1620/2007 no contiene ninguna previsión expresa al respecto, tal responsabilidad deriva de las potestades de supervisión y control que corresponden a dichas Administraciones⁵⁹.

c) Solicitud de reutilización presentada por tercero que no es concesionario del primer uso ni titular de la autorización de vertido

Si la solicitud de concesión de reutilización de aguas es presentada por un tercero que no es concesionario de la primera utilización ni titular de la autorización de vertido de las aguas residuales, el artículo 10 del RD 1620/2007 remite al procedimiento establecido con carác-

(56) Como ya se ha dicho, la Ley 11/2005 ha suprimido los apartados 3, 4 y 5 del artículo 109 del TRLA, que regulaban la subrogación del concesionario de reutilización en la titularidad de la autorización de vertido de las aguas residuales. A tal efecto, la misma Ley 11/2005, añadió una Transitoria Novena al TRLA, en cuya virtud, quienes se hubiesen subrogado en la titularidad de una autorización de vertido de aguas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 109 mantendrán los derechos y obligaciones correspondientes durante el plazo de vigencia de la citada autorización de vertido. Una vez vencido dicho plazo, la autorización deberá solicitarse por quien vaya a ser su titular, sin posibilidad de subrogación.

(57) Vid. artículos 2.i) y 8.6.a) y d) del RD 1620/2007.

(58) Artículo 5.4 del RD 1620/2007.

(59) Vid. artículo 5.6) del RD 1620/2007.

ter general en el RDPH⁶⁰ para la tramitación y resolución de concesiones, a excepción de la solicitud de concesión y de la propuesta de condiciones de su otorgamiento, que habrá de efectuarse en los términos establecidos por el artículo 8 de la primera norma citada.

Aunque este tercero solicitante de la concesión carezca de preferencia alguna para la reutilización frente a otros sujetos (concesionario de primer uso y titular de la autorización de vertido), es evidente que, en caso de obtener la concesión, no realizaría la actividad de reutilización en condiciones más ventajosas ni más gravosas que esos otros sujetos, por lo que no se entiende bien que el RD 1620/2007 haya establecido diferencias en cuanto al procedimiento para resolver sobre esta solicitud, pues, como no podía ser de otro modo, el procedimiento establecido por el RDPH coincide esencialmente con el regulado en el artículo 8 del citado RD 1620/2007. En realidad, en aras de una mejor técnica normativa habría sido suficiente con que el RD 1620/2007 hubiese señalado que las solicitudes de reutilización presentadas por quienes no tienen la condición de concesionarios del primer uso ni de titulares de la autorización de vertido se tramitarán siguiendo el procedimiento previsto por la propia norma, pero en concurrencia con otros proyectos, en su caso, lo que implica mayor grado de discrecionalidad en su otorgamiento.

B) Disposiciones comunes a los procedimientos para la obtención de concesión o autorización de reutilización de aguas

En el apartado anterior se han apuntado ya algunos aspectos relativos a la tramitación de las solicitudes de concesión o autorización de reutilización de aguas. Las disposiciones relativas a los procedimientos para la obtención de concesión o autorización de reutilización están establecidas en los artículos 8, 9 y 10 del RD 1620/2007, de aplicación exclusiva en las cuencas hidrográficas intercomunitarias. La resolución de las solicitudes de concesión de reutilización, si ésta es presentada por el titular de la concesión de primer uso de las aguas, y de la autorización complementaria de reutilización siguen los mismos trámites, tomando como referencia el procedimiento establecido para la concesión (artículos 8 y 9 del RD 1620/2007). Estos procedimientos derivan en un acto administrativo necesitado de aceptación expresa por su destinatario, tanto en el caso de la concesión como de la autorización de reutilización. En realidad, la estructura del procedimiento regulado en el artículo 8 del RD 1620/2007 no difiere esencialmente del procedimiento establecido por el RDPH⁶¹ para las concesiones en general⁶².

Conviene efectuar algunas consideraciones sobre los informes que deben emitirse en el procedimiento para el otorgamiento de concesión o autorización para reutilización regulado por el RD 1620/2007, obviando la referencia a otros trámites o aspectos del procedimiento que ya han sido apuntados en otros apartados de este trabajo o que no requieren especial comentario⁶³.

(60) Vid. artículos 93 a 121 del RDPH.

(61) Vid. artículos 93 a 121.

(62) De hecho, como ya se ha dicho, en caso de que la solicitud de concesión de reutilización sea presentada por quien no es concesionario de la primera reutilización ni titular de la autorización de vertido, dicha solicitud será tramitada conforme al procedimiento establecido por el RDPH para las concesiones en general (artículo 10 del RD 1620/2007).

(63) Como no podía ser de otro modo, el artículo 8.5 del RD 1620/2007 se remite al artículo 25.3 TRLA, en cuya virtud en los expedientes tramitados por los organismos de cuenca en el ejercicio de sus competencias sustantivas sobre

Tal como hiciera el artículo 272.4 del RDPH, el artículo 4.3 del RD 1620/2007 exige informe previo de las autoridades sanitarias, con carácter vinculante, en todos los supuestos de reutilización de aguas. El RD 1620/2007, que tiene carácter de legislación básica en materia de sanidad⁶⁴, y que ha concretado en sus Anexos la calidad exigible a las aguas depuradas según los usos previstos⁶⁵, sigue manteniendo la exigencia de informe vinculante de las autoridades sanitarias, otorgando así a las Comunidades Autónomas un papel determinante en este ámbito. Según la Exposición de Motivos del RD 1620/2007 la exigencia del citado informe se establece en aplicación de lo dispuesto por el artículo 19.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con el fin de asegurar así la participación de las autoridades sanitarias en aquellos aspectos de la reutilización no contemplados en las especificaciones técnicas y que podrían suponer un riesgo para la salud de los ciudadanos. En consecuencia, la competencia de las autoridades sanitarias autonómicas para la emisión de este informe derivaría de su competencia para el desarrollo de la legislación básica en materia de sanidad y del ejercicio de la competencia ejecutiva sobre dicha materia.

A su vez, según dispone el artículo 8.5 del RD 1620/2007, el organismo de cuenca debe informar sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la solicitud de reutilización con el Plan Hidrológico de cuenca atendiendo, entre otros, a los caudales ecológicos⁶⁶. Si existe compatibilidad entre el uso solicitado y las previsiones del Plan Hidrológico, continuará la tramitación del expediente. En caso de incompatibilidad, el organismo de cuenca deberá denegar la solicitud (artículo 8.5 del RD 1620/2007). En consecuencia, el informe tiene carácter preceptivo y vinculante, pese a que este último carácter no se señale expresamente en la norma.

Como es sabido, el caudal o uso ecológico opera como una restricción que se impone a los restantes usos de las aguas. Puesto que los caudales objeto de reutilización no retornan al dominio público hidráulico, al menos de forma inmediata, no debe extrañar que el RD 1620/2007 haya establecido de forma expresa la necesidad de que el organismo de cuenca informe sobre la compatibilidad de la solicitud de reutilización con los caudales ecológicos fijados por el Plan Hidrológico de cuenca, en consonancia con los avances de concreción e implantación progresiva de los citados caudales que viene haciendo la legislación de aguas⁶⁷. Por lo demás, conviene recordar que las aguas regeneradas también pueden ser destinadas a usos ambientales, entre los que se encuentra el relativo al mantenimiento de los caudales ecológicos establecidos⁶⁸.

utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico, las Comunidades Autónomas manifestarán lo que estimen oportuno en materias de su competencia, mediante informe preceptivo y no vinculante.

(64) Vid. Disposición Final Primera del RD 1620/2007.

La STC 277/1988 señaló que la competencia estatal para la regulación de la reutilización de aguas derivaba de la competencia en materia de sanidad (artículo 149.1.15 de la CE).

(65) Vid. Anexo I.A) del RD 1620/2007, que establece los criterios de calidad para la reutilización de las aguas según sus usos.

(66) El citado precepto tiene carácter básico. Vid. Disposición Final Primera del RD 1620/2007.

(67) Vid. artículo 42.1.b).c) del TRLA, en la redacción dada por la Ley 11/2005, y artículo 18 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Planificación Hidrológica (RPH).

(68) Vid. apartado 5.4) del Anexo I.A) del RD 1620/2007.

La reutilización de aguas regeneradas

Lógicamente, la compatibilidad o incompatibilidad de la solicitud de reutilización con el Plan hidrológico debe determinarse atendiendo también a las asignaciones y reservas de recursos que aquél haya establecido para otros usos distintos del uso o caudal ecológico, teniendo en cuenta el orden de prioridad de usos establecido en el propio Plan hidrológico o, en su defecto, en el artículo 60 del TRLA. Pero ocurre que la reutilización de aguas no tiene que plantearse necesariamente en términos de conflicto con las previsiones del Plan hidrológico, pues las aguas regeneradas podrán ser destinadas a usos previstos por el citado Plan, siempre que reúnan las condiciones de calidad exigibles al efecto. De ahí la conveniencia de que los nuevos Planes hidrológicos establezcan previsiones realistas de caracterización de demandas y de reservas de recursos en función de los volúmenes de aguas regeneradas disponibles para reutilización.

C) Usuarios de las aguas regeneradas

Las aguas regeneradas pueden ser utilizadas por el propio titular de la concesión o de la autorización de reutilización.

Sin embargo, en caso de que las aguas regeneradas no sean utilizadas de forma exclusiva por el titular de la concesión o de la autorización de reutilización, cualquiera de estos sujetos, titulares de un derecho al uso privativo de las aguas regeneradas, podrá ceder temporalmente tales derechos a otra persona física o jurídica o entidad pública o privada titular de una concesión o titular de derechos de igual rango, siempre que las aguas en cuestión reúnan los requisitos de calidad exigidos para los usos a los que vayan a destinarse las aguas, y de conformidad con las normas del TRLA⁶⁹ y del RDPH⁷⁰ sobre contratos de cesión de derechos sobre aguas, a las que se remite el artículo 6 del RD 1620/2007. Del mismo modo, los titulares de una concesión o autorización complementaria de reutilización podrán participar en las operaciones de los Centros de Intercambio de Derechos⁷¹.

También el RD 1620/2007, haciéndose eco de la previsión del artículo 61.3 del TRLA, contempla la posibilidad de que la Administración concedente pueda disponer la sustitución de caudales concesionales por otros procedentes de la reutilización, de modo que, a través de esta vía, los titulares de tales concesiones pasarían a convertirse en usuarios de aguas regeneradas.

Los usuarios de las aguas regeneradas tienen derecho a recibir del concesionario o del titular de la autorización de reutilización aguas que reúnan los criterios de calidad adecuados para el uso previsto, así como la responsabilidad de evitar el deterioro de éstas desde el punto de entrega hasta los lugares de uso⁷².

Por otra parte, el artículo 13 del TRLA, en la nueva redacción dada por la Ley 42/2007, igualmente contempla la posibilidad de que las aguas desaladas sean usadas por los concesionarios de la actividad de desalación o, en caso de que éstos no vayan a hacer un uso directo y exclusivo de éstas, por quienes obtengan la correspondiente concesión de aguas desaladas. El artículo 13.6 del TRLA menciona la posibilidad de que los titulares de estas concesiones, previa

(69) Artículos 67 a 71.

(70) Artículos 343 a 354.

(71) Artículo 71 del TRLA.

(72) Artículo 5.5 del RD 1620/2007.

inscripción de sus derechos en el Registro de Aguas, puedan participar en las operaciones de los Centros de Intercambio de Derechos. Como es lógico, pese a la falta de mención expresa en el artículo 13 del TRLA, los titulares de derechos sobre aguas desaladas podrán igualmente celebrar contratos de cesión con otros concesionarios o titulares de igual rango⁷³. Asimismo, también tendrán la condición de usuarios de aguas desaladas aquéllos a quienes la Administración concedente les imponga la sustitución de los caudales concesionales originarios por otros procedentes de la desalación⁷⁴.

IX. PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y REUTILIZACIÓN DE AGUAS

Hemos señalado ya que el otorgamiento de concesiones o autorizaciones de reutilización sólo procede en los casos en que tal actividad resulte compatible con las previsiones de los Planes Hidrológicos⁷⁵. Concretamente, es preciso valorar si la falta de retorno al medio natural de las aguas objeto de reutilización es compatible con el mantenimiento del caudal ecológico, así como con las asignaciones y reservas de recursos que el Plan hidrológico haya establecido para otros usos distintos del uso o caudal ecológico, teniendo en cuenta el orden de prioridad de usos establecido en el propio Plan hidrológico o, en su defecto, en el artículo 60 del TRLA. No obstante, es preciso insistir en que la reutilización de aguas no es necesariamente incompatible con las previsiones de los Planes hidrológicos. Por el contrario, las aguas regeneradas podrán satisfacer demandas previstas por el Plan Hidrológico, siempre que reúnan las condiciones de calidad exigibles para cada tipo de uso.

Algunos Planes hidrológicos vigentes⁷⁶ contienen previsiones sobre reutilización de aguas. En ausencia de la regulación de las condiciones básicas de reutilización reclamadas por el artículo 109 del TRLA, estos Planes han establecido disposiciones generalmente relativas a las condiciones de calidad de las aguas reutilizables y a sus usos posibles de pero no han llevado a cabo una verdadera planificación de la regeneración de aguas depuradas y de su reutilización.

La gestión eficaz de los recursos hídricos, por un lado, y la amortización de las infraestructuras de reutilización actuales y proyectadas, por otro lado, exigen que los nuevos Planes hidrológicos reclamados por la Directiva 2000/60, cuyo plazo de aprobación finaliza en diciembre de 2009, establezcan previsiones realistas de caracterización de demandas⁷⁷, de reservas de recursos, de tipos de usos y lugares de uso de aguas regeneradas en función de la dotación y operatividad real de las infraestructuras de reutilización y del volumen disponible de aguas aptas para la reutilización.

(73) Artículos 67 y 68 del TRLA.

(74) Artículo 61.3 del TRLA.

(75) Artículo 8.5 del RD 1620/2007.

(76) Es el caso de los Planes Hidrológicos de las Cuencas del Guadalquivir, Júcar, Segura, Guadiana, Sur, Tajo y Ebro.

(77) Vid. artículos 4, 13 y 14 del RPH.

La reutilización de aguas regeneradas

Para ello, es imprescindible que exista la necesaria coordinación entre la planificación hidrológica y otros planes o programas con incidencia sobre la reutilización de aguas, entre los que no pueden dejar de ser mencionados los planes o programas de reutilización que promuevan las Administraciones Públicas competentes, empezando por el anunciado Plan Nacional de Reutilización, el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de las aguas o los planes de regadío.

Sin embargo, la normativa de referencia no establece ninguna previsión relativa a la planificación del uso de aguas regeneradas. El RD 1620/2007, tal como hemos señalado con mayor detalle en el apartado VII de este trabajo, se limita a señalar que las Administraciones Públicas podrán promover planes o programas de reutilización. El RD 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el RPH, efectúa algunas referencias genéricas a la reutilización de aguas. Además de la aplicación de aguas regeneradas para la recarga artificial de acuíferos⁷⁸, el citado RPH menciona la posibilidad de reutilización de aguas como factor a tener en cuenta para la estimación de las demandas agraria⁷⁹ e industrial. En este último caso, el RPH hace referencia a las posibilidades de reutilización de las aguas dentro del propio proceso industrial⁸⁰. Sin embargo, este último supuesto quedaría fuera del concepto de reutilización establecido por el RD 1620/2007, según la interpretación de éste efectuada en el apartado III de este trabajo.

Por todo ello, es preciso terminar insistiendo en la necesidad de que los nuevos Planes hidrológicos lleven a cabo una planificación real del uso de aguas regeneradas, superando el planteamiento del RPH, que para la estimación de las demandas de agua adopta como criterio general la consideración en todos los casos del retorno de las aguas usadas al medio natural.

(78) Artículo 53 del RPH.

(79) Artículo 14.1.b) del RPH.

(80) Artículo 14.1.c) del RPH.

Aeropuertos de interés general: sector público no estatal y sujetos privados

RAFAEL FERNÁNDEZ BAUTISTA

Abogado de Garrigues-Abogados
y Asesores Tributarios

Resumen

AEROPUERTOS DE INTERÉS GENERAL: SECTOR PÚBLICO NO ESTATAL Y SUJETOS PRIVADOS

Por el aumento del tráfico aéreo, los sujetos puramente privados y las Administraciones diferentes de la estatal cada vez tienen más interés en participar en la construcción y gestión de las infraestructuras aeroportuarias. El presente artículo se dedica a analizar tal fenómeno partiendo de un estudio de los criterios que permiten considerar un aeropuerto como de interés general; análisis que lleva a concluir sobre la necesidad de que se proceda a una revisión de tales criterios, comportando que algunos de los que hoy se califican así

dejen de estarlo. A continuación, se analizará cómo aquellos sujetos diferentes del Estado pueden participar en las citadas operaciones de construcción y gestión de los aeropuertos, sean éstos nuevos o ya existentes y gestionados actualmente por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, especialmente teniendo en cuenta la reciente decisión del Gobierno del Estado de proceder a la privatización de parte del citado Ente y de dar cabida a algunas Comunidades Autónomas en la gestión de determinados aeropuertos.

Abstract

AIRPORTS OF GENERAL INTEREST: NON-STATE PUBLIC SECTOR AND PRIVATE PARTIES

Due to the rise in air traffic, there is an increasing amount of interest among purely private parties and not state administrations in taking part in the building and management of airport infrastructure. This article is devoted to analyzing this phenomenon by studying the parameters that allow an airport to be

considered of general interest; which analysis leads to a conclusion on the need for a review those parameters, causing some of those that are currently classified as such to cease to be so. Then we will analyze how parties other than the state may take part in the building and management transactions of airports,

including new airports or existing airports currently managed by Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, bearing in mind in particular the recent decision of the state government to

privatize part of that agency and allow some of the autonomous community governments to take part in the management of certain airports.

Sumario:

I. Introducción. II. Los aeropuertos de interés general: papel de los entes públicos y de los sujetos privados; partenariado público-privado. A) Sobre el régimen jurídico aplicable. B) Los sectores privado y público diferente del estatal en relación con los aeropuertos de interés general. **III. Comentario final.**

I. INTRODUCCIÓN

El espectacular aumento del tráfico aéreo que se ha observado en los últimos lustros, sobre todo como consecuencia de la liberación del sector impuesta paulatinamente por la normativa comunitaria¹ —que conlleva que el desarrollo de los servicios de transporte aéreo (regular y no regular) se incardine dentro de la libertad de empresa y en régimen de competencia—, ha comportado que cada vez más se preste mayor atención a los aeropuertos como infraestructuras necesarias para el citado transporte².

En este sentido, como ha destacado FERNÁNDEZ TORRES, el valor de los aeropuertos se ha acrecentado no sólo como centros estratégicos del tráfico aéreo, sino además como infraestructuras que generan un importante volumen de negocios, que operan (o así pueden hacerlo) en un entorno competitivo y que son capitales para el aseguramiento del entorno económico³.

(1) Vid. sobre el proceso liberalizador la obra *Régimen jurídico de los aeropuertos-Servicio público y explotación comercial*, ESTEVE PARDO, J., Tirant lo blanch, Valencia, 2001, en especial págs. 26 a 29, así como *La liberalización del transporte aéreo: alcance y régimen jurídico*, RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., Marcial Pons, Madrid, 2005, en especial págs. 96 a 105 y 121 a 123.

(2) Porque, evidentemente, un aeropuerto es una infraestructura. Vid. sobre el concepto de infraestructura “Financiación e infraestructuras de las televisiones”, MALARET GARCÍA, E., en la obra colectiva *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Gómez Reino y Carnota, E. (coord.), Tirant lo blanch, 2003.

(3) FERNÁNDEZ TORRES, J.R., en “El régimen jurídico de los aeropuertos”, dentro de la obra colectiva *Derecho de los Bienes Públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, que señala acertadamente que las circunstancias indicadas han “propiciado un significativo incremento del interés general por los aeropuertos desde todos los puntos de vista”.

En términos macroeconómicos, es evidente que para el desarrollo social y económico de cualquier Estado resulta preciso disponer de unas correctas infraestructuras de transporte, como son los aeropuertos. Vid., al respecto, “Foundations and structure of State responsibility for Infrastructure”, HERMES, G., en *Journal of Network Industries*, 1, 2000, págs. 223 a 243 y, en concreto, págs. 229 y ss. Por poner un ejemplo, uno de los hechos que determina que grandes empresas multinacionales instalen sus sedes o delegaciones en un determinado territorio es la posibilidad de que cuenten con un aeropuerto capaz de ofrecer vuelos de carácter internacional. De aquí la importancia de los aeropuertos para determinados territorios. Vid. sobre la importancia de este tema “Getting there fase: globalization, intercontinental flights and location of headquarters”, BEL, G. y FAGEDA, X., en *Journal of Economic Geography*, 8, 2008, págs. 471 a 495.

Especialmente, la atención indicada se ha centrado en la construcción, titularidad y gestión de los aeropuertos considerados como de interés general, de acuerdo con los criterios que serán objeto de tratamiento en las siguientes páginas.

Al respecto cabe señalar que si bien el papel del Estado central ha sido sin ningún género de dudas preponderante en tales actividades, en los últimos tiempos, tal y como veremos, los sectores puramente privado y el público diferente de la Administración General del Estado han ido adquiriendo un mayor protagonismo y participación en ellas.

Pues bien, es al estudio de tal fenómeno a lo que se dedica el presente trabajo, deteniéndonos en aquellos aeropuertos que no son de titularidad estatal y en la colaboración entre el sector público y el privado en la materia⁴, como un fenómeno de importancia creciente en relación con las infraestructuras aeroportuarias, aunque suficientemente conocido en otros ámbitos (por ejemplo, en materia de carreteras).

II. LOS AEROPUERTOS DE INTERÉS GENERAL: PAPEL DE LOS ENTES PÚBLICOS Y DE LOS SUJETOS PRIVADOS; PARTENARIADO PÚBLICO-PRIVADO

A) Sobre el régimen jurídico aplicable

En nuestro ordenamiento jurídico se diferencia entre aeropuertos de interés general y los que no gozan de tal consideración⁵. La diferenciación no es baladí ya que en base a dicha caracterización se ha formulado la distribución competencial en materia aeroportuaria.

(4) Cabe señalar que la (co)financiación de las infraestructuras aeroportuarias por parte del sector privado es especialmente importante en los aeropuertos de interés general de titularidad no estatal. En efecto, en dichos aeropuertos (que no han sido –o son– construidos –sufragados– con recursos públicos estatales y no son gestionados exclusivamente por el ente estatal destinado a ello, esto es Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea), el sector público impulsor de tales infraestructuras (Administraciones autonómica y/o local) parece ser que ha recurrido a la participación del sector privado para obtener fondos necesarios para su implantación estableciéndose un auténtico partenariado público-privado al respecto.

Vid., al respecto, el interesante reportaje de la *Revista del Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España* dedicado a los aeropuertos de titularidad no estatal, en el que se indica que uno de los principales problemas del diseño y construcción de aquel tipo de aeropuertos “surge a la hora de buscar la muy cuantiosa financiación necesaria para, primero, hacer realidad estos proyectos y, segundo, conseguir su rentabilidad. Cuando la promotora es una Comunidad Autónoma puede ser que se ponga de acuerdo con algunos Ayuntamientos para asegurar la inversión y, en ciertos casos, dar cabida en el capital a diversas empresas interesadas en el proyecto. La rentabilidad es un objetivo difícil de alcanzar y ahí están los aeropuertos públicos como mejor demostración. Por este motivo, en la mayoría de los proyectos que han elaborado o están preparando los distintos grupos promotores se incluyen instalaciones de carácter complementario que pueden aportar unos ingresos suficientes para hacer rentable el conjunto del aeropuerto. En unos casos se trata de viviendas estables para extranjeros, y en otros de centros comerciales y deportivos, etc.”. El reportaje se puede consultar en www.coiae.com/imagenes/secciones/Aeropuertos_privados.pdf.

Como ha destacado MALARET GARCÍA, E., el asunto de la financiación de las infraestructuras ha ocupado siempre un papel central, destacándose que el recurso a la financiación privada para la construcción de obras públicas, de equipamientos colectivos, con independencia de la técnica utilizada es una realidad económica, en “Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas”, dentro de la obra colectiva *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Embid Irujo, A. (dir.), Civitas, Madrid, 1998, págs. 101 a 103.

Vid. “La financiación privada de infraestructuras públicas”, AZOFRA VEGAS, F., en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96, 1997, págs. 1 y 2, para los objetivos que se persiguen mediante una operación de financiación privada de infraestructuras públicas, como, por ejemplo, el deseo de permitir la realización de infraestructuras de claro interés público con el menor esfuerzo para el erario público, o la búsqueda de la mejora de la eficiencia en la actuación del sector público.

(5) En todo caso, todos los aeropuertos se definen de acuerdo con el artículo 39, 4º párrafo, de la vigente Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, como “todo aeródromo en el que existan, de modo permanente, instalaciones y

Así, con el artículo 149.1.20ª de la Constitución aparece el concepto de aeropuerto de interés general, atribuyéndole al Estado la competencia exclusiva sobre ellos además del “control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves”.

Por tanto, todos los aeropuertos que sean de tal interés son de competencia estatal⁶. Ahora bien, ¿cómo sabemos si un aeropuerto es de interés general?

La respuesta la encontramos en el vetusto y confuso⁷ Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, sobre Calificación y Gestión de los Aeropuertos Civiles (en adelante, “Real Decreto 2858/1981”), que establece que serán calificados como aeropuertos de interés general: “1. Los que reúnan las condiciones para servir tráfico internacional. 2. Aquellos que, por su situación, características o su capacidad de generar tráfico, puedan incidir en la ordenación del transporte o del espacio aéreo, o en el control del mismo. 3. Los que sean aptos para ser designados como aeropuertos alternativos a los anteriores. 4. Los que tengan interés para la defensa nacional”.

Igualmente, la Disposición Transitoria del tal Real Decreto establece que “Los aeropuertos propiedad del Estado y que en la actualidad son explotados por el organismo autónomo Aeropuertos Nacionales se entenderán calificados como aeropuertos de interés general de gestión directa estatal”.

Por otro lado, el artículo 2 del Real Decreto 2858/1981 distingue los diferentes tipos de servicios que se pueden dar en los recintos aeroportuarios: “1. Servicios aeronáuticos que, integrados en la red nacional de ayudas a la navegación aérea y formando parte de esta infraestructura, sirven para el control del espacio aéreo y que dependen directamente de la Subsecretaría de Aviación Civil, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 12/1978, de 27 de abril. 2. Los servicios aeronáuticos que sirven para instrumentar la ordenación del tránsito y la ordenación del transporte aéreo, que dependen asimismo y directamente de la Subsecretaría de Aviación Civil. 3. Todos los demás servicios que, no siendo estrictamente aeronáuticos, puedan tener incidencia en ellos y que, por el volumen del tráfico del aeropuerto de que se trate, se declaren imprescindibles para su buen funcionamiento. 4. Aquellos otros servicios que, no siendo estrictamente aeronáuticos, puedan tener incidencia en ellos y que, por el volumen del tráfico

servicios con carácter público, para asistir de modo regular al tráfico aéreo, permitir el aparcamiento y reparaciones del material aéreo o despachar pasajeros o carga”.

(6) Por otro lado, hay que indicar que desde un punto de vista competencial, las Comunidades Autónomas mayoritariamente han adoptado la posibilidad de asumir competencias de ejecución de la legislación estatal de aeropuertos de interés general. Así, por ejemplo, el artículo 140 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio) además de atribuir la competencia exclusiva a la Generalidad sobre aeropuertos en el territorio catalán que no tengan la calificación de interés general, sobre los que sí la tengan se prevé que la calificación como tal de los mismos requerirá informe previo de dicha Generalidad, pudiendo participar en su gestión o asumirla de acuerdo con las Leyes (a las que se remite igualmente en materia de planificación y programación de los aeropuertos de interés general, donde la participación de la citada Generalidad también se adecuará a los términos de aquéllas).

(7) Vid. las críticas a éste por parte de PETIT LAVALL, Mª.V., en “La gestión de los aeropuertos españoles”, *Derecho de los Negocios*, núm. 196, enero de 2007, págs. 18 y ss. Igualmente, la autora entiende que la distinción entre aeropuertos de interés general y los que no lo son no es acorde con la realidad, basada ésta en otros parámetros tales como el número de pasajeros o el volumen de mercancías (criterios que utiliza, por ejemplo, la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996).

del aeropuerto de que se trate, se declaren imprescindibles para su buen funcionamiento. 5. Las actividades no comprendidas en los números anteriores que se realicen en el recinto aeroportuario y que tengan trascendencia para la explotación económica del aeropuerto”.

En relación con los servicios indicados, el artículo 3 del Real Decreto 2858/1981 establece que los enumerados en los puntos primero, segundo y tercero del artículo 2 (control del espacio aéreo, ordenación del tránsito y del transporte aéreo) se prestarán en todo caso directamente por la Administración del Estado. Además, para el caso de que se gestione directamente un aeropuerto de interés general por el Estado, se deberán prestar por el mismo los servicios del artículo 2, punto cuarto.

Por lo que hace referencia a los servicios del apartado quinto del artículo 2, el Real Decreto 2858/1981 dedica un precepto (el 4) a éste, en los siguientes extremos: “La reserva de la gestión directa por parte del Estado no es obstáculo para que en todo caso el titular dominical del recinto aeroportuario de que se trate pueda ejecutar por sí o por otras personas aquellas actividades de entre las comprendidas en el núm. 5 del artículo 2 que se determinen al autorizarse, por la oportuna resolución de la Subsecretaría de Aviación Civil, la apertura al tráfico del aeropuerto o con posterioridad a petición del interesado. En los recintos aeroportuarios titularidad del Estado la prestación de las actividades a que se refiere el punto quinto del artículo 2 se realizará en las formas establecidas en la legislación vigente”.

B) Los sectores privado y público diferente del estatal en relación con los aeropuertos de interés general

De acuerdo con los anteriores preceptos, cabe señalar que la mayoría de los aeropuertos calificados como de interés general son de titularidad estatal, siendo gestionados por el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (en adelante, “AENA”)⁸.

En particular, como consecuencia de la indicada Disposición Transitoria, la práctica totalidad de los aeropuertos existentes al tiempo de promulgarse el Real Decreto 2858/1981 dedicados al tráfico civil fueron declarados de interés general y de gestión directa estatal lo que, según mi entender, era y es cuestionable ya que la mayoría de éstos es discutible que puedan llegar a ostentar autónomamente y con meridiana claridad tanto las condiciones establecidas en el propio artículo como la finalidad de ser infraestructuras destinadas a satisfacer el citado interés⁹.

(8) Ente público empresarial creado por el artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, si bien mediante el artículo 64 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se configura como una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. De acuerdo con el artículo 1.2 de su Estatuto (aprobado por Real Decreto 905/1991, de 14 de junio) AENA tiene por objeto “la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea, pudiendo realizar, además, cuantas actividades anejas o complementarias de aquéllas permitan rentabilizar las inversiones efectuadas”.

(9) De acuerdo con FERNÁNDEZ TORRES, J.R. (“El régimen...”, *op. cit.*), 47 aeropuertos españoles son gestionados por AENA (la mayoría, 40, son aeropuertos públicos civiles, quedando el resto como bases aéreas o aeródromos militares que están abiertos al tráfico aéreo civil). No obstante, en la actualidad, si se consulta la página web del ente público (<https://www.aena.es>) se podrá comprobar cómo aparecen 48.

Por poner un ejemplo, por lo que hace referencia al territorio catalán, existen 4 aeropuertos gestionados así: Barcelona, Girona-Costa Brava, Reus y Sabadell. Especialmente este último es discutible, a mi entender, que por sus características propias –esto es, dedicado casi en exclusiva a la formación de pilotos de aeronaves y de tripulación– deba considerarse como aeropuerto de necesaria gestión directa por AENA sin posibilidad de reflexión al respecto. En este sentido, *vid.* el diario *La Vanguardia* de fecha 24 de marzo de 2008, en el que desde la Dirección General de Puertos, Aeropuertos y Costas de la Generalidad de Cataluña se esperaba que por parte del Estado se le transfiriera la gestión los aeropuertos catalanes

Además, el artículo 3 del Real Decreto 2858/1981 establece que el Estado puede reservarse la gestión directa de los aeropuertos de interés general menos cuando concurra la circunstancia del apartado cuarto del artículo 1 (esto es, que sean aeropuertos con interés para la defensa nacional). Así las cosas, como no todos los aeropuertos de interés general deben ser gestionados directamente por la Administración del Estado¹⁰ (menos cuando concurra la excepción lógica indicada), no se entiende por qué todos los aeropuertos propiedad estatal y que eran explotados por el extinto organismo Aeropuertos Nacionales deben ser gestionados directamente por el Estado, a través de AENA, y recibir la calificación de aeropuertos de interés general.

Por tanto, tal y como ocurre en materia portuaria¹¹, en el sentido de que no todos los puertos tienen la condición de interés general, no todos los aeropuertos deberían considerarse de tal interés¹².

En efecto, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificada por Ley 62/1997, de 26 de diciembre, distingue entre los puertos de titularidad autonómica (básicamente los puertos pesqueros, deportivos y de refugio), que dependen del Gobierno de la Comunidad Autónoma donde están ubicados¹³, y los puertos de

considerados “secundarios” (sic.); esto es, todos menos el de Barcelona, debiendo perder, en primer lugar, la consideración de aeropuertos de interés general.

(10) Según FERNÁNDEZ TORRES, J.R., las Comunidades Autónomas podrán explotar un aeropuerto de interés general si la Administración del Estado renuncia de modo voluntario a su gestión, con independencia de los planteamientos que *de lege ferenda* se puedan formular en relación, por un lado, con la cuestión de la obsolescencia o no del Real Decreto 2858/1981 y, por otro, de la gestión directa de la totalidad de los aeropuertos españoles integrados en la red AENA y de la necesidad o no de su corrección y/o rectificación, con fundamento en el proceso liberalizador impulsado por el Derecho Comunitario europeo y en las tendencias de ciertos países próximos al nuestro. A su entender aunque los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas asuman competencias de ejecución para participar en la gestión de aeropuertos de interés general, tal asunción se debe interpretar siguiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1984 (FFDD 5º y 6º), entendiéndose que se refiere sólo a los servicios cuya gestión no se haya reservado al Estado, esto es, a los que, sin ser estrictamente aeronáuticos puedan tener incidencia en ellos y que, por el volumen del tráfico del aeropuerto de que se trate, se declaren imprescindibles para su buen funcionamiento, así como a las actividades que se realicen en el recinto aeroportuario y que tengan trascendencia económica del aeropuerto, al no incidir sobre el ejercicio de funciones de soberanía y derecho. En “El régimen...”, *op. cit.*

(11) A juicio de FERNÁNDEZ TORRES, J.R., existe “obvia semejanza de principio entre los puertos de interés general y los aeropuertos de interés general”. En “Aeropuertos de interés general, ordenación del territorio y urbanismo y autonomía local (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/2002, de 31 de octubre)”, en *Urbanismo y Edificación*, Thomson-Aranzadi, núm. 7, 2003, pág.121.

(12) Como bien ha dejado dicho ESTEVE PARDO, la Disposición Transitoria del Real Decreto 2858/1981 indicada “no contiene criterio alguno con la mínima abstracción que, como tal, a cualquier criterio se exige. Y lo que es más relevante: el resultado de la aplicación del Decreto es que todos, absolutamente todos, los aeropuertos abiertos al tráfico comercial son considerados de interés general. Del enunciado constitucional se desprende que se quiso (al igual que los puertos) introducir un criterio diferencial, de suerte que a un lado quedasen los aeropuertos de interés general –con decisivas competencias del Estado sobre ellos– y al otro lado los aeropuertos que no tuvieran tal condición. Tampoco se sigue de ese modo la referencia que los puertos ofrecen, y de la que se toma la categoría de interés general, pues sólo algunos de ellos tienen tal condición, en cambio todos los aeropuertos son considerados de interés general”. En *Régimen...*, *op. cit.*, pág. 136. Y es que, evidentemente, no todos los aeropuertos tienen, como venimos a decir, la suficiente entidad para ser considerados como de interés general y que, por tanto, deban quedar sobre el control exclusivo del Estado.

(13) Por ejemplo, la Generalidad de Cataluña gestiona actualmente: en la zona norte, los puertos de Llançà, Port de la Selva, Roses, L’Escala, L’Estartit, Palamós, Sant Feliu de Guíxols i Blanes; en la zona centro, los puertos de Arenys de Mar, Garraf, Vallcarca, Vilanova i la Geltrú, y las dársenas pesqueras de Mataró, el Masnou y Torredembarra; en la zona sur, los puertos de Cambrils, l’Ametlla de Mar, l’Ampolla, Deltebre, Sant Carles de la Ràpita, Alcanar i Cases d’Alcanar, así como los embarcaderos de Tortosa, Deltebre, Sant Jaume d’Enveja y Amposta.

Aeropuertos de interés general

titularidad estatal, esto es, los puertos calificados como de interés general por reunir alguna de las siguientes características:

- Porque se efectúan en ellos actividades comerciales marítimas internacionales.
- Porque sirven a industrias de importancia estratégica para la economía nacional.
- Porque el volumen anual y las características de sus actividades comerciales marítimas alcanzan niveles suficientemente relevantes, o responden a necesidades esenciales de la actividad económica general del Estado.
- Porque su zona de influencia comercial afecte de forma relevante a más de una Comunidad Autónoma.
- O porque sus especiales condiciones técnicas o geográficas son esenciales para la seguridad del tráfico marítimo.

Aunque también algunos de aquellos criterios son demasiado abstractos e indeterminados, no es menos cierto que hay alguno, como, por ejemplo, el tercero, que ofrece un criterio lo suficientemente claro y diferenciador para entender cuándo estamos ante un puerto de interés general en el que el Estado, a los efectos de mantener una cierta uniformidad en la regulación de éstos, debe tener un papel fundamental¹⁴. Trasladado, lógicamente salvadas las distancias oportunas, este criterio al ámbito de los aeropuertos es evidente que hay algunos de los gestionados directamente por el Estado, y que además son de su titularidad, que de aplicarse el mencionado requisito automáticamente dejarían de disponer de ese régimen.

Téngase en cuenta que lo que se discute son los criterios utilizados para considerar un aeropuerto como de interés general o no y el automatismo con que se han calificado como tales los aeropuertos existentes al momento de la aprobación del Real Decreto 2858/1981, no la propia legitimidad del concepto (constitucional, no hay que olvidarlo) interés general que, indudablemente, concurre en algunos de los aeropuertos españoles.

Lo que se critica es, pura y llanamente, que “todos” los aeropuertos que a la entrada en vigor del Real Decreto 2858/1981 eran gestionados por el Estado se consideren como de interés general. Como indica GÓMEZ PUENTE, el concepto “interés general” es un concepto jurídico indeterminado o abierto que corresponde al Estado concretar, sin que se “le confiera una facultad discrecional u omnímoda y corresponde al Tribunal Constitucional comprobar y controlar que la decisión estatal está justificada”¹⁵, lo que debería comportar, a mi entender, una

[14] El Sistema Portuario español de titularidad estatal está integrado por 44 puertos de interés general, gestionados por 28 Autoridades Portuarias, cuya coordinación y control de eficiencia corresponde al Organismo Público Puertos del Estado, órgano dependiente del Ministerio de Fomento y que tiene atribuida la ejecución de la política portuaria del Gobierno.

Por otro lado, es revelador lo indicado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998 que enjuició la citada Ley de Puertos, al indicar que “Es evidente que tanto las referencias a las actividades comerciales marítimas internacionales [letra a)] como al volumen y características de las actividades comerciales o su relación con las necesidades esenciales de la actividad económica general del Estado [letra d)] se mueven dentro de las condiciones que puede tener un puerto para ser considerado de interés general, pues se trata, en primer lugar, de puertos que desarrollan actividades comerciales y, en segundo lugar, de actividades que trascienden del interés que puede tener una concreta Comunidad Autónoma (...)”.

[15] En *Derecho Administrativo Aeronáutico*, GÓMEZ PUENTE, M., Iustel y Fundación AENA, 2006, págs. 97 y ss., en las que se trata también la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1984, de 11 de junio, que resolvió un conflicto de competencias

revisión de los criterios utilizados para calificar un aeropuerto como de interés general o, en todo caso, replantearse la conveniencia y necesidad de que todos los aeropuertos calificados actualmente como de interés general lo continúen siendo.

No obstante lo anterior, en la actualidad encontramos ejemplos recientes de aeropuertos de interés general de propiedad no estatal¹⁶, al haberse abierto claramente la posibilidad de que el sector puramente privado y otras Administraciones Territoriales (diferentes del Estado, como son las Comunidades Autónomas o los Entes Locales) devengan titulares de aeropuertos de tal consideración y participen en su explotación¹⁷.

En concreto, nos referimos a los aeropuertos (i) de Ciudad Real (actualmente denominado “Aeropuerto central Ciudad Real”, anteriormente “Aeropuerto Don Quijote”), (ii) de la Región de Murcia y (iii) de Castellón, en los que los sectores indicados están presentes¹⁸.

Tal posibilidad viene siendo admitida tanto por el propio Real Decreto 2858/1981, que no prejuzga el régimen de titularidad dominical de los aeropuertos de interés general, como por la Ley de Navegación Aérea de 1961 tras la modificación operada en ésta por el artículo 100 de la Ley 53/12002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (que modifica el artículo 43 de aquélla¹⁹), al disponer que “Las Administraciones Públicas Te-

planteado por la Generalidad catalana contra el propio Real Decreto 2858/1981. Como bien indica el autor, es objetable la opinión del Tribunal al entender que la competencia del Estado se concretará cuando un aeropuerto concreto se califique como de interés general y no al fijarse los criterios para realizar tal calificación, ya que ello conlleva “el ejercicio de la propia competencia, aunque sea sólo en un plano declarativo pero no por ello menos vinculante; un ejercicio que puede revelar por sí solo un exceso competencial que justifique el juicio de constitucionalidad. Y así parece haberlo entendido el propio Tribunal, algunos años después, al enjuiciar la Ley 27/1992, de Puertos y de la Marina Mercante (LPMM). En efecto, en su STC 40/1998, de 19 de febrero, el Tribunal evalúa los criterios o notas definitorios del interés general contenidos en dicha Ley después de declarar que corresponde escogerlos al Estado, sin descartar que pueda también producirse algún exceso competencial al aplicar o interpretar extensivamente esos criterios (...)”.

(16) A nuestro entender, es preferible la denominación de estos aeropuertos como de interés general de titularidad no estatal por contraposición a la denominación de aeropuertos de interés general privados (o simplemente aeropuertos privados) que, en ocasiones, ha sido utilizada por la doctrina y especialmente por la prensa, porque, como veremos, no sólo al sector puramente privado se le abre la posibilidad de construir y devenir titular de infraestructuras aeroportuarias de interés general ya que es posible la participación de otras Administraciones Territoriales diferentes de la estatal.

(17) Existen antecedentes históricos en nuestro Derecho que permiten la referenciada participación. Vid., al respecto, GÓMEZ PUENTE, M., *Derecho...*, op. cit., págs. 243 y ss, si bien los ejemplos relevantes los encontramos actualmente.

Como señala igualmente el propio autor “hay funciones y servicios públicos de titularidad y competencia estatal que han de ejercerse en los recintos aeroportuarios cualquiera que sea su titularidad pública o privada. Si formalmente se admite, como ha venido haciéndolo la LNA (artículos 43 y 44) y más recientemente la LSA (artículo 9), que pueden existir aeropuertos públicos de titularidad municipal (o autonómica) y aun privados, forzosamente tendrán que prestarse en ellos los servicios aeroportuarios imprescindibles para su funcionamiento. Y algunos de estos servicios (control del tráfico, policía, aduana, seguridad) son servicios de titularidad pública que sólo el Estado puede prestar, siendo irrelevante quien sea titular del recinto aeroportuario (...)”, en *Derecho...*, op. cit., pág. 114.

(18) Vid. sus páginas webs respectivas (por ejemplo, para ver la participación –pública y/o privada– en cada uno de los aeropuertos): www.ciudadmadridsurcr.com; www.aeropuertosdemurcia.com; www.aerocas.com.

Cabe señalar que, al parecer, no serán los únicos aeropuertos de este estilo ya que en otras Comunidades Autónomas se está estudiando la construcción de más infraestructuras de este tipo. Vid., al respecto, el reportaje de la *Revista del Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España*, págs. 16 a 19, citado anteriormente.

(19) Aunque posteriormente a la autorización de los aeropuertos de Ciudad Real y de Castellón.

Por otro lado, cabe señalar que si bien la vieja Ley de Navegación Aérea es esencial, obviamente, en esta materia, debe tenerse en cuenta que recientemente, si se tiene en cuenta el año de promulgación en comparación con aquélla, se ha

ritoriales y las personas y entidades particulares nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea deberán obtener una autorización previa, de acuerdo con las condiciones que determine el Ministerio de Fomento, para construir o participar en la construcción de aeropuertos de interés general. En tales casos, podrán conservar la propiedad del recinto aeroportuario y participar en la explotación de las actividades que dentro de él se desarrollen en los términos que se establezcan”²⁰.

Según FERNÁNDEZ TORRES tal posibilidad “debería satisfacer a quienes postulen la creación, sin cuestionar la legitimidad de los aeropuertos de interés general, siquiera sea por constituir un mandato constitucional de inexcusable observancia, bien la creación de otra clase de aeropuertos, respecto de los cuales las Comunidades Autónomas ostentan competencias legislativas, bien la utilización de formas de personificación privada de tipo societario para la configuración de cada aeropuerto y de organización descentralizada y autónoma en su administración y gestión, o bien ambas cosas a la vez”²¹.

Ahora bien, según mi opinión, si bien la posibilidad indicada permite claramente dar entrada a los sectores privado y público diferente del estatal en la implantación de nuevos aeropuertos de interés general, lo cierto es que tal posibilidad quedaba desvirtuada en la práctica en relación con los ya existentes y, especialmente, en relación con aquellos aeropuertos de interés general de mayor relevancia tanto desde un punto de vista del volumen de negocio que generan como de la importancia como polos de atracción turística y empresarial, como son, por ejemplo, los aeropuertos de Madrid (Barajas) y Barcelona (El Prat).

En este sentido, diversas voces habían postulado desde hacía tiempo la posibilidad de una gestión descentralizada²² de tales aeropuertos de acuerdo con diversas fórmulas.

aprobado la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, que ha intentado distribuir las competencias en materia de aeropuertos de interés general, control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves que, de acuerdo con la CE, es de competencia estatal. No obstante, como ha señalado GÓMEZ PUENTE, M., la Ley de Seguridad Aérea no era la Ley que esperaban los diversos colectivos implicados en la actividad del sector, “no era la esperada sustitución de la desfasada Ley de Navegación Aérea que, una vez más, ha sido enmendada de modo parcial o sectorial, introduciendo mayor complejidad en el ordenamiento aeronáutico y dejando pendientes de solución algunos problemas y necesidades largamente denunciadas”, en *Derecho...*, op. cit., pág. 78.

(20) La construcción de este tipo de aeropuertos suscita una serie de cuestiones jurídicas que, por la extensión y el objeto del presente trabajo (no destinado exclusivamente a ofrecer el régimen jurídico de este tipo de aeropuertos), no pueden ser objeto de tratamiento. Así, por ofrecer unos dechados, se plantean interrogantes sobre (i) el hecho de que a los promotores se les conceda la autorización para construir un aeropuerto en el que se gestionarán servicios públicos o de interés general sin garantías de publicidad y concurrencia; (ii) la demanialidad o no de los terrenos en que se implantan dichos aeropuertos, o (iii) si los promotores de dichas instalaciones, especialmente cuando el sector privado es el preponderante, pueden devenir beneficiarios de las posibles expropiaciones necesarias para la construcción de éstas. Sobre estos temas, vid. el magnífico tratamiento dispensado a éstos en GÓMEZ PUENTE, *Derecho ...*, op. cit., págs. 261 y ss., sobre la demanialidad de los aeropuertos, y 275 y ss. para las otras cuestiones apuntadas, señalando respecto de la última que “se otorgan al promotor los beneficios de la expropiación forzosa para la adquisición de los terrenos incluidos en la zona de servicio que delimite el plan director del aeropuerto (...) a menos –según se indica mediante nota al pie– que se entienda que la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios que lleva implícita el plan director se refiere estrictamente a una ‘causa de utilidad pública’ (...) y no a una ‘causa de interés social’ (...)”. Igualmente, sobre el crecimiento de los supuestos en los que las personas privadas pueden ser beneficiarias de la expropiación vid. *La incidencia de las intervenciones administrativas en el Derecho de propiedad*, PONS CÀNOVAS, F., Marcial Pons, Madrid, 2004, en especial, págs. 109 y ss. Y es que, evidentemente, otorgar beneficios expropiatorios a una entidad privada podría discutirse si no se justifica y acredita realmente el interés social o la utilidad pública de la infraestructura correspondiente.

(21) En “El régimen...”, op. cit.

(22) Se ha hablado más de posibilitar una gestión conjunta o compartida que de la posibilidad de asumir la titularidad en tal concepto.

Así, por ejemplo, PETIT LAVALL, entiende que es de desear que se produzca una cesión de las competencias de gestión en los aeropuertos de interés general a favor de las Comunidades Autónomas, ya que hoy día está en entredicho el modelo de gestión unitaria de los aeropuertos llevado a cabo por AENA que, en consecuencia, es un modelo obsoleto.

De acuerdo con la autora, el transporte aéreo y los aeropuertos no sólo cumplen una función de servicio público, sino que al mismo tiempo tienen una incidencia directa en el desarrollo económico de la región (fundamentalmente en el sector servicios), dando además soporte a actividades de gran importancia económica (como hoteles, por ejemplo), cuya gestión no necesariamente ha de recaer en un ente público de carácter estatal sino que puede ser perfectamente desarrollada por las entidades locales o autonómicas, dejándose incluso en manos de la iniciativa privada. Para la autora, el Derecho Comunitario Europeo parte de la existencia de una entidad gestora para cada aeropuerto. Además, la gestión directa y centralista llevada a cabo por AENA responde a un período en la historia lejos de la actual realidad (binomio entre Iberia –compañía aérea de bandera– y la Red Aeropuertos del Estado, estando una al servicio de la otra)²³.

Si bien entiendo que tales planteamientos son perfectamente válidos para determinados aeropuertos, no es menos cierto que en la actualidad existen una serie de ellos que, al ser deficitarios si se tienen en cuenta sus rendimientos económicos a largo plazo, en el caso en que se gestionaran de forma descentralizada, en el sentido de una participación casi exclusiva de los Entes Locales y de las respectivas Comunidades Autónomas, la viabilidad y futuro de éstos quedaría en entredicho^{24 y 25}.

(23) En “La gestión...”, *op. cit.*

(24) En este sentido, en una reciente entrevista concedida por Ángel Mullor, este ex presidente de Iberia aunque partidario de que AENA sea controlado por el Estado es consciente de que no casa tal opción con la estructura política actual, indicando al respecto que “en el futuro habrá que dar entrada de alguna manera a los poderes locales tanto políticos como económicos. La privatización sin más no sería positiva. Con la cantidad de aeropuertos que ni ganan dinero ni lo van a ganar nunca sería un disparate. Y privatizar los buenos para dejar al Estado los que pierden dinero sería una tomadura de pelo. El problema es que en España hay excesivos aeropuertos, algunos separados sólo por una hora de carretera porque cada provincia, por pequeña que sea, quiere tener el suyo y con vuelos a todos los sitios. Otro disparate”, en la revista *Capital*, mayo de 2008, pág. 18. Y es que no hay que utilizar el título “interés general” para mantener aeropuertos deficitarios e innecesarios. Hay que decidir qué hacer con ellos, manteniendo los necesarios para la ciudadanía.

PARADA VÁZQUEZ, J.D. señala que “el tema de la gestión aeroportuaria hay que contemplarlo con carácter global en la red estatal de aeropuertos, prescindiendo de la consideración aislada del aeropuerto infrautilizado, lo que implica por otra parte su carácter de servicio público estatal un cierto criterio de uniformidad en ese ámbito, en cuanto a la calidad de los servicios, y una asunción global de los riesgos económicos. La explotación global encuentra un inconveniente en la indebida ubicación de algunos aeropuertos, fruto a veces de decisiones políticas que no han tenido en cuenta la demanda para guiarse por criterios basados en razones sociales, u orográficas o de simple conexión (...)”. En *La relación jurídica aeronáutica –aspectos jurídicos administrativos, aeronáuticos, civiles, constitucionales, fiscales, hipotecarios, internacionales, mercantiles, laborales, penales y registrales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pág. 404.

(25) El modelo de gestión centralizada es atípico tanto en el ámbito de la Unión como fuera de ella. En este sentido, como ejemplos de gestión local de aeropuertos podemos citar:

– El “Chicago O’Hare Airport” (integrado dentro del “The Chicago Airport System”, junto con el “Midway Internacional Airport”), uno de los mayores aeropuertos internacionales, es propiedad del Ayuntamiento de la ciudad que, a su vez, lo opera exclusivamente. Vid. www.flychicago.com/aboutus/aboutus.htm.

– Igualmente, el aeropuerto de Denver, el internacional más grande de los Estados Unidos (y el tercero del mundo), es gestionado por el Ayuntamiento de la Ciudad y el Condado de Denver. Vid. www.flydenver.com.

Es por ello que el Consejo de Ministros, reunido en fecha de 1 de agosto de 2008, ha acordado, por un lado, la privatización del 30% de la gestión aeroportuaria de AENA y, por otro, permitir la participación de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Madrid en la gestión de los aeropuertos de El Prat y Barajas, respectivamente, al ostentar un volumen de tráfico superior a los 30 millones de euros²⁶.

Vemos cómo el Estado no hace uso de la posibilidad advertida en el artículo 3 del Real Decreto 2858/1981, que no impone la gestión directa estatal de todos los aeropuertos de interés general (sólo de aquellos que tengan relevancia para la defensa nacional), no renunciando por tanto a la gestión de determinados aeropuertos sino que, a los efectos de permitir la colaboración o participación del sector privado en la gestión aeroportuaria opta por la privatización (directa y abierta) de una parte de su ente público gestor²⁷ y, para dar entrada a dos Comunidades Autónomas (que no a los Entes Locales, ya que no se ha indicado expresamente tal posibilidad por el momento) en la gestión de los aeropuertos más importantes situados en su territorio opta por posibilitar una gestión compartida de aquéllos, si bien no se ha especificado concretamente los puntos en que aquélla se basará²⁸.

(26) Vid. el diario *La Vanguardia* de 1 de agosto de 2008, así como el resumen del Consejo de Ministros del mismo día de la página web de Presidencia del Gobierno (<http://www.la-moncloa.es>).

Cabe señalar que con posterioridad, por parte del Gobierno estatal se ha adquirido el compromiso de dar entrada también a la Comunidad Autónoma de Baleares en la gestión del Aeropuerto de Son Sant Joan aunque no alcance el volumen de tráfico indicado. Vid. *La Vanguardia* de fecha 2 de agosto de 2008.

(27) Hay que poner de manifiesto, no obstante, que la posibilidad de dar entrada al sector privado en la gestión de servicios y actividades que se presten en aeropuertos de interés general estaba ya prevista en los propios Estatutos de AENA que permiten la constitución de Sociedades Anónimas participadas en su caso por la propia AENA para la gestión indirecta de algunos de los servicios que se presten en los aeropuertos. Así, por ejemplo, AENA tiene participación mayoritaria en la sociedad Centros Logísticos Aeroportuarios, SA (CLASA), cuyo objeto social principal es la promoción, construcción, gestión, explotación y conservación de los centros de cara aérea o instalaciones equivalentes existentes en los aeropuertos. También tiene participación (un 11,76%) en la sociedad Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico y de Infraestructuras, SA (Barcelona Regional), en la que también están presentes el Ayuntamiento de Barcelona, el Consejo Comarcal del Barcelonés, la Entidad Metropolitana del Transporte, la Entidad Metropolitana del Medio Ambiente, el Consorcio de la Zona Franca, el Puerto de Barcelona, RENFE y Mercabarna. Tiene por objeto la realización de estudios, análisis y prospecciones sobre aspectos urbanísticos, territoriales y medioambientales; la proyección, promoción, gestión, desarrollo, asesoramiento, ejecución y explotación de todo tipo de obras, edificaciones y sistemas urbanísticos.

La privatización de la actividad aeroportuaria comporta para PARADA VÁZQUEZ, J.D. una serie de ventajas e inconvenientes; destacándose entre las primeras la facilidad que tal privatización comporta para la participación del capital privado, nacional o extranjero, o provenientes de entes financieros internacionales como es el caso del Banco Europeo de Inversiones. Entre los inconvenientes, el autor destaca la inestabilidad de los precios de las acciones y que las decisiones de la dirección de la empresa aeroportuaria se vean afectadas por tal circunstancia. Atendiendo a tales hechos, el autor concluye indicando que “parece poco probable que el Estado pueda acudir de modo total a la privatización, y que abandone todas sus responsabilidades, aparte de que dada la envergadura enorme de la gestión aeroportuaria haya muchas empresas dispuestas a licitar para conseguirlo. Y a mayor abundamiento existe la circunstancia, de que, los aeropuertos propiedad y gestionados por el Estado, gozan de exención fiscal, eso no va a ocurrir cuando se privaticen. Sin embargo el ejemplo del Reino Unido, puede contradecir parte de estas afirmaciones”, prosiguiendo con que “En el Convenio de Chicago se contienen normas sobre privatización en el Capítulo XV, artículos 68 a 76 ambos inclusive, regulando temas como la designación de rutas y aeropuertos en que se deja a la decisión de cada Estado; mantenimiento y mejora de las instalaciones y sus servicios, así como la adquisición de terrenos al efecto. Proveyendo el que algún Estado no tenga medios suficientes al efecto, y estableciendo un sistema de supletoriedad”. En “La relación...”, *op. cit.*, págs. 406 a 410.

(28) Parece ser en todo caso que no se cumplirán las previsiones de PALMA FERNÁNDEZ, J.L., sobre la posibilidad de que se aprobase una “Ley Orgánica que transfiera competencias específicas en materia aeroportuaria a las Comunidades Autónomas”, si bien, como apuntó dicho autor, tal operación se entendería con “grandes limitaciones según los casos (no es el mismo supuesto el de Barajas que el de algunos aeródromos periféricos de escaso uso y relevancia)”, como parece ser que va a ocurrir. En “Régimen jurídico de los aeropuertos”, en *Turismo 1999. II Congreso Universidad y Empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

Por tanto, podemos recapitular lo tratado hasta ahora indicando que el sector público no perteneciente al Estado central y el sector puramente privado pueden tener, en el momento actual, el siguiente protagonismo en relación con los aeropuertos de interés general:

a) Respecto de nuevos aeropuertos que se declaren como aeropuertos de interés general, ambos sectores indicados pueden devenir titulares de éstos, si bien la gestión de los servicios aeroportuarios corresponderá al Estado, a través de AENA, o a tales sujetos dependiendo de lo dispuesto en los artículos 2 y siguientes del Real Decreto 2858/1981 que hemos tratado anteriormente.

b) Respecto de los aeropuertos de interés general ya existentes y que son gestionados por AENA, a su vez podemos separar entre:

– La operación iniciada por el Gobierno de la Nación de privatizar el 30% del organismo gestor de los aeropuertos (la propia AENA), en el que el sector privado parece ser que va a tener un papel importante²⁹.

– La posibilidad de que determinados aeropuertos (seguro que dos –Madrid y Barcelona– y posiblemente el de Palma de Mallorca) sean gestionados conjuntamente por Estado-Comunidades Autónomas.

Ahora bien, por lo que respecta al sector privado, la citada participación podemos señalar que es de carácter directo, a un nivel parecido al de los sujetos públicos. Ello no obstante, no podemos dejar de tratar, aunque sea muy brevemente, otras formas de intervención y colaboración del sector privado en la materia³⁰.

(29) Es interesante al respecto traer a colación la noticia publicada en el diario ABC de fecha 8 de agosto de 2008 que recoge el interés de las cajas de ahorro españolas de participar en la privatización señalada del 30% de AENA. Así, se indica el interés de Caja Madrid y de La Caixa en la inversión. Igualmente, hay entidades empresariales privadas interesadas en estudiar la posibilidad de participar en la citada privatización, como es el caso del Grupo Ferrovial (vid. Diario Finanzas.com de 17 de septiembre de 2008).

(30) Considero interesante al respecto las consideraciones de GARCÍA SANZ, F.J. y RIPLEY SORIA, D.I. (“Las Tasas aeronáuticas y la financiación de las infraestructuras aeroportuarias”, en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Menéndez Menéndez, A. (dir.), Civitas, Madrid, 2005, págs. 505 y ss.), en relación con las fuentes de financiación de AENA respecto de las infraestructuras que promueven, que pueden ser: (i) las tasas y derechos aeronáuticos y aeroportuarios; (ii) las Operaciones de financiación con el mercado de crédito (posibilidad advertida en los Estatutos de AENA); (iii) las subvenciones y aportaciones procedentes del Estado, de otras Administraciones Públicas o de la Unión Europea; así (iv) como los ingresos procedentes de concesiones otorgadas para el desarrollo de aspectos de la gestión del servicio aeroportuario.

Para los citados autores, existen otras posibles vías de incremento de la intervención privada en la financiación de las infraestructuras aeroportuarias de promoción público-estatal, como son (i) la privatización de determinadas infraestructuras; (ii) la atribución a los entes privados de mayor número de servicios aeroportuarios; (iii) una mayor explotación de los inmuebles aeroportuario, y (iv) una entrada del capital privado en el ente promotor y gestor de las infraestructuras.

En todo caso, destacan dos modelos para ese incremento de la intervención privada que no implica la transferencia de las instalaciones a manos privadas, como son (i) la financiación de las obras mediante las concesiones de dominio público sobre instalaciones distintas de la propia obra o (ii) la concesión de obra pública para financiar la nueva infraestructura a través de la explotación continuada por el sujeto encargado de su construcción. Llevado este modelo hasta las últimas consecuencias determinaría la gestión del servicio aeroportuario en los aeropuertos de titularidad estatal por sujetos privados bajo la supervisión y control de la Administración. Aunque hay posibilidades intermedias como dejar en manos públicas la gestión de las cuestiones vinculadas a la navegación aérea dejando a la gestión privada el resto de la actividad aeroportuaria, o un modelo en el que la prestación del servicio aeroportuario la lleva la Administración pero el contratista

Aeropuertos de interés general

Así, en primer lugar, como ha quedado claro, el Estado (a través de AENA) u otra Administración Pública pueden promover la construcción de nuevos aeropuertos de interés general resultando, en consecuencia, sus titulares.

En tal caso, nos encontramos ante una obra pública³¹ que deberá someterse a las reglas propias de la contratación del sector público para el caso en que la construcción del aeropuerto no se realice directamente por la Administración titular (supuesto que parece el normal).

En caso de que sea AENA el ente promotor podrá celebrar³², o bien, un contrato de obras, aplicando las reglas de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (en adelante, “Ley 31/2007”)³³, o bien, un contrato de concesión de obra pública adoptando el modelo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”), pero que, como no es celebrado por una Administración Pública, no tendrá la consideración de contrato administrativo con todas las consecuencias que conlleva ello (por ejemplo, la no posibilidad de constituir un derecho de hipoteca sobre la concesión)³⁴.

Para el caso de que sea otro ente público no estatal el promotor de un aeropuerto de interés general, será preciso estar a la naturaleza de dicho sujeto, para determinar el grado de aplicación de las Leyes citadas en materia de contratación pública, especialmente para determinar si estamos ante un contrato administrativo (artículo 19 de la Ley 30/2007) o no³⁵.

desarrolla a cambio de un precio todas las actividades necesarias para que la infraestructura estuviese en todo momento en condiciones adecuadas para el desarrollo de la actividad aeroportuaria.

Igualmente, de acuerdo con MALARET GARCÍA, E., existe una variedad de fórmulas contractuales que permiten asociar el capital privado a la ejecución y explotación de las infraestructuras públicas, aunque la “práctica” administrativa ha “etiquetado” esta heterogeneidad como si de un único tipo contractual se tratase: la concesión de servicio público. No obstante, según la autora, existen diversas fórmulas organizativas (como las sociedades mixtas) y contractuales (como la concesión de obra pública) que atienden al citado fenómeno heterogéneo. En “Las sociedades...”, *op. cit.*, págs. 104 y 105.

(31) FERNÁNDEZ TORRES, J.R. indica que “la construcción de un aeropuerto de interés general cuya financiación corre a cargo de la Administración titular del mismo presenta incuestionablemente las características propias de una obra pública”. En “El régimen...”, *op. cit.*,

(32) En este sentido, aunque referido a la anterior normativa sobre contratación administrativa, MAYOR MENÉNDEZ, P.: “Régimen jurídico de la construcción, conservación y ampliación de aeropuertos. Los planes directores”, en *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Menéndez Menéndez, A. (dir.), Civitas, Madrid, 2005.

(33) Ya que AENA es una entidad contratante afectada por dicha Ley, de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda, siempre que los contratos de obras que licite tengan un valor estimado, excluido el IVA, de 5.150.000 euros (artículo 16). Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 12 de la citada norma “se aplicará a las actividades de explotación de una zona geográfica determinada para b) la puesta a disposición de los transportistas aéreos (...) de los aeropuertos (...)”.

(34) Vid., al respecto, DEL SAZ CORDERO, S.: “La nueva Ley de contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre de 2007, págs. 358 y ss.

(35) Señala MAYOR MENÉNDEZ, P., en “Régimen jurídico...”, *op. cit.*, que “Las fórmulas utilizadas para la construcción (de este tipo de aeropuertos) han sido diversas: desde el contrato de concesión de obras públicas utilizado por la Región de Murcia al contrato de obra del aeropuerto de Ciudad Real, pasando por un peculiar contrato mixto en el caso de Castellón”.

Cabe señalar que en Cataluña para los aeropuertos que no son de interés general, y sobre los cuales como hemos visto la Generalidad ostenta la competencia exclusiva de acuerdo con el Estatuto de Autonomía vigente, y que al mismo tiempo son de titularidad pública exclusivamente, de acuerdo con la Ley 19/2000, de 29 de diciembre, de aeropuertos de Cataluña, su gestión podrá adaptarse a cualquiera de las formas de gestión directa o indirecta permitidas por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, previéndose que en caso de que la gestión sea indirecta se podrá encargar la gestión de tales aeropuertos a una entidad gestora de carácter mercantil, en la que estarán representadas las entidades locales afectadas

Por otro lado, es interesante detenernos en la posibilidad de celebrar para la construcción de este tipo de infraestructuras un contrato de colaboración público-privada (en adelante, “CPP”) de los regulados en la reciente LCSP (artículo 11).

Al respecto, cabe señalar que, como es sabido, el tema de la colaboración público-privada fue objeto de tratamiento por la Comisión Europea, a través del correspondiente Libro Verde (aprobado en fecha de 30 de abril de 2004³⁶), entendiéndose que ésta “en general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objeto es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio público”.

Igualmente, existen, de acuerdo con el citado Libro Verde, dos tipos de modalidades de colaboración público-privada:

1. La denominada contractual, que se caracteriza porque la colaboración se hace a través de un contrato celebrado entre el organismo público y el empresario privado; distinguiéndose, al respecto, entre la concesión y “otros tipos de organización” o “contratos públicos”, implicando aquélla que el usuario es el que paga al contratista que asume, a su vez, el riesgo que comporta la explotación, mientras que en los otros tipos el socio privado lo que hace es realizar y gestionar una infraestructura para la Administración, como, por ejemplo, una infraestructura de transporte, no habiendo, por tanto, vínculo directo entre el contratista y el usuario sino entre el citado contratista y la Administración.

2. La colaboración público-privada de tipo institucionalizado, que implica la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado.

Como bien ha recordado CHINCHILLA MARÍN, la Comisión no habla de “contrato” de colaboración público-privada, sino solamente de “colaboración público-privada”³⁷. No obstante, entrando en la citada figura contractual según el derecho español, respecto del contrato regulado en la LCSP, la propia autora indica que éste tiene una serie de elementos caracterizadores, como son: (i) que el objeto del mismo gira alrededor del concepto de servicio público o actuación de interés general; (ii) su duración, que habrá de ser larga; (iii) o que el contratista financia la inversión inmaterial, la obra o el suministro necesarios para la prestación del servicio o la actuación de interés general, recibiendo el contratista un precio que se pagará durante

que así lo deseen con participación, igualmente, de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y otras entidades vinculadas a la actividad aeroportuaria y al territorio.

(36) Vid. un resumen sobre el contenido del citado Libro con enlace al texto del mismo en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/122012.htm>.

(37) CHINCHILLA MARÍN, C., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, págs. 609 y ss. Como indica la autora, el Libro Verde de la Comisión señala que las operaciones de colaboración público-privada se caracterizan por una serie de elementos tales como, por ejemplo, una duración relativamente larga entre los socios públicos y privados, o una financiación garantizada por el sector privado en parte pero que puede completarse con la financiación pública (que puede llegar a ser elevada).

Por otro lado, como también ha recordado MÍGUEZ MACHO, L., la denominación colaboración público-privada es la traducción de la expresión anglosajona *Public Private Partnership*, en “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, enero-abril de 2008, págs. 157 y ss. (y nota al pie núm. 2 para el señalado recordatorio etimológico).

toda la duración del contrato y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento³⁸.

En todo caso, sin detenernos en demasía en el régimen jurídico del CPP, ya que no es objeto del presente trabajo, en caso de que se considere oportuno utilizar tal figura contractual es de destacar que:

– Antes de iniciar el expediente de contratación es necesario que la Administración elabore el denominado documento de evaluación en el que dicho ente público justificará el porqué acude a esta figura contractual ya que ésta se caracteriza por su gran complejidad y será necesaria la participación de los sujetos privados a la hora de diseñar el concreto CPP.

– Y que la adjudicación del CPP se realizará a través de un nuevo procedimiento (en nuestro derecho) denominado “diálogo competitivo” que, en palabras de CHINCHILLA MARÍN, supone que “la Administración sabe lo que necesita pero tiene que acudir a las empresas con experiencia en el sector para conocer las distintas alternativas que existen para satisfacer sus necesidades y definir, con dichas empresas, la o las soluciones contractuales posibles”³⁹.

Para finalizar este último apartado de nuestro estudio, es necesario plantearse ¿qué ocurre cuando estamos ante un aeropuerto de interés general de titularidad exclusivamente privada? ¿Es necesario aplicar las reglas de la contratación pública en relación con la contratación de sus obras?

Al respecto, FERNÁNDEZ TORRES, J.R. entiende que no parece que pueda exigirse, sobre la base del carácter de obra pública de la construcción de un recinto aeroportuario, que el titular de la autorización expedida por el Ministerio de Fomento para la construcción de un aeropuerto privado, y normalmente propietario de los terrenos, convoque una licitación pública para adjudicar su adjudicación a un tercero. No obstante, el propio autor trae a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001 (Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, asunto C-399/98, más conocida como Proyecto Scala) que viene a exigir tal proceso de licitación en un asunto que, según el autor, tiene relación con el supuesto que estamos analizando⁴⁰.

(38) En “El nuevo...”, *op. cit.*, págs. 624 a 629. Como indica también la autora los contratos de colaboración público-privada no tienen un régimen jurídico propio sino que se les aplica el del contrato con cuyo objeto se corresponda o coincida su prestación principal.

Por su parte, MÍGUEZ MACHO, L. se cuestiona qué diferencia existe entre el nuevo contrato CPP y el contrato de concesión de obras públicas cuando el objeto coincide. En cambio, entiende que la citada nueva figura contractual sí tiene interés cuando se configura como una alternativa a la concesión de obra pública en supuestos en los que ésta no es viable por no ser posible la explotación de la infraestructura y no se quiere recurrir, por motivos presupuestarios, a un contrato administrativo ordinario de obras, así como cuando se quiera trascender el régimen de los contratos típicos de suministros y de servicios, respecto de los cuales sí tienen relevantes diferencias en cuanto al alcance de la prestación que se pide al contratista y, a su vez, al plazo de duración del contrato. En “Las formas...”, *op. cit.*, págs. 190 y 191.

(39) En “El nuevo...”, *op. cit.*, págs. 636 y ss., en las que se explican las diferentes fases en que consta el citado procedimiento y que, por el objeto del presente trabajo, no pueden ser objeto de tratamiento en este momento.

(40) Por su parte, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en “La STJCE de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 194) (asunto ‘Proyecto Scala 2001’) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 505, 2001, señala que “El dogma de la obra pública y de la libre competencia, aplicados hasta sus últimas consecuencias, con abstracción de todo lo demás, puede producir auténticos disparates”, en relación con la posibilidad de que un propietario de suelo urbano que para edificar tenga que completar la urbanización deba someterse a las reglas de la contratación pública; opinión esta que es de indudable oportunidad y que se puede, a mi entender, trasladar a otros ámbitos como el que es objeto de estas páginas.

Por el contrario, GÓMEZ PUENTE se plantea la posibilidad de que se aplique en tal supuesto la anterior Ley 48/1998 (que es sustituida por la Ley 31/2007) “si la autorización administrativa para construir un aeropuerto de esta específica naturaleza (esto es, de interés general) confiere ‘un derecho especial o exclusivo otorgado por una autoridad competente, en virtud de disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto la reserva del ejercicio de una actividad’, la de poner a disposición de los transportistas aéreos un aeropuerto, para su explotación en una zona geográfica, podría ser de aplicación la citada Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que exige que la contratación se sujete a los procedimientos de licitación y adjudicación previstos en ella. Obviamente, la exigibilidad de estos procedimientos públicos depende de la naturaleza del derecho reconocido al promotor no sólo por la autorización para construir el aeropuerto, sino por la declaración de interés general, pues, atendiendo a las características y el régimen jurídico propio de estas infraestructuras (de muy difícil multiplicación –por razones técnicas y económicas–, cuyo emplazamiento se determina por la planificación pública –territorial y urbanística– y a cuyo propietario se otorgan los beneficios de la expropiación forzosa –a través del plan director del aeropuerto–), se evidencian la especialidad y la exclusividad del derecho otorgado por la autoridad pública al promotor privado”⁴¹.

Pero es que para el autor aun “descartando la aplicabilidad de la Ley 48/1998, aún cabe preguntarse si la declaración de interés general convierte automáticamente en obra pública la obra promovida por un particular, pues ello también puede tener trascendencia desde el punto de vista de la exigibilidad de los principios de la contratación pública al promotor privado. Por razones de competencia, la legislación comunitaria exige que se sometan a licitación pública las obras de ingeniería civil promovidas por los entes públicos (poderes adjudicadores), exigencia que alcanza igualmente a los concesionarios de dichas obras públicas (aunque formalmente no sean poderes adjudicadores) cuando adjudiquen contratos de obras a terceros (si el valor de estos contratos es igual o superior a 5.000.000 de euros –artículos 1 y 3.4 del Anexo II de la Directiva 1993/37/CEE, de 14 de junio, que no es de aplicación a los contratos objeto de la Ley 48/1998–). Pues bien, la situación del promotor privado de un aeropuerto de interés general ¿no es, en cierto modo, equiparable a la de un concesionario de obra pública? Ciertamente, el titular dominical de las obras es el propio promotor, no la Administración. Pero el aeropuerto es de interés general y, por tanto, destinado a la realización de objetivos o fines de interés público. Aunque se construya por iniciativa privada, el promotor lo hará con cargo a los resultados de una ulterior explotación económica cuya viabilidad está subordinada a la prestación simultánea de servicios públicos por la Administración autorizante, que retiene además facultades de control sobre el recinto. En tales condiciones, los contratos de obras efectuados para la construcción de aeropuerto, ¿no podrían ser incluidos en el concepto de “contrato público de obras” que utiliza la legislación comunitaria? Atendiendo al espíritu y finalidad de ésta parece que sí, aunque no concurren los requisitos literales de la misma [recuérdese, en este sentido, cómo la STJCE Ordine degli Aritteti delle Province de Milano e Lodi de 12 de julio de 2001 (C-339/98) concluyó la necesidad de que, por considerarlas objeto de un contrato público de obras, fueran licitadas también las obras de urbanización realizadas directamente por el titular de una licencia urbanística de edificación]”.

(41) En Derecho..., op. cit., págs. 273 y 274, con cita también de la posición de contrario de FERNÁNDEZ TORRES, J.R.

Aeropuertos de interés general

En relación con tal cuestión, en los términos actuales de la normativa sobre contratación pública, es necesario, a mi entender, separar las previsiones que establecen al respecto las dos Leyes existentes sobre la materia ya tratadas.

En este sentido, en relación con la LCSP, es obvio que un sujeto privado no forma parte del sector público con lo que, en apariencia, quedaría totalmente excluida su contratación de las previsiones de la Ley.

Ahora bien, como también es conocido, hay una serie de contratos celebrados por entes privados a los que se les aplica la propia Ley.

Nos referimos, en primer lugar, a los denominados “contratos subvencionados” regulados en el artículo 17, en el sentido de que existen determinados contratos de obras celebrados por entes privados que si son subvencionados directamente en más de un 50% de su importe por poderes adjudicadores y tienen por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (“NACE”, entre las que se encuentra –NACE Rev.1–. la construcción de “campos de aterrizaje” y “otras construcciones especializadas”), se les aplicará las previsiones de la Ley, al considerarse contratos sujetos a regulación armonizada.

E, igualmente, nos referimos a determinados contratos celebrados por concesionarios de obras públicas, regulados en el artículo 250 de la LCSP, que se someterán a la propia Ley, que en sus apartados 1 y 2 dispone⁴² que:

“1. Cuando el concesionario de la obra pública tenga el carácter de poder adjudicador, conforme al artículo 3.3, deberá respetar, en relación con aquellas obras que hayan de ser ejecutadas por terceros, las disposiciones de la presente Ley sobre adjudicación de contratos de obras.

2. La adjudicación de contratos de obras por los concesionarios de obras públicas que no tengan el carácter de poderes adjudicadores se regulará por las normas contenidas en los apartados 3 y 4 de este artículo cuando la adjudicación se realice a un tercero y el valor del contrato sea igual o superior a 5.150.000 euros, salvo que en el contrato concurren circunstancias que permitan su adjudicación por un procedimiento negociado sin publicidad.

No tendrán la consideración de terceros aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a ellas. Se entenderá por empresa vinculada cualquier empresa en la que el concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o cualquier empresa que pueda ejercer una influencia dominante en el concesionario o que, del mismo modo que el concesionario, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas reguladoras. Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, se encuentre en una de las siguientes situaciones con respecto a otra:

(42) El resto de apartados determinan las especialidades fijadas para la licitación de los contratos.

- a) que posea la mayoría del capital suscrito de la empresa;
- b) que disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa;
- c) que pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

La lista exhaustiva de estas empresas debe adjuntarse a la candidatura para la concesión, y actualizarse en función de las modificaciones que se produzcan posteriormente en las relaciones entre las empresas.”

Así las cosas, cuando nos encontramos ante casos de realización de obras conducentes a la construcción de aeropuertos de interés general que se incardinan en los citados supuestos entendemos que pueden ser de aplicación las precedentes normas.

Por otro lado, en relación con la Ley 31/2007, de acuerdo con su artículo 3.1, quedan sujetos a ella “las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 4”.

A su vez, el artículo 3.2.c) establece que se entenderán por entidades contratantes que tengan derechos especiales o exclusivos “aquellas entidades que sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en los artículos 7 a 12 o varias de estas actividades y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por un órgano competente de una Administración Pública, de un organismo de derecho público o de una entidad pública empresarial”.

Por su parte, el artículo 4 establece que “se considera que una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos, cuando éstos sean concedidos por los órganos competentes de una Administración Pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 7 a 12 y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad”.

A su vez, el artículo 12 dispone que “La presente Ley se aplicará a las actividades de explotación de una zona geográfica determinada para b) la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales, de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte”.

Finalmente, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 16, la “Ley se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites: b) 5.150.000 euros en los contratos de obras”.

En definitiva, como venía a apuntar GÓMEZ PUENTE (*vid. supra*), aunque es una discusión abierta, para el caso de que se entienda y se verifique que un promotor privado de un aeropuerto

Aeropuertos de interés general

de interés general dispone de un derecho especial o exclusivo, en los términos del artículo 4 de la Ley 31/2007, podrá ser discutible la aplicación de lo dispuesto en ésta para los contratos de obras, siempre, claro está, que se den los otros requisitos indicados.

III. COMENTARIO FINAL

De acuerdo con las precedentes consideraciones, entiendo que es evidente y necesario que se proceda a una revisión de los criterios utilizados para calificar a los aeropuertos como de interés general que, necesariamente, comportará la procedencia de que algunos de los que hoy se califican así dejen de estarlo.

No se puede ni debe discutir la procedencia de que existan aeropuertos de interés general, especialmente porque se trata de un mandato de nuestra Constitución y porque claramente algunos de los calificados actualmente así lo son, pero sí es necesario rebajar la lista de éstos.

Efectuar esta primera operación, a nuestro entender, coadyuvará al diseño (ya iniciado) del nuevo sistema de gestión aeroportuaria, el cual tiene (y debe tener) como pilares básicos tanto la realidad de nuestro Estado Autonómico y la necesidad de respetar la autonomía local de los municipios respecto de grandes infraestructuras implantadas, o a materializar, en su territorio⁴³, como el dar entrada al sector privado en la realización de las infraestructuras aeroportuarias, ya sea “indirectamente” (a través de las fórmulas contractuales públicas que hemos visto⁴⁴) o “directamente”, en el sentido de devenir un sujeto asociado con un ente público que participe en las citadas operaciones/actividades de construcción y gestión de los aeropuertos.

(43) Como indica URÍA FERNÁNDEZ, F., “los puertos y otras grandes infraestructuras de servicios públicos se insertan en una realidad compleja como es el Municipio con la que están obligados a coexistir e, incluso, a cooperar”, en “La delimitación de la zona de servicio en los aeropuertos. El Plan Director. Sus relaciones con la planificación urbanística”, Turismo 1999. II Congreso Universidad y Empresa, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 777.

Acertadamente, GÓMEZ PUENTE, refiriéndose a la gestión de los aeropuertos, indica que “ambas perspectivas, la estatal y la autonómica, resultan conciliables, como se ha puesto ya de manifiesto en otros ámbitos. En este caso, bastaría dirigir la mirada hacia la legislación portuaria del Estado, que ofrece fórmulas institucionalizadas de colaboración interadministrativa (de integración administrativa del hinterland) ya arragiadas y con amplia aceptación local”, en *Derecho...*, op. cit., pág. 117.

(44) Como ha venido a señalar MARTÍNEZ CALVO, J., resulta preciso que, para el caso de que se liciten contratos para dar entrada en la financiación del sector privado en la construcción y explotación de infraestructuras, los pliegos y contratos que se utilicen gocen de una suficiente calidad jurídica, especialmente garantizándose la claridad de las cláusulas, su legalidad y la garantía de la posición de los posibles financiadores. En “Hacia la construcción de un ‘Derecho Administrativo Financiable’. Crónica del caso MINTRA”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 167, mayo-agosto, 2005, págs. 394 a 399.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. D) Libre circulación de capitales.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior. No obstante lo anterior, sin apartarse de la que viene siendo su “reiterada jurisprudencia” en estas materias, el Tribunal de Justicia nos ha brindado nuevos e interesantes argumentos para la reflexión durante el período que comprende esta crónica.

En las anteriores crónicas de esta revista hemos dado cuenta de los sucesivos procesos de ratificación del tratado de Lisboa por parte de los Estados miembros. El proceso ha seguido en este período. El 8 de julio, el Senado holandés adoptó por una amplia mayoría una ley por la que se abre la vía a la ratificación del Tratado de Lisboa. La Cámara Baja del Parlamento holandés ya había aprobado ampliamente la ratificación del Tratado de Lisboa el pasado 5 de junio de 2008. Ahora queda que la Reina Beatriz firme para que concluya el proceso de ratificación. Es el 21º país que ratifica el Tratado.

El 11 de julio de 2008, Bélgica acabó el proceso de ratificación parlamentario del Tratado europeo de Lisboa, convirtiéndose en 22º Estado miembro que valida este texto. El Tratado aún tiene que firmarlo formalmente el Rey Alberto II para que la ratificación esté completa. Tan sólo unos días más tarde era el turno de Reino Unido. El Reino Unido concluyó el 16 de julio la ratificación del Tratado europeo de Lisboa, depositando los “instrumentos de ratificación” en Roma. La Reina Isabel II dio su aprobación real al texto el 19 de junio de 2008, texto que había sido aprobado previamente por la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores.

A continuación era por fin España el siguiente Estado en ratificar este fundamental Tratado sustitutivo de la Constitución Europea. El 15 de julio de 2008, España acabó el proceso de

ratificación parlamentario del Tratado de Lisboa, convirtiéndose en el 23º Estado miembro que valida este texto. El Senado aprobó el texto por una amplia mayoría (232 votos a favor, 6 en contra y 2 abstenciones). El Congreso de los diputados español lo había aprobado el 26 de junio por 322 de los 350 votos. El Tratado, una vez firmado por el Rey Juan Carlos fue promulgado en el BOE. Jurídicamente ello tuvo lugar a través de la “Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007”. Al día siguiente era Italia la que ratificaba el tratado de Lisboa por unanimidad de su Parlamento. Italia se convierte así en el país número 24º de la Unión Europea en refrendar el Tratado.

Respecto a los Estados más euroescépticos, una semana más tarde, el 8 de agosto de 2008, el Primer Ministro danés anunció que su Gobierno renunciaría a la organización de un referéndum sobre una o varias derogaciones a su adhesión a la Unión Europea debido a la aún confusa situación tras el no irlandés al Tratado de Lisboa. Dinamarca había obtenido en diciembre de 1992 cuatro derogaciones (moneda única, defensa común, cooperación judicial y ciudadanía europea) de sus socios europeos tras el rechazo, por referéndum, del Tratado de Maastricht en junio de 1992. Por su parte, en Irlanda, un segundo referéndum sobre el Tratado europeo de Lisboa “podría ser necesario” después del “no” dado al texto el 12 de junio, declaró el Secretario de Estado irlandés de Asuntos europeos en una entrevista publicada el 25 de agosto de 2008.

En Finlandia, si bien el Parlamento había ratificado el Tratado de Lisboa el 11 de junio de 2008, el Gobierno finlandés decidió presentar el texto el 12 de septiembre a la Presidenta de la República. Ésta aprobó la ratificación del Tratado de Lisboa y el acto de aplicación del Tratado. Tres países aún no han ratificado el texto: Polonia, República Checa (donde está pendiente de una decisión por parte del Tribunal Constitucional) y Suecia, mientras que Irlanda lo rechazó por referéndum el pasado 12 de junio de 2008. Como se sabe, el tratado de Lisboa está previsto que entre en vigor el 1 de enero de 2009, pero ante el rechazo irlandés, algunas voces han pedido la ampliación de este plazo a un año más. En concreto, el Primer Ministro luxemburgués, afirmó el 17 de septiembre de 2008 que se podría proponer una entrada en vigor del Tratado de Lisboa para el 1 de enero de 2010.

Por su parte, prosigue la ampliación de la “zona euro”. Eslovaquia, que adoptará la moneda europea el 1 de enero de 2009, lanzó el 19 de agosto de 2008 la acuñación de sus monedas en euro. La cara nacional eslovaca de las monedas de 2 euros y de 1 euros representará la cruz doble sobre una montaña de tres cumbres y la de las monedas de 10, 20 y 50 céntimos el castillo de Bratislava. Eslovaquia se convertirá así en el 16º país miembro de la zona euro, que vivirá su cuarta ampliación desde su creación en 1999. Polonia espera alcanzar la zona euro en enero de 2012.

Un último gesto simbólico tuvo lugar el pasado 9 de octubre de 2008. Los diputados europeos modificaron por 503 votos, contra 96 y 15 abstenciones, su reglamento interno haciendo obligatoria la utilización del himno, la bandera y la divisa de la Unión Europea en los procedimientos del Parlamento Europeo. La bandera estará presente en adelante en todas las salas de reunión y durante todos los acontecimientos oficiales del Parlamento; el himno, de la “Oda

I. Derecho Comunitario

a la alegría” de la 9ª sinfonía de Beethoven, se tocará a la apertura de cada sesión constitutiva tras las elecciones europeas y en sesiones solemnes. Sobre todos los documentos oficiales del Parlamento, se mencionará a partir de ahora la divisa “unida en la diversidad”.

2. PRINCIPIOS GENERALES

La STJCE de 19 de junio de 2008, Asunto C-454/06, recuerda que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase la Sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44). Este doble objetivo se afirma explícitamente en los considerandos segundo, sexto y vigésimo de la Directiva 92/50.

Pues bien, para la consecución de este doble objetivo, el Derecho comunitario aplica en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores y la correspondiente obligación de transparencia (véanse, en este sentido, las Sentencias de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61, y de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 108 y 109).

Por lo que respecta a los contratos a que se refiere la Directiva 92/50 que tienen por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios incluidos en el anexo I.A de ésta, dicha Directiva aplica estos principios y esta obligación de transparencia imponiendo, en particular, determinados procedimientos de adjudicación. En lo que atañe a los contratos a que se refiere esta Directiva que tienen por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios enumerados en el anexo I.B de ésta, dicha Directiva no impone las mismas normas en cuanto a los procedimientos de adjudicación, pero esta categoría de contratos públicos de servicios sigue estando, no obstante, sometida a las normas fundamentales del Derecho comunitario y a la correspondiente obligación de transparencia (véase, en este sentido, la Sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-0000, apartados 26, 30 y 31).

Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la Sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46).

La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda

confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I.A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

3. FUENTES

En cuanto al tema que nos concierne, esto es, las fuentes del Derecho Comunitario, no hay que destacar ninguna novedad en la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el período al que se circunscribe nuestro estudio.

4. RECURSOS

A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación

B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre el recurso por omisión, el recurso de anulación, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

D) Cuestiones prejudiciales

No ha sido éste un período especialmente propicio para la innovación en lo que a estos dos tópicos procesales comunitarios se refiere. Así, y en lo que respecta al mecanismo prejudicial, la labor del Tribunal de Justicia ha estado centrada, casi exclusivamente, en precisar el alcance y tenor de los motivos de inadmisión. Mientras que, en lo que atañe a la tutela cautelar, ninguna sentencia de la Curia comunitaria la ha incluido como uno de sus contenidos principales.

Ahora bien, ello no obsta a que existan pronunciamientos que, con relación a estas temáticas, introducen algún matiz de interés y que, por lo mismo, merecen ser objeto de comentario en las páginas que siguen.

En lo que concierne a esta materia, y como se acaba de anticipar, el tiempo y el trabajo del Tribunal de Justicia se ha invertido en esclarecer cuándo, y en qué circunstancias, cabe inadmitir una petición prejudicial. A este respecto conviene recordar, de inicio, que en el marco de este tipo de procedimientos (con arreglo al artículo 234 del actual TCE), basados en una clara

I. Derecho Comunitario

separación entre las funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y la del Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos y fundamentos de Derecho del asunto principal es competencia del juez interno.

De otra parte, hay que hacer hincapié igualmente en que corresponde al juez nacional, que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión última, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. De hecho, y cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.

Conforme a esta lógica, la negativa a responder una cuestión prejudicial planteada por un juez interno sólo es posible cuando concurren una serie de circunstancias tasadas, tales como: a) que resulte evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; b) que el problema sea de naturaleza hipotética, o c) que al Tribunal de Justicia no se le faciliten los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

Recordado lo anterior, presentemos a continuación aquellas sentencias de la Corte Comunitaria en las que se ha abordado este tópico prejudicial, distinguiendo, por razones obvias, entre aquellas que tienen su origen en órganos jurisdiccionales españoles y aquellas otras que lo tienen en órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros de la Unión.

Comenzando por estas segundas, cabe señalar la **STJUE de 11 de septiembre de 2008, Eckelkamp y otros, As. C-11/07**, en la que el Gobierno Belga (apdo. 25 de este pronunciamiento) estima que la petición prejudicial formulada es inadmisibile. De una parte, por el carácter extemporáneo de la presentación de la demanda en el litigio principal y conforme a las leyes procesales belgas. Y de otra (apdo. 26 de la Sentencia) por considerar que la cuestión suscitada es meramente hipotética, dado que el objeto del proceso matriz (la existencia o no de una carga hipotecaria que grava un bien específico) aún está por establecerse.

Por el contrario, y a juicio del Tribunal de Justicia, ni la petición resulta extemporánea, ni posee un carácter hipotético. Pues, en cuanto a lo primero, se constata (apdo. 33 de la Sentencia), y conforme a los datos obrantes en la solicitud de pronunciamiento prejudicial, que las partes en el litigio interno han llevado a cabo las acciones procesales en la forma y tiempo oportunos. Mientras que, en cuanto a su carácter hipotético, la Corte de Justicia entiende que corresponde al juez interno apreciar la necesidad y la oportunidad del planteamiento prejudicial (apdo. 34 de la Sentencia), así como que el debate de fondo gira en torno a la interpretación —o no— que debe hacerse del impuesto de transmisiones patrimoniales *mortis causa* en Bélgica a la luz del Derecho comunitario. Por lo que, en suma, la relación entre éste y el pronunciamiento prejudicial resulta evidente.

Así las cosas, al Tribunal de Justicia de la Unión no le resta sino declarar la admisibilidad de las cuestiones planteadas en este asunto. Algo que también hace en la **STJUE de 9 de octubre de 2008, Katz, As. C-404/07**.

En efecto, en este caso, donde se discute acerca de la interpretación de una norma adoptada en el ámbito del pilar de cooperación policial y judicial en materia penal (más concretamente, de

los artículos 2 y 3 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), y conforme a lo establecido en el artículo 35 del TUE, la República de Hungría –previa aceptación de la jurisdicción de la Corte Comunitaria en esta materia– considera la petición formulada inadmisibile por hipotética (apdo. 28 de la Sentencia). Lo cual, a su entender, se explica porque la petitoria versa sobre una mera posibilidad (la de que una persona no pueda ser oída como testigo en un procedimiento con acusación particular sustitutoria), que no se constata en el Derecho húngaro.

En cambio, y a juicio del Tribunal de Justicia, debe recordarse que en el marco de un procedimiento prejudicial fundamentado en el artículo 35 del TUE, de manera similar a cuanto se ha establecido respecto del artículo 234 del TCE, corresponde al Juez nacional (húngaro) decidir acerca de la pertinencia y oportunidad del pronunciamiento prejudicial. De este modo, sólo puede destruirse esta suerte de presunción de pertinencia cuando, como alega el Gobierno húngaro, la cuestión planteada sea hipotética. Sin embargo, y según la Corte comunitaria, esta circunstancia no se verifica tampoco en el caso de autos, puesto que, de un lado (apdo. 33 de la Sentencia), no es obvio que en el procedimiento principal y conforme a las leyes húngaras exista aquel derecho a ser oído como testigo en procesos con acusación particular sustitutoria. Y de otro (apdo. 34 de la Sentencia), no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la pertinencia o la necesidad de la petición prejudicial. Por consiguiente, y como no podía ser de otra forma, debe declararse su admisibilidad.

Ahora bien –y esto resulta interesante–, el Tribunal de Justicia comunitario no estima (apdo. 36 de la Sentencia) la petición de una de las partes en el procedimiento (en concreto el Sr. Katz), para que este Tribunal amplíe la cuestión prejudicial y examine, asimismo, si la propia Decisión marco implica extender al acusador particular sustitutorio determinadas facultades de instrucción reconocidas tan sólo al Ministerio fiscal en el Derecho húngaro, y ello por dos razones principales. La primera (apdo. 27 de la Sentencia) porque, a tenor del artículo 35 del TUE, corresponde exclusivamente al juez nacional y no a las partes en el procedimiento someter la cuestión al examen de la Curia comunitaria, siendo aquél quien decide acerca del alcance y amplitud de éste. Por lo demás, y en segundo lugar (apdo. 38 de la Sentencia), responder a las cuestiones planteadas por el Sr. Katz sería incompatible con la función y naturaleza del propio procedimiento contemplado en este artículo 35 del TUE, así como con la obligación que pesa sobre el Tribunal de Justicia de garantizar que los Gobiernos de los Estados miembros, así como las partes interesadas, tengan la posibilidad de presentar observaciones.

Dicho lo cual, y continuando con los pronunciamientos prejudiciales en los que se ha enfrentado el argumento de la inadmisibilidad, ocupa un lugar igualmente señalado la **STJUE de 21 de octubre de 2008, Marra, As. Ac. C-200/07 y 201/07**, pues en este caso el Tribunal de Justicia tiene ocasión de explicar hasta dónde llega la facultad del Parlamento Europeo para presentar observaciones en este tipo de procedimientos.

En lo atinente a este tema, determina la Corte Comunitaria que si bien el artículo 23, párrafos primero y segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia no reconoce expresamente facultad alguna al Parlamento Europeo para presentar observaciones en asuntos de índole prejudicial, toda vez que el citado artículo 23 sí reconoce a aquella Institución la facultad de formular alegaciones escritas en los asuntos relativos a la validez o a la interpretación de un acto del que

I. Derecho Comunitario

sea colegislador, tal facultad también le debe ser reconocida *a fortiori* en el caso de una petición prejudicial como la presente, referida a la interpretación de su propio Reglamento y del que aquél es su único autor (vid. apdos. 21 y 22 de la Sentencia). De ello resulta, en definitiva, que se admite que el Parlamento Europeo pueda presentar observaciones en procedimientos prejudiciales de esta índole.

Por último, y en cuanto a los fallos prejudiciales que tienen su origen en órganos jurisdiccionales no-españoles, procede llamar la atención sobre la **STJUE de 6 de noviembre de 2008, Trespas International, As. C-248/07**. En este caso es la Comisión la que expresa sus dudas acerca de la admisibilidad de la petición formulada, pues sostiene (apdo. 31 de la Sentencia) que el litigio principal versa sobre una relación de Derecho privado entre las partes, regulada por el Código Civil belga y que, en este contexto, la pertinencia de la cuestiones no resulta evidente.

Como cabía esperar, el Tribunal de Justicia comienza recordando a la Comisión (apdo. 32 de la Sentencia) que la finalidad del procedimiento prejudicial es cooperar con el juez interno. Y que, con base en esta razón, corresponde exclusivamente a dicho juez apreciar, a la luz de las particularidades del asunto pendiente ante él, tanto la necesidad como la pertinencia de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia. Es más (apdo. 33), debe afirmarse que existe una suerte de presunción de pertinencia cuando una petición prejudicial es formulada, que sólo se desvirtúa en supuestos muy concretos como, por ejemplo, que no se hayan facilitado a la Corte los elementos de hecho para que ésta pueda dar una respuesta útil. Sin embargo, en opinión precisamente del Tribunal de Justicia, no ocurre así en este caso, pues si bien es cierto que los hechos no han sido precisados con exactitud e, incluso, que pueden resultar controvertidos (apdos. 34 y 35 de la Sentencia), el Tribunal considera que dispone de los elementos suficientes para interpretar la normativa comunitaria de que se trata y dar con ello una respuesta útil. Así pues (apdo. 38 de la Sentencia), la petición de decisión prejudicial se estima admisible.

Pasando ya al segundo grupo de pronunciamientos, esto es, el integrado por los fallos del Tribunal de Justicia referidos a la admisibilidad prejudicial, y promovidos por órganos jurisdiccionales españoles, debemos comenzar aludiendo a la **STJUE de 11 de septiembre de 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja, As. ac. C-428/06 a C-434/06**. Una sentencia en la que la cuestión de fondo gira en torno a si una serie de medidas fiscales adoptadas por los Territorios históricos vascos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa constituyen, o no, ayuda de Estado. Pero que aquí nos atañe en tanto, y a su través, el Tribunal de Justicia examina si existen motivos para inadmitir las peticiones prejudiciales planteadas. A este respecto, la Comunidad Autónoma de La Rioja aduce que resultan innecesarias (vid. apdos. 35 y 36 de la Sentencia), aunque posteriormente retira esta alegación. Por su parte, la Unión General de Trabajadores (UGT), tilda la petición prejudicial como igualmente superflua, puesto que resulta claro –a su juicio– que las medidas objeto del litigio principal deben considerarse ayuda de Estado (apdo. 37). Por último, la Confederación Empresarial Vasca (CONFEBASK) considera también inútil hacer uso del mecanismo prejudicial justo por todo lo contrario, es decir, porque resulta evidente a su entender que la medida discutida no constituye ayuda de Estado (apdo. 38 de la Sentencia).

El TJUE en cambio, y tras analizar cuidadosamente todas y cada una de estas observaciones, no aprecia motivo alguno de inadmisión, dado que, a su juicio: a) de ninguno de los elementos de hecho o de Derecho aportados en las peticiones prejudiciales cabe desprender que los

litigios principales hayan quedado sin objeto, ni que la respuesta a éstas resulte innecesaria (apdo. 41 de la Sentencia) y b) a mayor abundamiento, sí ha quedado demostrado que, mientras la UGT de La Rioja considera indiscutible que las decisiones fiscales adoptadas son ayudas de Estado, CONFEBASK sostiene justamente todo lo contrario. Algo que, en opinión del TJUE, constituye la prueba más evidente de que su respuesta es del todo oportuna (apdo. 44 de la Sentencia). De ahí que, a la postre, se declare la admisibilidad de las peticiones prejudiciales planteadas.

Continuando con los pronunciamientos del Tribunal atinentes a los motivos de inadmisión prejudicial, y con origen en órganos jurisdiccionales españoles, hay que mencionar la **STJUE de 11 de septiembre de 2008, CEPSA, As. C-279/06**. En este pronunciamiento, la Corte comunitaria hace hincapié en que no es suficiente que los elementos de hecho no hayan sido del todo definidos, o que éstos sean objeto de controversia, para inadmitir la petición o peticiones prejudiciales formuladas (apdo. 29 de la Sentencia).

El motivo para ello es que, en el marco de este tipo de procedimientos, al Tribunal de Justicia le corresponde proporcionar al órgano jurisdiccional interno una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Y ocurre, como en el caso de autos, que dichos elementos de hecho, aún no habiendo sido adecuadamente determinados e incluso estando sujetos a controversia, sean suficientes para que aquél pueda pronunciarse (apdo. 31 de la Sentencia). Por tanto, y como en el supuesto anterior, la petición prejudicial debe ser admitida.

Ponemos fin a este segundo grupo de pronunciamientos prejudiciales, y así también a este epígrafe, dando cumplida noticia de la **STJUE de 16 de octubre de 2008, Kirtruna, As. C-313/07**.

Este fallo (apdos. 1 y 2 de la Sentencia) tiene por objeto la interpretación de los artículos 3 y 5 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas. Una petición que fue presentada en el marco de los procedimientos de desahucio relativos a ciertos locales comerciales sitos en Sitges, cerca de Barcelona, instados por Kirtruna, SL y la Sra. Viganó, propietarios y arrendadores de dichos locales, contra Red Élite de Electrodomésticos, SA, sus administradores concursales y Electro Calvet, SA. Una petición que aquí nos interesa en tanto la Comisión, así como la Sra. Viganó, expresan sus dudas (apdo. 24 de la Sentencia) acerca de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas, pues, a su entender, éstas resultan inútiles para la solución del litigio principal. Dudas que son acogidas parcialmente por la Corte.

Lo interesante, en efecto, de esta sentencia es que, si bien el Tribunal de Justicia comienza recordando (apdos. 25, 26 y 27 de la Sentencia) que el procedimiento establecido en el artículo 234 del TCE es un instrumento de cooperación entre juez comunitario y juez nacional; que debido a ello corresponde exclusivamente a éste apreciar tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales planteadas, y que existe una suerte de presunción de admisibilidad una vez éstas se presentan, finalmente, y en el caso de autos, esta presunción se desvirtúa, pues cabe estimar en parte las alegaciones de inutilidad formuladas por la Comisión con respecto a varias de las peticiones prejudiciales objeto de análisis.

I. Derecho Comunitario

En efecto, a juicio de la Corte comunitaria (apdos. 30 y 31 de la Sentencia), se constata que nada en los autos permite afirmar que el órgano jurisdiccional remitente conozca de un litigio real en los términos formulados en las peticitorias prejudiciales. En su consecuencia (apdo. 32 de la Sentencia), las cuestiones planteadas (cuarta y quinta) son hipotéticas y procede, pues, declarar su inadmisibilidad.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia no acoge una segunda causa de inadmisión invocada por la Sra. Viganò y basada en la eventual inaplicación al caso concreto del artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 (apdo. 36 de la Sentencia). Pues la exégesis de este precepto, atendidos los datos de los que dispone la Corte comunitaria (apdo. 37 de la Sentencia), resulta necesaria para resolver el asunto principal. En tales circunstancias (apdo. 38 de la Sentencia), no puede estimarse esta segunda objeción formulada por la Sra. Viganò y la petición prejudicial debe ser admitida.

E) Medidas cautelares

En el período de tiempo considerado en la presente crónica, no existe jurisprudencia novedosa en esta materia, por lo que nada podemos señalar en cuanto a este, siempre interesante, tópico administrativo.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 16 de julio al 15 de noviembre de 2008) tan sólo se ha dictado una sentencia en esta materia. Se trata de la **STJCE (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2008, Comisión contra Alemania, As. C-141/07**, en la cual la Comisión pretendía la existencia de un incumplimiento relativo a la Ley de farmacias alemana de 2005, sin embargo el recurso fue desestimado.

El supuesto de hecho concreto era someter la celebración de un contrato de abastecimiento de medicamentos a exigencias acumulativas que tienen como efecto hacer prácticamente imposible el abastecimiento regular de un hospital por farmacias establecidas en Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania. El Tribunal comienza afirmando que de la jurisprudencia que ha desarrollado el artículo 152.5 del TCE, resulta que el Derecho comunitario no supone merma de la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a regular el consumo de productos farmacéuticos, en interés del equilibrio financiero de sus regímenes del seguro de enfermedad, así como para organizar y prestar servicios sanitarios y de asistencia médica (SS de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros, 238/82, y de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04¹). A ello se añade que en el estado actual del Derecho comunitario, el abastecimiento de medicamentos a los hospitales no es objeto de armonización a nivel comunitario. La determinación de las normas en esta materia continúa siendo competencia de los Estados miem-

(1) Comentada en el número 33 de esta Revista (octubre de 2006), págs. 74 a 77 y 295. Vid. también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección Crónica de Jurisprudencia de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 25 (septiembre-diciembre de 2006), págs. 1.054 a 1.060.

bros, siempre que se respeten las disposiciones del Tratado y, en particular, las que se refieren a la libre circulación de mercancías (Sentencia de 21 de marzo de 1991, Delattre, C-369/88).

Consta que las disposiciones controvertidas, cuyo objetivo, según la República Federal de Alemania, es garantizar que el abastecimiento de medicamentos a los hospitales por parte de una farmacia externa sea seguro y de calidad, responden a preocupaciones de salud pública como las permitidas por el artículo 30 CE, y que, por tanto, dichas disposiciones pueden en principio justificar un obstáculo a la libre circulación de mercancías. El número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o la clase de servicios médicos que pueden ofrecer, deben poder ser objeto de planificación, que responde por lo general, por una parte, al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad y, por otra parte, a la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (SS de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, C-157/99²; de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y van Riet, C-385/99³).

El Tribunal concluye que las normas impugnadas están justificadas por el objetivo de protección a la salud pública. Puede concluirse que la exigencia de encomendar a un farmacéutico próximo la responsabilidad de todas las funciones inherentes al abastecimiento de medicamentos al hospital interesado es una medida que va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido por la República Federal de Alemania, a saber, alcanzar un nivel elevado de protección de la salud pública.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 15 de julio al 15 de noviembre de 2008), tan sólo se ha dictado un fallo del TJCE en la materia. Nos referimos a la **STJCE (Sala Primera) de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética, Asunto C-500/06**. En ésta se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano. Se trata del incumplimiento por parte de una empresa italiana de un contrato suscrito por la conocida empresa española para hacer publicidad en Italia. Dicho incumplimiento vino producido por una limitación de la normativa italiana (Ley 175/1992) contraria a la publicidad televisiva de tratamientos médicos.

El Tribunal considera contraria al Derecho comunitario la normativa italiana. En concreto, señala que los artículos 43 y 49 TCE, en relación con los artículos 48 y 55 TCE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación, como la italiana, que prohíbe la publicidad de los tratamientos médicos y quirúrgicos dispensados por los establecimientos privados en las cadenas de televisión de difusión nacional, a la vez que autoriza bajo ciertos requisitos tal publicidad en las cadenas de televisión de difusión local.

(2) Comentada en el número 13 de esta Revista (octubre de 2001), págs. 227 y 228. Comentada también en el número 14 de esta Revista (enero de 2002), pág. 64.

(3) Comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), pág. 68.

I. Derecho Comunitario

El Tribunal de Justicia ha considerado reiteradamente que constituyen restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades (SS de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99⁴; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03⁵; de 26 de octubre de 2006, Comisión/Grecia, C-65/05, y de 13 de marzo de 2008, Comisión/España, C-248/06).

Pues bien, un régimen de publicidad como el previsto por la Ley italiana núm. 175/1992, en cuanto permite, bajo ciertos requisitos, la difusión en las cadenas de televisión locales de la publicidad relativa a los tratamientos médicos y quirúrgicos dispensados por los establecimientos sanitarios privados, lo que equivale a prohibir esa misma publicidad en las cadenas de televisión de difusión nacional, constituye para las sociedades establecidas en Estados miembros distintos de la República Italiana, como Dermoestética, un considerable obstáculo para el ejercicio de sus actividades a través de una filial establecida en ese último Estado miembro. Por tanto, una prohibición de esta índole puede hacer más difícil el acceso de esos operadores económicos al mercado italiano (SS de 5 de octubre de 2004, CaixaBank Francia, C-442/02⁶, y de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-94/04 y C-202/04⁷). Además, un régimen de publicidad como el previsto por la ley italiana, en cuanto impide a las sociedades como Dermoestética obtener prestaciones de servicios de difusión de la publicidad televisiva, constituye una restricción de la libre prestación de servicios.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 15 de julio al 15 de noviembre de 2008), se han publicado un total de tres sentencias sobre esta materia. La primera de ellas, que no pudo estar por días en nuestra anterior crónica, es la **STJCE (Sala Segunda) de 17 de julio de 2008, ASM Brescia SpA, As. C-347/06**, en la cual se decide una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano en materia de distribución de gas natural. En concreto, por la finalización del período concedido por un ayuntamiento a la empresa recurrente para la distribución del gas en su territorio, y en la que se interpreta la normativa comunitaria al respecto.

El Tribunal concluye admitiendo la compatibilidad de la normativa italiana con el derecho comunitario. Por un lado, que la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, no se opone a que la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, prevea la prolongación, con los requisitos que en ella se indican, de la duración del período transitorio tras el cual ha de tener

(4) Comentada en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), pág. 55. Comentada en el número 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 77.

(5) Comentada en el núm. 35 de esta Revista (abril de 2007); págs. 291 a 293. Vid. también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección Crónica de Jurisprudencia de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 24 (mayo-agosto de 2006), págs. 623, 624 y 638.

(6) Comentada en el número 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 77. Un comentario a esta sentencia puede verse también en la *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 13 (enero-marzo de 2005), págs. 91 y ss., por Luis GONZÁLEZ VAQUÉ.

(7) Comentada en el núm. 35 de esta Revista (abril de 2007), págs. 71 y 72. Vid. también el comentario de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, en la sección "Crónica de Jurisprudencia" de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27 (enero-abril de 2007), págs. 239 a 292.

lugar la finalización anticipada de una concesión de distribución de gas natural como aquella de que se trata en el litigio principal. En estas circunstancias, procede asimismo declarar que el artículo 10 del TCE y el principio de proporcionalidad tampoco se oponen a una normativa como la antedicha.

Asimismo, los artículos 43, 49 y 86 del TCE, no se oponen a que la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, prevea la prolongación, con los requisitos que en ella se indican, de la duración del período transitorio tras el cual ha de tener lugar la finalización anticipada de una concesión de distribución de gas natural como aquella de que se trata en el litigio principal, siempre que dicha prolongación pueda considerarse necesaria para permitir a las partes contratantes poner fin a sus relaciones contractuales de forma aceptable tanto desde el punto de vista de las exigencias del servicio público como desde el punto de vista económico.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Segunda) de 2 de octubre de 2008, Heinrich Bauer, Asunto C-360/06**, analiza una cuestión prejudicial tributaria. Concretamente el Tribunal estima que a falta de justificación válida, los artículos 52 (actual artículo 43) y 58 del Tratado CEE (actual artículo 48) se oponen a la aplicación de una legislación fiscal de un Estado miembro en cuanto, en el marco de la valoración de participaciones no cotizadas de una sociedad de capital en circunstancias como las del litigio principal, dicha legislación tiene por efecto atribuir a la participación de esa sociedad en el capital de una sociedad personalista establecida en otro Estado miembro un valor más elevado que a su participación en una sociedad personalista establecida en el Estado miembro de que se trata, siempre que, no obstante, tal participación pueda conferirle una influencia real en las decisiones de la sociedad personalista establecida en otro Estado miembro y le permita determinar las actividades de ésta.

Por último, la **STJCE de 23 de octubre de 2008 (Sala Cuarta) Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, Asunto C-157/07**, analiza también una cuestión prejudicial tributaria con origen en Alemania y en colisión con el Derecho austríaco. En concreto el régimen fiscal de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en un Estado miembro del EEE y perteneciente a una sociedad con domicilio social en un Estado miembro de la Unión Europea.

Se trata de una cuestión muy técnica en la que el Tribunal concluye que según el TJCE, el artículo 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, no se opone a un régimen fiscal nacional que, tras haber permitido el cómputo de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente situado en un Estado distinto de aquél en el que está establecida la sociedad de la que depende el citado establecimiento permanente a los efectos de la liquidación del impuesto sobre la renta de esa sociedad, prevé la reintegración fiscal de esas pérdidas en el momento en que dicho establecimiento permanente obtiene beneficios, cuando el Estado en el que está situado ese mismo establecimiento permanente no reconoce ningún derecho al traslado a otros ejercicios de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente perteneciente a una sociedad establecida en otro Estado y cuando, en virtud de un Convenio para evitar la doble imposición celebrado entre los dos Estados interesados, los rendimientos de dicha entidad están exentos de imposición en el Estado en el que la sociedad de la que depende esta última tiene su domicilio.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Ámbito de aplicación personal y material

La STJCE de 17 de julio de 2008, *Raccanelli*, As. C-94/07, aborda la interesante cuestión de si ostentan la condición de “trabajador”, en sentido comunitario, los becarios de investigación. El Tribunal concluye que la condición de trabajador del demandante en el concreto asunto principal tan sólo puede reconocerse en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de remisión, que es el único competente para apreciar los hechos del asunto principal, comprase la presencia en éste de distintos elementos constitutivos de cualquier relación laboral por cuenta ajena, a saber, la relación de subordinación y el pago de una retribución. Por tanto, un investigador que se halla preparando una tesis doctoral con un beca concedida por determinada asociación sólo deberá ser considerado como un trabajador a efectos del artículo 39 de la CE si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a dicha asociación y si percibiese una retribución como contrapartida de la referida actividad.

Por su parte, la STJCE de 18 de noviembre de 2008, *Föster*, As. C-158/07, ha declarado que el Reglamento núm. 1612/68, del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, no se aplica a los estudiantes que se hayan desplazado a un Estado miembro principalmente para estudiar y que hayan ejercido en un primer momento actividades profesionales de alcance limitado mientras estudiaban, pero que hayan dejado de ejercer dichas actividades.

Finalmente, la STJCE de 20 de noviembre de 2008, *Comisión c. España*, As. C-94/08, ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, del artículo 39 de la CE, al haber mantenido en su legislación la exigencia de la nacionalidad española para ejercer los empleos de capitán y primer oficial en todos los buques de pabellón español distintos de los buques mercantes de arqueo bruto inferior a 100 toneladas, que transporten carga o menos de 100 pasajeros, que operen exclusivamente entre puertos o puntos situados en zonas en que el Reino de España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción. En dicha sentencia se constata que España no ha dado el correcto cumplimiento a la STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, C-405/01.

b) Reconocimiento de títulos

Durante el período examinado, dos sentencias del Tribunal Europeo han condenado a España declarando que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sanciona formaciones profesionales de una duración mínima de tres años.

La primera de ellas, la STJCE de 16 de octubre de 2008, *Comisión c. España*, As. C-136/07, se dicta condena por no haberse adoptado, en lo que respecta a la profesión de controlador de tránsito aéreo, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la citada Directiva. El Reino de España mantenía que la Directiva no resultaba de aplicación en el caso de la actividad de controlador aéreo, ya que en España no existe un

“título”, en el sentido de la norma, que habilite por sí solo para el ejercicio de dicha profesión. Tan sólo la obtención de un conjunto de titulaciones definidas permite el ejercicio de esta profesión.

No obstante, el Tribunal de Justicia no admite esta interpretación. Así, tiene ocasión de afirmar que

“(…) el ejercicio de la actividad de controlador de tránsito aéreo está efectivamente regulado en España por disposiciones normativas que establecen un régimen que tiene por efecto reservar expresamente dicha actividad profesional a aquellas personas que reúnen determinados requisitos y prohibir el acceso a la misma a aquellas otras personas que no cumplen tales requisitos.

Por consiguiente, la profesión de controlador de tránsito aéreo en España debe calificarse de profesión regulada en el sentido de las Directivas 89/48 y 92/51, de modo que está incluida en el ámbito de aplicación de esas mismas Directivas.

La anterior conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que no exista en España una formación sancionada por un título único que permita acceder a la profesión de que se trata. (...)

Por otro lado, la circunstancia de que un ‘título’ no adopte la forma de un documento único, sino que se componga de un conjunto de diplomas, certificados u otros documentos carecerá de pertinencia siempre que –con independencia de la forma que adopte– la función esencial de dicho título sea la de acreditar que el interesado ha cursado con éxito un ciclo de estudios definido que le haya permitido adquirir la capacitación profesional exigida para acceder a una profesión regulada en el Estado miembro en cuestión o para ejercerla (en este sentido, por lo que se refiere a la calificación como ‘título’, a efectos de la Directiva 89/48, de la constatación de que se ha superado el examen de fin de formación, véase la Sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Burbaud*, C-285/01, Rec. p. I-8219, apartado 52).”

El supuesto que resuelve la **STJCE de 23 de octubre de 2008, Comisión c. España, As. Ac.-286/06**, es realmente peculiar. La Comisión europea decide intervenir ante numerosas denuncias de ciudadanos españoles relativas a la denegación, por el Ministerio de Fomento, de solicitudes de reconocimiento de título. En este caso, los interesados estaban en posesión del título de Ingeniero Técnico de Construcciones Civiles, expedido por la Universidad de Alicante, así como un Título propio de dicha Universidad. En virtud de un convenio con una Universidad italiana, dicha Universidad, cuando se ostentan dichos títulos, expide el título universitario italiano de Ingeniero Civil. Y a continuación se solicita el reconocimiento ante las autoridades españolas de la cualificación profesional suficiente para ejercer la profesión de ingeniero de caminos, canales y puertos, reconocimiento que era sistemáticamente denegado ya que se entendía que: a) no es de aplicación el Derecho comunitario, ya que todos los elementos pertinentes están situados en un solo Estado miembro y b) según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los justiciables no pueden prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta.

I. Derecho Comunitario

El Tribunal de Justicia rechaza la argumentación del Reino de España. En primer lugar, se afirma que, dado que se ha habilitado a los denunciantes para ejercer la profesión regulada de que se trata en un Estado miembro distinto de aquel en que solicitan ejercer dicha profesión, su situación no puede ser calificada de puramente interna. Por otro lado, y en relación con el posible abuso de Derecho, se señala que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a elegir el Estado miembro en que prefieren adquirir sus cualificaciones profesionales es inherente al ejercicio, en un mercado único, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE.

Por último, la sentencia también condena a España por supeditar la admisión a las pruebas de promoción interna en la función pública de ingenieros en posesión de cualificaciones profesionales obtenidas en otro Estado miembro al reconocimiento académico de dichas cualificaciones.

D) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

En relación con esta libertad comunitaria, el Tribunal de Justicia ha dictado dos SSTJCE de 11 de septiembre de 2008, As. 11/07 y C-43/07, en las que se declara que la libre circulación de capitales se opone a una normativa nacional, relativa al cálculo de los impuestos de sucesiones y de transmisiones patrimoniales sobre un bien inmueble situado en un Estado miembro, que no prevé ciertas deducciones fiscales cuando el causante residía en el momento de su fallecimiento en otro Estado miembro, mientras que la deducibilidad mencionada sí que es posible en caso de que el causante en cuestión residiese, en el momento de fallecer, en el Estado en el se encuentra el bien inmueble objeto de la herencia.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**Sumario:**

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de inconstitucionalidad. a) Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional por el Senado (artículos 159.1 CE y 184.7 RS): El procedimiento previsto en el artículo 184.7 RS, que prevé la participación de las Asambleas autonómicas, no priva al Senado de las facultades que le otorga la Constitución. B) Cuestión de inconstitucionalidad. C) Recurso de amparo. a) Admisibilidad de la demanda (artículos 49 y 50 LOTC en su redacción dada por la LO 6/2007, de 24 de mayo): La exigencia prevista en el artículo 49.1 *in fine* LOTC de que en la demanda de amparo se justifique la especial trascendencia constitucional del recurso es insubsanable. b) Legitimación activa de sujetos jurídico-públicos [artículos 162.1.b) CE y 46.1 LOTC]: Los sujetos jurídico-públicos tienen legitimación activa para recurrir en amparo si defienden un interés legítimo, como es el mantenimiento del orden público en su territorio. c) Recursos de amparo mixtos (artículos 43 y 44 LOTC): La doctrina más reciente del Tribunal Constitucional consolida la práctica de examinar en primer lugar la vulneración imputada a la Administración. **3. Distribución de competencias.** A) Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum (artículo 149.1.32ª CE): referéndum es toda consulta cuyo objeto se refiere al parecer del cuerpo electoral y se exterioriza a través de un procedimiento electoral.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de julio y septiembre de 2008. Se incluye una importante Sentencia relacionada con la participación de las asambleas autonómicas en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional. La STC 101/2008, de 24 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma del Reglamento del Senado y complementa la STC 49/2008 (comentada en el número 41 de esta Revista).

En cuanto a la sección “procesos constitucionales” hay que destacar el ATC 188/2008, de 21 de julio, por ser el primero en el que el Tribunal Constitucional aplica el nuevo régimen de admisión de los recursos de amparo.

El Tribunal Constitucional ha dictado tan sólo una Sentencia relacionada con la distribución de competencias. Es la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la consulta popular convocada por el *Lehendakari* Ibarretxe. La Sentencia tiene interés por ser una de las pocas ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha entrado a analizar con cierto detalle la atribución de la soberanía nacional al pueblo español (artículo 1.2 CE) y los instrumentos de democracia directa.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

a) Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional por el Senado (artículos 159.1 CE y 184.7 RS): El procedimiento previsto en el artículo 184.7 RS, que prevé la participación de las Asambleas autonómicas, no priva al Senado de las facultades que le otorga la Constitución

La STC 101/2008, de 24 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta y un Senadores del Grupo Parlamentario Popular contra el nuevo apartado 7 del artículo 184 del Reglamento del Senado introducido por la Reforma de dicho Reglamento aprobada el 21 de noviembre de 2007. El precepto recurrido se conecta con lo previsto en el artículo 16.1 LOTC, reformado por LO 6/2007, de 24 de mayo, precepto que ya fue objeto de otro recurso de inconstitucionalidad resuelto mediante la STC 49/2008, de 9 de abril, comentada en el número 41 de esta Revista. El artículo 184.7 RS establece el procedimiento mediante el cual el Senado elegirá a los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde proponer, de acuerdo con el artículo 159.1 CE, y posibilita la participación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en dicha elección, según establece el artículo 16.1 LOTC reformado. Este procedimiento se articula en dos fases: en la primera, cada una de las Asambleas autonómicas propone al Senado dos candidatos a Magistrados y, en la segunda fase, la Comisión de Nombramientos del Senado eleva al Pleno una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. El último inciso del artículo 184.7 RS establece: “Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos”.

Los recurrentes alegan que el nuevo precepto del Reglamento del Senado desapodera a dicha Cámara de la facultad de elegir cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, otorgada por el artículo 159.1 CE, y que contradice, además, los artículos 72.1, 165 y otros de la Norma Fundamental. El Tribunal se remite a su Sentencia 49/2008, ya citada, en lo que se refiere a

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

los reproches de inconstitucionalidad que son los mismos que allí se analizaron referidos al artículo 16.1 LOTC y pasa a examinar las alegaciones de los recurrentes relativas específicamente al artículo 184.7 RS.

El Tribunal comienza recordando que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, una norma con rango de ley no debe ser declarada inconstitucional si puede ser interpretada conforme a la Constitución y concluye desestimando el recurso y afirmando que el precepto impugnado no es contrario al artículo 159.1 CE siempre que sea interpretado en el sentido expresado en los Fundamentos Jurídicos 9º y 10º de la Sentencia que comentamos. En estos fundamentos jurídicos analiza el último inciso del artículo 184.7 RS transcrito y se centra en la interpretación de la frase: “Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes”, circunstancia que posibilita el que la Comisión de Nombramientos eleve al Pleno del Senado una propuesta con otros candidatos distintos a los propuestos por las Comunidades Autónomas.

El Tribunal sostiene que el adjetivo “suficientes”, referido al número de candidaturas presentadas por las Asambleas autonómicas, no tiene un significado meramente cuantitativo, en el sentido de que éstas hayan propuesto un número de candidatos inferior al de las vacantes a cubrir, circunstancia posible aunque improbable. El significado es también cualitativo, es decir, que si alguna o todas las candidaturas presentadas por las Asambleas autonómicas no reúnen los requisitos exigidos por la Constitución en su artículo 159.2 o incluso si, reuniendo estos requisitos, no son consideradas idóneas por la Comisión de Nombramientos, el artículo 184.7 RS habilita a ésta a proponer nuevos candidatos. Lo mismo sucedería si es el Pleno del Senado el que no considera idóneos a alguno o a todos los candidatos propuestos por las Comunidades Autónomas, lo que se reflejaría en la circunstancia de que éstos no alcanzasen la mayoría de tres quintos exigida por el artículo 159.1 CE.

De esta forma, considera el Tribunal que queda salvaguardada la facultad que la Constitución atribuye al Senado de elegir cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional y que, por tanto, así hay que interpretar el último inciso del artículo 184.7 RS. No hay, pues, tacha de inconstitucionalidad en el precepto impugnado. Se ha hecho una interpretación de la disposición impugnada que parece no coincidir con la “voluntad del legislador”, con la finalidad de salvar la constitucionalidad de la reforma del Reglamento del Senado.

Los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Javier Delgado Barrio y D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez formulan sendos Votos Particulares discrepantes con el parecer mayoritario del Tribunal en los que consideran que el precepto impugnado debió ser declarado inconstitucional por privar al Senado de la plena libertad de elegir entre el amplio círculo de juristas definido en el artículo 159.2 CE para someterle a las propuestas hechas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, que constitucionalmente no tienen atribuida facultad alguna en el proceso de selección de Magistrados del Tribunal Constitucional.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa sobre la cuestión de inconstitucionalidad en las Sentencias dictadas este trimestre.

C) Recurso de amparo**a) Admisibilidad de la demanda (artículos 49 y 50 LOTC en su redacción dada por la LO 6/2007, de 24 de mayo): La exigencia prevista en el artículo 49.1 in fine LOTC de que en la demanda de amparo se justifique la especial trascendencia constitucional del recurso es insubsanable**

El ATC 188/2008, de 21 de julio, es el primero en el que el Tribunal Constitucional aplica la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, en lo que se refiere al régimen de admisión de los recursos. Esta Resolución inadmitió un recurso de amparo interpuesto contra el Auto de 23 de noviembre de 2007 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordó el ingreso en prisión del recurrente a efectos de su entrega a Francia, con motivo de la orden europea de detención y entrega.

El Tribunal comienza recordando que este recurso había sido interpuesto tras la entrada en vigor de la LO 6/2007, por lo que le resultaba de aplicación lo dispuesto en la nueva redacción de los artículos 49 y 50 LOTC. La novedad, según expone el Tribunal, supone una inversión del juicio de admisibilidad ya que “se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado”, por lo que el examen consiste, materialmente, en la “comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso”. En suma, la LO 6/2007 trata de establecer un régimen de admisión “en positivo” en el que la regla sea la inadmisión y la excepción, la admisión a trámite. Por ello, el artículo 49.1 LOTC in fine establece que “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”.

Con respecto a esta exigencia de la demanda (que es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental), el Tribunal Constitucional afirma expresamente que se trata de un requisito insubsanable, “cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007”. Entender lo contrario supondría, a juicio del Tribunal, desconocer que la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo. De todas formas, advierte el Tribunal que, aún en el caso de que la demanda cumpla con el requisito del artículo 49.1 in fine LOTC, corresponde al propio Tribunal apreciar si el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo. En este caso, comoquiera que la demanda en cuestión no contenía argumentación expresa destinada a cumplir la carga, establecida en el segundo inciso del artículo 49.1 LOTC, de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, el Tribunal concluye inadmitiéndola a trámite mediante el ATC comentado.

Aún es pronto para evaluar la utilidad de la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007 en lo que se refiere al trámite de admisión del recurso de amparo. La finalidad de esta reforma era aliviar la carga de trabajo del Tribunal, reforzando el carácter objetivo del recurso de amparo y otorgando mayores facultades al Tribunal para seleccionar los asuntos sobre los que va

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

a conocer, aligerando el trámite de admisión de forma que la regla sea la inadmisión a trámite y la excepción la admisión, que sólo se dará en los casos que revistan “especial trascendencia constitucional”. Para ello, el artículo 50.3 LOTC reformado establece que la inadmisión se realizará mediante “providencia”, en la que sólo se especificará el requisito incumplido, liberando al Tribunal, de esta forma, de la carga de argumentar la inadmisión.

Sin embargo, desde el ATC 188/2008 que comentamos, han sido varios los Autos dictados por el Tribunal en los que se acuerda la inadmisión motivada de un recurso de amparo. Ya la reforma de la LOTC operada por LO 6/1988, de 21 de junio, permitía la inadmisión de los recursos de amparo mediante providencia aunque la práctica del Tribunal convirtió en regla la inadmisión motivada mediante Auto. Cabe preguntarse si volverá a suceder lo mismo con la reforma de la LO 6/2007.

b) Legitimación activa de sujetos jurídico-públicos [artículos 162.1.b) CE y 46.1 LOTC]: Los sujetos jurídico-públicos tienen legitimación activa para recurrir en amparo si defienden un interés legítimo, como es el mantenimiento del orden público en su territorio

La **STC 85/2008, de 21 de julio**, resuelve el recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de Lena (Asturias) contra la Sentencia de 7 de julio de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que inadmitió el recurso interpuesto por este Ayuntamiento contra las actuaciones del Ayuntamiento de Quirós (que había realizado determinadas aprehensiones –“prindajes”– de varias caballerizas que pertenecían a ganaderos vecinos del Ayuntamiento de Lena). El Ayuntamiento recurrente alega vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al habersele impedido obtener una resolución judicial de fondo.

Vuelve a plantearse aquí la cuestión de la legitimación activa de un sujeto jurídico-público para interponer un recurso de amparo, cuestión analizada en varias Sentencias del Tribunal Constitucional (vid. las comentadas en el número 40 de esta Revista) sin que éste haya elaborado una doctrina clara sobre en qué casos los sujetos jurídico-públicos están legitimados para recurrir en amparo y en qué casos carecen de esta legitimación. En esta Sentencia, el Tribunal parece conectar la legitimación para recurrir en amparo del Ayuntamiento de Lena con la defensa de los intereses de sus vecinos. Así, afirma literalmente: “A la vista de las concretas circunstancias del presente caso, no puede considerarse irrazonable que el Ayuntamiento, en el ejercicio de sus competencias, ostenta un interés legítimo en el mantenimiento del orden público en su territorio y, por ello, cabe entender que al impugnar una vía de hecho consistente en determinados ‘prindajes’, el interés del municipio recurrente no se limita exclusivamente a la cesación de dicha actuación concreta, sino que, más allá del fallo, se persigue la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión que contribuya a solucionar los continuos problemas que afectan a la mayoría de sus vecinos”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional concede el amparo y reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) del Ayuntamiento de Lena, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno para que el órgano judicial contencioso-administrativo dicte la resolución que proceda.

c) Recursos de amparo mixtos (artículos 43 y 44 LOTC): La doctrina más reciente del Tribunal Constitucional consolida la práctica de examinar en primer lugar la vulneración imputada a la Administración

Las SSTC 87/2008, de 21 de julio y 113/2008, de 13 de septiembre, resuelven sendos recursos de amparo mixtos en los que el recurrente se queja de dos tipos de vulneraciones de sus derechos fundamentales: las que atribuye inicialmente a la Administración, reguladas en el artículo 43 LOTC y las que imputa a la actividad judicial posterior promovida por él contra la resolución administrativa (artículo 44 LOTC). En el caso de la STC 87/2008 el recurrente había alegado vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la igualdad de acceso a los cargos públicos y en la demanda resuelta por la STC 113/2008 se había alegado violación de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la tipicidad penal.

Si bien, según la doctrina clásica del Tribunal Constitucional, la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo obligaba a comenzar el estudio de las vulneraciones alegadas por el demandante por aquella que, de estimarse, conduciría a la retroacción de las actuaciones, esto es, por la vulneración atribuida a los tribunales ordinarios (STC 297/2005, de 21 de noviembre, comentada en el número 31 de esta Revista), las Sentencias más recientes que resuelven recursos de amparo mixtos se decantan por la solución contraria. En efecto, en las SSTC 307/2006, de 23 de octubre y 62/2007, de 27 de marzo, comentadas en los números 35 y 36 de esta Revista, el Tribunal comenzó su análisis por las vulneraciones imputadas a la Administración considerando que, de otra forma, se produciría un efecto retardatario en la protección que debía otorgarse al recurrente. Esta solución parece consolidarse en las SSTC 87 y 113/2008, que ahora comentamos. En la segunda de estas Sentencias la razón alegada es, una vez más, no retrasar indebidamente la tutela que ha de otorgarse al recurrente (aunque finalmente deniega el amparo en lo que se refiere a la vulneración imputada a la Administración) y en la STC 87/2008 el motivo alegado por el Tribunal es que, puesto que queda claro desde el principio que el acto administrativo no es inconstitucional, no resulta imprescindible comenzar por el análisis de las vulneraciones procesales (en este caso también deniega el amparo).

Puede apreciarse, pues, una modificación de la jurisprudencia constitucional en cuanto al orden de examen de las quejas del recurrente en los recursos de amparo mixtos. Este cambio posibilita una mayor agilidad en la tutela otorgada a los ciudadanos, que evita la retroacción de actuaciones en los casos en que el Tribunal Constitucional puede y debe conceder directamente la protección solicitada.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum (artículo 149.1.32ª CE): referéndum es toda consulta cuyo objeto se refiere al parecer del cuerpo electoral y se exterioriza a través de un procedimiento electoral

La STC 103/2008, de 11 de septiembre, estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política. La Ley pretendía llamar a consulta a los “ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo” sobre el apoyo a un “proceso de final dialogado de la violencia” y al inicio de “un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del pueblo vasco”. El TC declara la inconstitucionalidad de la consulta por vicios de orden competencial, procedimental y sustantivo.

Desde el punto de vista competencial, se analiza si la Ley del Parlamento Vasco invade la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.32^a CE en materia de “autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum”. La discusión jurídica se centra en delimitar el alcance del concepto de referéndum y distinguirlo de otros tipos de consulta popular. El criterio que utiliza el TC es que el referéndum es aquella especie del género consulta popular cuyo objeto se refiere al parecer del cuerpo electoral conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral (basado en el censo, gestionado por la administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas).

La Sentencia fundamenta este criterio en las diferencias que existen entre el referéndum y otras formas de consulta en cuanto a su naturaleza y eficacia jurídica. El referéndum constituye, según el TC, una manifestación del derecho de participación que garantiza el artículo 23.1 CE. La Sentencia recuerda que el referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos que conecta con la idea de democracia política y que es cauce de “conformación y expresión de la voluntad general”. Por el contrario, otras formas de participación no son reconducibles al derecho fundamental del artículo 23.1 CE y son manifestaciones del fenómeno participativo que la constitución promueve en los artículos 9.2, 48, 27 (apartados 5 y 7), 105 y 125 CE. En estas formas de participación “se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral”.

El TC sostiene que nuestra Constitución opta por un sistema de democracia representativa, en el que “la voluntad soberana tiene su lugar natural y ordinario de expresión en las Cortes Generales (artículo 66.1 CE) y las voluntades autonómicas en los respectivos Parlamentos de las Comunidades Autónomas”. Esto justifica que los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos expresamente contemplados en la Constitución. La Constitución impone la convocatoria de referéndum en el caso de la reforma constitucional por la vía del artículo 168 CE y de los procedimientos de elaboración y reforma estatutarios previstos en los artículos 151.1 y 2 y 152.2 CE), mientras que supedita la consulta en referéndum de otras “decisiones políticas de especial trascendencia” a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (artículo 92 CE).

Descendiendo ya al caso concreto, el TC concluye que la consulta convocada por el Parlamento Vasco se ajusta plenamente al concepto de referéndum: se llama a consulta sobre un asunto de manifiesta naturaleza política a los “ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo”, esto es, al cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Además se convoca la consulta a través del procedimiento disciplinado por la Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco, llamada por la Disposición Adicional de la Ley recurrida a regir el desarrollo de la consulta en cuestión. El TC concluye que es claro que la consulta es un referéndum. Se añade que la circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante “resulta de

todo punto irrelevante, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado”.

Tras afirmar la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco, el TC continúa acumulando motivos de inconstitucionalidad. Desde el punto de vista sustantivo, se consideran infringidos los artículos 1.2 y 2 CE, en relación con el artículo 168 CE. De acuerdo con el apartado 1.b) del artículo único de la Ley impugnada se convoca una consulta partiendo del reconocimiento inicial de la existencia del “derecho a decidir del pueblo vasco” con el objetivo de alcanzar un acuerdo en el que se establezcan “las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español”. El TC sostiene que la consulta afecta a los fundamentos del orden constitucional y, en concreto, a la titularidad de la soberanía. Advierte la Sentencia de que “la cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco afecta (artículo 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional”.

Por último, el TC considera que la tramitación de la Ley del Parlamento Vasco también incurrió en un vicio de procedimiento. El proyecto de Ley fue tramitado en lectura única de acuerdo con la especialidad del procedimiento legislativo prevista en el artículo 119 del Reglamento del Parlamento Vasco (RPV). El defecto consiste en que la Ley afecta a materias expresamente excluidas por el artículo 119.3 RPV: derechos fundamentales y régimen electoral. Para el TC resulta evidente la incidencia de la Ley sobre el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos garantizado a los ciudadanos vascos por el artículo 23 CE. La Sentencia destaca que la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo tiene en este caso relevancia desde el punto de vista del valor superior del pluralismo político (artículo 1.1 CE). La infracción del Reglamento del Parlamento Vasco es sustancial porque “se ha impuesto a la Cámara la tramitación de la Ley impugnada a través de un procedimiento en el cual resultan notablemente limitadas las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma”. La tramitación a través del procedimiento de lectura única excepta la posibilidad de presentación de enmiendas.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

RAÚL CANOSA USERA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

ENCARNA CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**Sumario:****1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos**

Humanos. A) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) La expulsión de una persona a un país en el que corra un riesgo real de sufrir torturas vulnera el artículo 3 CEDH. b) Servicio militar, disciplina militar y malos tratos (artículo 3 CEDH) derivados de desafíos físicos lesivos de la dignidad humana. B) Derecho al proceso debido (artículo 6.1 CEDH). a) La participación de los integrantes del tribunal juzgador en actos de instrucción de la causa puede vulnerar el derecho a un juez imparcial. b) La inadmisión de un recurso de casación cinco años después de ser admitido por el Tribunal Supremo vulnera el derecho a un proceso justo. c) Discutible uso de sentencias internas anteriores para concluir la violación del derecho. d) Ejecución de sentencias: la imposibilidad de ejecutar una sentencia en materia urbanística por las actuaciones de las autoridades durante el período de pendencia del proceso constituye una violación del artículo 6.1. e) Igualdad de armas de las partes y derecho a un proceso contradictorio en los procesos constitucionales: inadmisión de recursos de amparo con audiencia únicamente de una de las partes. f) Las garantías del proceso no se extienden al funcionamiento interno de las confesiones religiosas. g) Duración de los procedimientos y remedio efectivo en el orden interno. C) Principio de legalidad penal (artículo 7). a) Crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. *Nullum crimen sine lege* en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario anterior a 1946. Voto particular. b) Crímenes contra la humanidad: represión durante la dictadura comunista: ausencia de previsibilidad de que la conducta era constitutiva de un crimen contra la humanidad según la normativa internacional. D) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8). a) Secreto profesional de los abogados: especiales garantías. b) Derecho al nombre y derecho a la vida privada y familiar. E) Libertad religiosa (artículo 9). La falta de reconocimiento legal de los Testigos de Jehová durante más de 20 años constituye lesión del derecho a la libertad religiosa.

F) Libertad de expresión (artículo 10). a) Veracidad en la información: difíciles criterios para establecerla. b) Límites a la libertad de expresión: criminalización del uso de símbolos totalitarios (estrella roja de cinco puntas). G) Derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo adicional núm. 1). a) Derecho a la educación y discriminación por razón de origen étnico. H) Derecho a unas elecciones libres (artículo 3 Protocolo 1): Cláusulas de barrera legal, inscripción previa de los votantes, juntas y comisiones electorales: la tímida revisión del sistema y procedimiento electorales a la vista de las exigencias del artículo 3 del Protocolo 1. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

A) Igualdad (artículo 14 CE). a) Igualdad ante la ley: situaciones heterogéneas en el despido improcedente generadas por el derecho de opción del empresario. b) Igualdad ante la ley: diferenciación de sexos en tipo penal. B) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24). a) Dilaciones debidas a deficiencias estructurales de la Administración de Justicia. b) La falta de apreciación de la prescripción penal por deberse la inactividad procesal que la sustenta a la sobrecarga de trabajo, sin motivación concreta alguna, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. c) La exigencia jurisprudencial de comunicación del embarazo por la trabajadora al empresario para que se active la protección legal cuando la ley no prevé tal requisito es contraria al derecho. d) Se vulnera el derecho cuando se archiva una causa judicial por torturas policiales sin llevar a cabo previamente una investigación eficaz y agotadora. C) Derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE). a) El derecho a la libertad sindical queda menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza (garantía de indemnidad sindical). b) En el contexto de un conflicto laboral, la libertad de expresión puede ampliarse. Términos o expresiones que en otras situaciones pudieran reputarse como impertinentes o innecesarias son protegidas por la libertad de expresión [artículo 28.1 CE en relación con el artículo 20.1.a) CE]. **4. Tribunal Supremo.** A) Extranjeros. a) Estatuto de apátrida y saharauis. b) Nacionalidad y buena conducta cívica: fórmulas de certificación. c) Derecho de asilo: denegación pero autorización de la permanencia en España. B) Derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE). a) La publicación incontestada de la imagen de un sujeto no viola el derecho a la propia imagen si ya dio el consentimiento para la publicación en un medio distinto. b) La publicación incontestada de la imagen de una persona con proyección pública en un lugar privado viola el derecho a la propia imagen. C) Derecho

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

al honor (artículo 18.1 CE). a) Derecho al honor y libre crítica en el mercado libre empresarial. b) La atribución de la condición de “familiar de terrorista de ETA” viola el derecho al honor. D) Protección de datos: anotación marginal de apostasía en partida de bautismo. E) Acceso a la función pública. a) deber de acatamiento de la Constitución. b) Acceso a Función Pública y principio de igualdad.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La presente crónica recoge la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en materia de derechos fundamentales durante los meses de julio, agosto y septiembre.

De la jurisprudencia europea conviene destacar la condena en dos casos a España por infracción de dos aspectos del artículo 6 CEDH en los casos Gómez de Liaño (**Gómez de Liaño y Botella c. España, de 22 de julio de 2008**) y Atucha (**Barrenechea Atucha c. España, de 22 de julio de 2008**). Igualmente interesante es la jurisprudencia dictada respecto a la compatibilidad entre el Convenio y la condena por actos contrarios al Derecho Internacional Humanitario (crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) cometidos hace tiempo (1944 y 1956) en el que el TEDH declara la violación del artículo 7 del CEDH (*nullum crimen sine lege*) dada la falta de previsibilidad de las sanciones penales por los actos cometidos en el momento en que tales actos se llevaron a cabo.

De la jurisprudencia española resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008 en la que se declara la inaplicabilidad de la LOPDCP a los registros eclesiásticos de bautismos, en particular respecto a la inscripción de la apostasía. Igualmente conviene destacar que durante este período la Sala de lo Civil del TS ha resuelto 31 asuntos en los que se planteaban supuestos de colisión entre los derechos reconocidos en el artículo 18 CE y las libertades de expresión e información.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el trimestre estudiado, continúan las condenas a Turquía como consecuencia de la vulneración de derechos en el contexto de la lucha contra el terrorismo kurdo, por ejemplo, en el Asunto **Habip Çiftici, de 23 de septiembre de 2008**. Hay también varios casos de condenas a Rusia relacionadas con la guerra en Chechenia, entre las que destacan **Takhayeva y otros, de 18 de septiembre de 2008**, y **Akhmadova y otros, de 25 de septiembre de 2008**, ambos con vulneraciones de los aspectos procedimentales y de fondo del artículo 2 y del 3 respecto a sus familiares, como consecuencia de la desaparición y posterior muerte de personas.

Destaca también la existencia de varios casos en los que se condena por malos tratos, tanto por razones de fondo como procedimentales, debido a su insuficiente investigación, a la policía turca. Entre ellos el asunto **Atalav, de 18 de septiembre de 2008**, en el que el dueño de una

tienda es golpeado y detenido por negarse a borrar una pintada en un muro vecino a favor de un partido político ilegal, el asunto **Dur, de 18 de septiembre de 2008**, con ocasión de la disolución de un mitin de un partido político, y **Türkan, de 18 de septiembre de 2008**, en el contexto de una detención por conducir bajo los efectos del alcohol. Este tipo de condenas se extienden a Rusia (**Nadrusov contra Rusia** y **Vladimir Romanov contra Rusia, ambas de 24 de julio de 2008**) o a Georgia (**Gharibashvili contra Georgia, de 29 de julio de 2008**) tanto para casos de malos tratos como de situaciones con resultado de muerte.

Igualmente continúan las condenas a Rusia por la infracción del artículo 3 como consecuencia de las condiciones de vida en las cárceles.

Un cierto interés presenta el caso **Lexa contra Eslovaquia, de 23 de septiembre de 2008**, en el que el TEDH considera contraria al artículo 5.1 del CEDH la detención del ex Jefe de los servicios de inteligencia de Eslovaquia, con relación a la investigación de un asunto que había sido objeto de una ley de amnistía.

A) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)

a) La expulsión de una persona a un país en el que corra un riesgo real de sufrir torturas vulnera el artículo 3 CEDH

En la **STEDH NA c. Reino Unido, de 6 de agosto de 2008**, el TEDH recuerda su jurisprudencia habitual referida a la eventual vulneración del artículo 3 CEDH que se produciría en caso de expulsión de una persona a un país en el que se teme pueda sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes. Sin embargo, en este caso se plantea una particularidad en la medida en que la orden de expulsión no se había hecho efectiva gracias a una medida cautelar del TEDH y, por tanto, el demandante continuaba en el Reino Unido cuando el TEDH resuelve el asunto. Efectivamente, el demandante era un nacional de Sri Lanka, de etnia tamil, que solicita asilo en el Reino Unido buscando protección frente a las autoridades de su país y los Tigres Tamiles. A pesar de que el demandante había sido detenido hasta en seis ocasiones por las autoridades del país y de que había sufrido torturas en varias de sus detenciones, las autoridades británicas consideraron que no procedía concederle el estatus de refugiado, planteándose así la expulsión a su país de origen. A fin de resolver sobre la eventual vulneración del artículo 3 CEDH en un litigio como el estudiado, el TEDH recuerda que, para que se produzca la violación del artículo 3 CEDH en un caso como el analizado, es necesario que haya motivos serios para pensar que la persona afectada sería expuesta a un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH en caso de ser expulsada. La existencia de ese riesgo real ha de ser probada por el afectado, pero los datos a tener en cuenta serán aquellos que se refieran a la situación del país en el momento en que la demanda es analizada por el TEDH. Teniendo en cuenta todos estos elementos, el TEDH considera que a la luz de la información sobre el país de origen proporcionada por diversos organismos internacionales y reputadas ONG y del perfil de demandante, cabe afirmar que sí existen motivos serios para creer que, en caso de ser expulsado, se le situaría en un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH, por lo que su expulsión al país de origen sería contraria a ese derecho. Se condena así al Reino Unido, aun a pesar de que la orden de expulsión no había sido ejecutada, poniéndose nuevamente de manifiesto que el CEDH protege derechos reales y efectivos y no meramente ilusorios.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

b) Servicio militar, disciplina militar y malos tratos (artículo 3 CEDH) derivados de desafíos físicos lesivos de la dignidad humana

Una llamada de atención a los excesos disciplinarios en las fuerzas armadas es **Chember contra Rusia, de 8 de julio de 2008**. El TEDH establece un muy razonable límite a los desafíos físicos excesivos dentro del servicio militar como parte de tradiciones amparadas por la disciplina militar: no deben minar la dignidad humana y poner en peligro la salud y el bienestar de los reclutas. Se trataba de un soldado con las rodillas en mal estado al que, con la pasividad de un oficial conocedor de la enfermedad, otro le obliga como sanción disciplinaria por desobediencia a hacer 350 flexiones de rodilla; a consecuencia del esfuerzo, cae desplomado al suelo y, tras el tratamiento médico, acaba siendo declarado incapaz.

B) Derecho al proceso debido (artículo 6.1 CEDH)

a) La participación de los integrantes del tribunal juzgador en actos de instrucción de la causa puede vulnerar el derecho a un juez imparcial

La STEDH **Gómez de Liaño y Botella c. España, de 22 de julio de 2008**, condena a España por violación del derecho a un juez imparcial, reconocido en el artículo 6 CEDH. La condena tiene su origen en la causa por prevaricación abierta contra el juez Gómez de Liaño tras su intervención en el asunto Sogecable. El TEDH se centra en analizar si la Sala del TS que condenó al juez por haber cometido un delito de prevaricación podía considerarse un tribunal imparcial, tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el punto de vista objetivo. Desde esta última lógica, el TEDH considera que las dudas sobre la parcialidad del tribunal juzgador que albergaba el demandante estaban objetivamente justificadas en cuanto todos sus componentes habían participado en anteriores actos de instrucción de la causa, pronunciándose en uno de ellos (la resolución por la que se confirmaba el auto de imputación), en términos que parecían dar a entender que los miembros del tribunal ya se habían hecho una opinión sobre la existencia de indicios referidos al delito y sobre la eventual culpabilidad del recurrente.

b) La inadmisión de un recurso de casación cinco años después de ser admitido por el Tribunal Supremo vulnera el derecho a un proceso justo

La STEDH **Barrenechea Atucha c. España, de 22 de julio de 2008**, condena también a España por violación del derecho a un proceso equitativo. En este caso, la condena tiene su origen en una sentencia del TS por la que el Alto Tribunal habría inadmitido un recurso de casación interpuesto por el recurrente, fundando su decisión en el hecho de que el recurso no justificaba suficientemente que la violación de ciertas disposiciones legales hubiera tenido un papel determinante en la motivación de la sentencia que se recurría. Señala el TEDH que, en el presente asunto, el TS realizó una interpretación particularmente rigurosa de la legislación procesal en la medida en que el demandante explicitaba en su recurso de casación los hechos pertinentes así como las disposiciones legales que se consideraban vulneradas. Además, añadía el TEDH, había de tenerse en cuenta que la sentencia litigiosa había resuelto la inadmisibilidad del recurso cinco años después de que el propio TS lo hubiera admitido y sin permitir al recurrente contestar las dudas que recaían sobre su

eventual inadmisibilidad, aun a pesar de que la otra parte en el litigio sí tuvo oportunidad de hacerse oír sobre la cuestión.

c) Discutible uso de sentencias internas anteriores para concluir la violación del derecho

En el asunto **Melich y Beck contra la República Checa, de 24 de julio de 2008**, se resuelve un supuesto de presunción de inocencia y derecho a un juicio equitativo como consecuencia de una sanción impuesta a los dos recurrentes tras un enfrentamiento con la policía casi 10 años antes. En primer término la sanción impuesta a los recurrentes fue anulada por el Tribunal Constitucional checo como consecuencia de las infracciones cometidas durante la investigación y el juicio del caso al haberse ocultado información a los recurrentes y sobre todo por no haberse probado suficientemente su culpabilidad. Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional el reinicio de las actuaciones procesales contra los recurrentes llevó a una nueva condena que es el objeto del presente recurso tras haber sido rechazado el recurso ante el Tribunal Constitucional. El TEDH recuerda que no es un tribunal de apelación y por tanto su intervención ha de estar limitada a una apreciación del procedimiento interno desde una perspectiva global y en concreto si el procedimiento (incluida la presentación de los medios de prueba) es equitativo y justo. En tal sentido se apoya en los errores detectados por el Tribunal Constitucional checo en su primera decisión sobre el caso (de 4 de octubre de 2001) para concluir que en el segundo procedimiento (posterior a la citada sentencia) no se subsanaron suficientemente los errores del primero lesionándose con ello el artículo 6.1, 6.2 y 6.3.d) del CEDH. Lo más destacable de este caso es que, por una parte, el TEDH suple la imposibilidad de valorar en concreto cada uno de los aspectos procesales del caso (porque obviamente no puede convertirse en un tribunal de instancia) utilizando al Tribunal Constitucional interno y a su apreciación de la presencia de irregularidades procesales en su primera decisión; sin embargo, obvia que en la segunda decisión de éste (tras el nuevo proceso incoado como consecuencia de su anterior sentencia) el Tribunal constitucional checo sí había considerado conforme a las garantías procesales constitucionales el segundo procedimiento. Esto es, el TEDH usa la primera resolución interna y obvia la segunda sin que quede claro al lector los motivos por los que realiza tal argumentación.

d) Ejecución de sentencias: la imposibilidad de ejecutar una sentencia en materia urbanística por las actuaciones de las autoridades durante el período de pendencia del proceso constituye una violación del artículo 6.1

En **Vidal Escoll y Guillan González contra Andorra, de 29 de julio de 2008**, el TEDH se enfrenta a un curioso caso de falta de ejecución de sentencia. Se trata de un complejo asunto urbanístico en el que tras una larga batalla judicial ganada por los recurrentes finalmente ante el Tribunal Constitucional andorrano resulta imposible ejecutar como consecuencia de las actuaciones urbanísticas (una regularización acordada *a posteriori* por el Consejo General) producidas durante el período de pendencia del proceso. A juicio del TEDH ésta no es una situación que pudiera justificarse por circunstancias excepcionales lo que, unido al hecho de que las autoridades andorranas no habían reconocido una indemnización a los recurrentes ante la imposibilidad de ejecutar la sentencia, lleva a condenar a las autoridades nacionales.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

e) Igualdad de armas de las partes y derecho a un proceso contradictorio en los procesos constitucionales: inadmisión de recursos de amparo con audiencia únicamente de una de las partes (artículo 6 CEDH)

Puede tener un relativo interés en España, después de la reforma del recurso de amparo operada en la LOTC, pero –como se verá– limitado, el **Caso Vokoun contra la República Checa, de 3 de julio de 2008**, donde el actor planteó una demanda civil en relación con la propiedad de unos inmuebles que fue desestimada. Finalmente, intentó un recurso de casación alegando que se trataba de una cuestión jurídica de importancia crucial. Recurso que fue inadmitido, promoviendo entonces el actor un amparo constitucional frente a la inadmisión de la casación por falta de motivación e invocando el artículo 6 CEDH. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por falta manifiesta de fundamento.

El demandante acude en amparo ante el TEDH aduciendo su derecho a un proceso contradictorio toda vez que el Tribunal Constitucional tomó su decisión tras dar audiencia al Tribunal Supremo, pero sin oír al recurrente. La Corte de Estrasburgo recuerda que es de aplicación el artículo 6 CEDH a los procesos constitucionales, cuestión de la que ya había notorios precedentes, y resuelve que la noción de proceso equitativo comprende el derecho a un proceso contradictorio, que implica el derecho de las partes a dar a conocer los elementos que estiman necesarios para la defensa de sus pretensiones, así como a tener conocimiento de todo documento presentado en el proceso y que pueda influir en la decisión con el fin de poder discutirla. A la vista de la incidencia en la decisión de los comentarios elevados por el Tribunal Supremo, esta doctrina exige que el recurrente hubiera tenido la posibilidad de responderlos y someterlos a contradicción.

No obstante, para tranquilidad del legislador español de los procesos constitucionales conviene recordar que el nuevo trámite de inadmisión de las demandas de amparo previsto en el artículo 50 de la LOTC, tras la reforma de 2007, no prevé dar audiencia ni al demandante ni al demandado y el juicio de inadmisión por la falta de trascendencia constitucional se produce exclusivamente sobre la demanda. Y la jurisprudencia constitucional ya ha entendido como insubsanable no satisfacer la carga del actor de acreditar la trascendencia constitucional de la demanda.

f) Las garantías del proceso no se extiende al funcionamiento interno de las confesiones religiosas

Es de destacar el curioso asunto **Ahtinen contra Finlandia, de 23 de septiembre de 2008**, en el que un pastor de la Iglesia Evangélica Luterana, que es una confesión con especiales relaciones con el Estado en ese país, hasta hace unos pocos años religión oficial del Estado. El pastor pretende la revisión de la decisión de traslado de su diócesis, adoptada por las autoridades eclesiásticas, sin oír al afectado y por un órgano que considera no imparcial. El TEDH considera que no existe un derecho en el sentido del artículo 6.1 del CEDH que sea aplicable al caso.

g) Duración de los procedimientos y remedio efectivo en el orden interno

La **STEDH Kaic y otros c. Croacia, de 17 de julio de 2008**, condena a Croacia por violación de los artículos 6 y 13 CEDH al considerar que el ordenamiento interno no fue capaz de proveer

a los demandantes de un remedio efectivo frente a la violación del derecho a un juicio justo que se habría producido por el retraso injustificado en la resolución de un procedimiento judicial. La condena trae causa de los siguientes hechos: en 1994 los demandantes inician un procedimiento civil ante los órganos jurisdiccionales croatas, que es resuelto en primera instancia en el año 2003 y en apelación en 2004. En el año 2005, el Tribunal Constitucional croata consideró que la excesiva duración del procedimiento había derivado en una violación del derecho a un juicio justo, reconoció el derecho de los recurrentes y fijó una compensación de un poco más de 500 euros, que el tribunal de apelación debía hacer efectivo en un plazo no superior a seis meses. A pesar de la fijación de tal plazo, el pago se hizo efectivo un año después de la sentencia del Tribunal Constitucional. Analizadas las circunstancias del caso, el TEDH considera que la reducida cantidad compensatoria fijada por el Tribunal Constitucional, unida a la tardía ejecución de su sentencia, determinaron la violación del artículo 13 CEDH en la medida en que la sentencia constitucional no podía considerarse un remedio efectivo ante la violación de uno de los derechos reconocidos por el Convenio. Es de reseñar, no obstante, que la compensación acordada por el TEDH no es muy superior a la acordada en vía interna, apenas 1.350 euros.

C) Principio de legalidad penal (artículo 7)

Resulta curioso que en este trimestre dos supuestos (uno en Gran Sala) analizan los problemas derivados de la aplicación de determinados aspectos del Derecho Internacional Humanitario a acontecimientos lejanos en el tiempo. El TEDH aparentemente adopta una posición restrictiva respecto a la condena penal por este tipo de comportamientos a partir de la idea de que la tipicidad de las conductas no eran suficientemente claras como para cumplir con el principio *nullum crimen sine lege*. Se trata de decisiones fuertemente contestadas en el seno del TEDH y que pueden tener interés en el contexto español actual de posible reapertura de causas vinculadas a la Guerra Civil.

a) Crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. *Nullum crimen sine lege* en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario anterior a 1946. Voto particular

El primero de los asuntos es **Kononov contra Letonia, de 24 de julio de 2008**, donde se plantea un complejo y, en muchos sentidos, emotivo caso vinculado al artículo 7 CEDH (*nullum crimen sine lege*) en el que entran en juego un conjunto de textos internacionales de Derecho Internacional Humanitario y de su interpretación realmente interesantes. El supuesto es la condena al recurrente por unos hechos acaecidos en 1944 en los que la partida guerrillera contra la ocupación nazi liderada por él llevó a cabo una acción de represalia en un pueblo letono contra diversos civiles que habían denunciado a componentes de la partida ante el ejército alemán causando la captura de algunos guerrilleros (12 guerrilleros, entre ellos dos mujeres y un niño pequeño). Como consecuencia de esta acción represiva fueron ejecutadas seis personas, dos mujeres fueron heridas y tres personas más murieron en el incendio provocado por la partida. El recurrente es condenado por estos hechos en 2003 (tras un infructuoso proceso en su contra en 1998) como autor de crímenes de guerra según el Código Penal letón. El TEDH se centra en determinar no la culpabilidad del recurrente, sino si los hechos por los que

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

es condenado en 2003 eran constitutivos de delito en el momento en que acaecieron (1944). Dos de los tratados internacionales del Derecho de la guerra utilizados por los tribunales letones para justificar la condena entraron en vigor después de la fecha de comisión de los hechos sin que contuvieran ningún tipo de norma respecto a su aplicación retroactiva por lo que no podían ser aplicados al caso. Sólo la Convención de La Haya de 1907 estaba en vigor, aunque no había sido ratificada por Letonia ni por Rusia. Pese a todo, el TEDH considera aplicable esta convención en la medida en que recoge las reglas consuetudinarias fundamentales reconocidas por la comunidad internacional en la materia. Por ello para el TEDH el recurrente debería haber sido consciente de estas reglas en el momento en que se produjeron los hechos. El TEDH se centra en determinar si los hechos constituyeron una infracción de las normas y costumbres de la Guerra tal y como estaban codificadas en la citada convención. En tal sentido tras examinar las decisiones de los tribunales internos, los hechos considerados probados y la normativa incluida en la Convención concluye que no existe base jurídica suficiente para condenar al recurrente por no ser sus acciones constitutivas de un crimen de guerra tal y como se definía en la citada Convención y, por tanto, no ser para él previsibles las eventuales consecuencias penales de sus actos. Respecto a la muerte de las mujeres durante la acción militar el TEDH considera que los tribunales internos no demuestran si éstas habían sido consideradas combatientes enemigas o no por la partida guerrillera ni tampoco si había sido una consecuencia no deseada por el recurrente (por extralimitación de sus subordinados). Por todo ello, concluye el TEDH el recurrente no podía haber previsto en 1944 que sus actos constituirían un crimen de guerra y que en 2004 el Derecho interno no puede servir de base para su condena porque ello infringiría el artículo 7 CEDH.

Frente a esta decisión (adoptada por 4 votos contra 3) se alcanzan dos votos particulares. En particular el suscrito conjuntamente por los tres magistrados discrepantes (al que se une una opinión concurrente y otra disidente complementaria del suscrito en común) constituye un ejemplo más acabado, a juicio de quienes suscriben esta crónica, de interpretación en un tema tan complejo como el debatido en el juicio. Sus sugerentes apartados son más cuidadosos que el texto de la sentencia con la necesaria interpretación sistemática y dialógica de los diferentes sectores del ordenamiento objeto de discusión (Derecho Internacional Humanitario anterior a la segunda Guerra Mundial; Derecho Internacional Humanitario posterior a la segunda Guerra Mundial; Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Derecho Interno Represor de Crímenes de Guerra) y apunta posibles vías futuras de interpretación en estas materias mucho más ricas y matizadas que la adoptada en la sentencia. Sea como fuere, en una decisión en la que no está clara cuál sea la posición más correcta, su llamamiento a que la cuestión hubiera sido decidida en una Gran Sala parece absolutamente justificada. La importancia del caso desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista de la gravedad de los hechos enjuiciados habría merecido indudablemente su consideración por una Gran Sala puesto que el segundo de los supuestos planteados en este tema, sí resuelto por una Gran Sala, no suscita las mismas cuestiones jurídicas.

b) Crímenes contra la humanidad: represión durante la dictadura comunista: ausencia de previsibilidad de que la conducta era constitutiva de un crimen contra la humanidad según la normativa internacional

El segundo de los asuntos estudiados es **Korbely contra Hungría, de 18 de septiembre de 2008**, en la que el TEDH parece introducir ciertas matizaciones a la doctrina sentada en **K H W**

y Strelitz. Kessler y Krenz, ambas contra Alemania y de 22 de marzo de 2001 ya comentadas en esta Revista¹.

El recurrente era capitán del ejército durante la sublevación húngara de 1956 y dirigió el asalto a una comisaría que habían tomado los sublevados, asalto en el que se produjeron varios muertos, entre ellos el líder del grupo que se había rendido pero escondía una pistola. En 1993 el Parlamento húngaro declara imprescriptibles los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, y el recurrente es inculcado en 1994. Tras numerosos incidentes procesales acaba siendo condenado, el 22 de septiembre de 2003, a 5 años de cárcel por homicidio múltiple, lo que los tribunales húngaros consideran crímenes contra la humanidad del artículo 3.1 de la Convención de Ginebra de protección de las personas civiles durante la guerra.

Alega vulneración del principio de legalidad (artículo 7 del CEDH) y el Tribunal analiza el asunto desde el punto de vista de si, en el momento en el que sucedieron los hechos, la acción del interesado constituía una infracción definida con suficiente accesibilidad y previsibilidad por el derecho interno o la ley internacional como un crimen contra la humanidad.

Afirma que la Convención de Ginebra había sido incorporada al derecho húngaro en 1954, por lo que era un instrumento legal accesible al recurrente, pero que es preciso verificar si era previsible que los actos por los que ha sido condenado fueran calificados de crímenes contra la humanidad, es decir si ese concepto incluía, en 1956, actos como el que ha cometido el recurrente.

Constata que los argumentos jurídicos en ese sentido que aportan los tribunales húngaros son decisiones de tribunales internacionales posteriores a esa fecha (por ejemplo, del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia) y no tienen en cuenta el alcance de ese concepto en 1956 y concluye que no se dan en este asunto alguno de los elementos constitutivos del crimen contra la humanidad, en particular que no hay un “ataque masivo y sistemático a la población civil” sino una acción de represión de un grupo concreto que había tomado una comisaría, y, por otra parte, que no se puede considerar no combatiente al líder del grupo que había tomado la comisaría, en cuanto escondía una pistola.

En definitiva, que en esas circunstancias no podía considerarse previsible que esos actos constituyesen crímenes contra la humanidad en el sentido del derecho internacional, por lo que, por once votos frente a siete, afirma que hay vulneración del principio de legalidad penal. Contiene un voto particular firmado por cinco magistrados en el que se afirma que sí existía el elemento de “ataque masivo y sistemático a la población civil”.

D) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8)

a) Secreto profesional de los abogados: especiales garantías

En **André y otro contra Francia**, de 24 de julio de 2008, el TEDH condena a Francia por violación del artículo 6.1 CEDH (aplicando la misma jurisprudencia que en algunos casos

(1) Para un estudio de estos casos vid. Susana HUERTA TOCILDO: “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal (artículos 7º CEDH y 4º Protocolo 7º)”, en Javier García Roca y Pablo Santolaya (coordinadores) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. CEPC, Madrid, 2005, págs. 465 y ss.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

anteriores) y por violación del artículo 8 como consecuencia de la falta de respeto al secreto profesional de los abogados. En el caso en cuestión los inspectores fiscales entran (con una autorización judicial amplísima) en el Despacho de abogados de los recurrentes para recopilar datos y documentación de uno de sus clientes investigado por fraude fiscal. Al registro acude el Presidente del Colegio de Abogados de Marsella que protesta ante la incautación de algunos de los documentos, pero que carece de poderes reales para impedirlo.

El TEDH entiende que la investigación en las dependencias de un abogado ha de estar sometida a especiales garantías y en particular debe estar sujeta a un marco jurídico muy estricto. Y ello porque el secreto profesional de los abogados es no sólo la base de la relación de confianza entre abogado y cliente, sino también por su indudable vinculación con otros derechos fundamentales (v. gr., El derecho a no autoincriminarse o los derechos vinculados a la legal obtención de pruebas). Una de estas especiales garantías puede ser, efectivamente, la presencia del presidente del colegio de abogados, pero la ausencia del juez que autoriza el registro, la ausencia de poder real del presidente para impedir la incautación de determinados documentos, la amplitud de la autorización judicial del registro y, por último, el hecho de que el registro derive del solo hecho de buscar documentos capaces de confirmar la sospecha de una evasión de impuestos que no había sido comprobada de otra forma y sin que los recurrentes objeto del registro hubieran sido nunca sospechosos de cometer o participar en el hipotético fraude tributario lleva a la conclusión al TEDH de que se ha producido una violación del derecho a la intimidad de los recurrentes en lo referido a la necesaria salvaguardia de su secreto profesional.

b) Derecho al nombre y derecho a la vida privada y familiar

El **Caso Daroczy contra Hungría, de 1 de julio de 2008**, en el que el TEDH reitera –con cita de precedentes– que el derecho al nombre juega un rol crucial en la identificación de la persona, y que las restricciones legales a su cambio a instancias de su titular deben estar justificadas en un interés público como puede ser proteger los derechos de otros, o asegurarse del registro de la población o de los lazos con el nombre de la familia. Existe un amplio margen de apreciación nacional de los Estados en la materia, pero esas restricciones suponen una interferencia en la vida privada y deben estar previstas en leyes, perseguir una finalidad legítima y resultar necesarias y proporcionadas. Recuérdese que este derecho al nombre no está expresamente reconocido en el Convenio Europeo. Se trataba de una mujer al que se le obligó a cambiar el nombre que, por un error inicial, pero ligado al de su difunto esposo, había venido usando durante décadas desde 1950.

E) Libertad religiosa (artículo 9). La falta de reconocimiento legal de los Testigos de Jehová durante más de 20 años constituye lesión del derecho a la libertad religiosa

En **Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros contra Austria, de 31 de julio de 2008**, el TEDH examina un caso de libertad religiosa. En concreto los recurrentes impugnan la ausencia de reconocimiento legal a la Iglesia de los Testigos de Jehová como asociación religiosa en Austria durante más de 20 años. En 1978 los recurrentes solicitaron el reconocimiento de esta asociación. En 1995 obtuvieron del Tribunal Constitucional austríaco el derecho a obtener una respuesta (fuera ésta positiva o negativa) de las autoridades. En 1997 se denegó el reconocimiento sobre la base de que su organización interna no era clara, tenían una acti-

tud negativa frente al Estado y sus Instituciones y, en particular, rechazaban el cumplimiento del servicio militar, participar en la vida política y elecciones o negarse a determinado tipo de tratamientos médicos como las transfusiones de sangre. Esta decisión fue anulada por el Tribunal Constitucional por lesiva del principio de igualdad y por no haberse seguido un procedimiento adecuado. Finalmente, en 1998, tras la aprobación de una nueva legislación los Testigos de Jehová obtuvieron el reconocimiento de personalidad jurídica como comunidad religiosa. Los recurrentes iniciaron de nuevo procedimientos para su reconocimiento como sociedad religiosa, pretensión que fue rechazada porque tal reconocimiento requería la previa existencia durante 10 años como comunidad religiosa. El TEDH considera que el período desde que se solicitó el reconocimiento como comunidad religiosa y su definitiva concesión fue muy largo (casi 20 años) y durante éste careció de *status* legal en Austria. Por otra parte, recuerda la evidente vinculación existente entre el derecho a la libertad religiosa (artículo 9) y el derecho a la libertad de asociación (artículo 11) que el ejercicio de aquélla suele llevar aparejado. Por todo ello concluye que la negativa a reconocer personalidad jurídica a la entidad recurrente constituye una interferencia en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa que estaba, sin embargo, prevista en la ley y perseguía un fin legítimo. Ahora bien, dado que el derecho de una comunidad religiosa a una existencia autónoma es indispensable para el pluralismo en una sociedad democrática, la tardanza de las autoridades nacionales en garantizar su personalidad jurídica constituye una lesión al derecho reconocido en el artículo 9 del CEDH en la medida en que aquéllas no suministraron ninguna razón relevante y suficiente explicativa de tal tardanza. Violación que supondría además una desigualdad de trato prohibida por el CEDH en relación con otras comunidades religiosas (lesiva por tanto del artículo 14 en relación con el artículo 9). Por último, concluirá el TEDH los retrasos continuados en la resolución de la pretensión suponen también una violación del artículo 6 CEDH.

F) Libertad de expresión (artículo 10)

a) Veracidad en la información: difíciles criterios para establecerla

En *Flux contra Moldavia* (núm. 6), de 24 de julio de 2008, el TEDH se enfrenta a un supuesto de incumplimiento de los deberes y responsabilidades de los informadores previstos en el artículo 10 del CEDH. En concreto, el recurrente es condenado por las autoridades nacionales como consecuencia de la publicación de un artículo en el que se acusa al director de un colegio de apropiación indebida de fondos y de aceptación de sobornos para admitir alumnos. En la resolución del supuesto es necesario establecer, a juicio del TEDH, si los periodistas actuaron de buena fe. Para ello es necesario tener en cuenta: “la naturaleza y el grado de difamación en examen; la manera en que estaba escrito el artículo impugnado y hasta qué punto el periódico recurrente podía razonablemente considerar a sus fuentes como fiables respecto a las imputaciones realizadas”. Realizando tal análisis el TEDH comprueba que la única base para estas duras imputaciones es una carta anónima de un grupo de padres de alumnos y sólo con posterioridad se presentaron tres posibles testigos. El periódico no sólo no realizó ulteriores comprobaciones (por ejemplo, con la persona afectada para que diera su versión), sino que incluso negó al director la posibilidad de rectificar. A juicio del TEDH la libertad de expresión no incluye un derecho a actuar de manera irresponsable y hacer acusaciones sin base fáctica alguna y sin dar oportunidad de defenderse a los afectados. Por

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ello avala la sanción nacional si bien como consecuencia de una exigua mayoría de 4 votos a 3 en la Sala. En su voto particular los magistrados discrepantes aplican la doctrina de la “base fáctica suficiente” en virtud de la cual el TEDH ha considerado que lo que ha de probarse no es la estricta verdad de todos los hechos que sirven como base a una información periodística, sino sólo si tras ésta hay una base de hechos comprobados. En el caso en cuestión tal cosa se produciría en virtud de aquellas imputaciones que no fueron cuestionadas y la presencia de algunos testigos. El hecho de que no existiera una condena penal por corrupción no sería en este punto esencial porque los periódicos en cuanto perros guardianes de la democracia no pueden limitarse a “dar publicidad a copias de las sentencias de los tribunales penales”. Así los medios de comunicación no deben limitarse a esperar que se produzcan condenas penales para imputar comportamientos presuntamente delictivos. En particular, el voto critica que el TEDH haya conferido mayor importancia al comportamiento profesional periodístico que a la denuncia de la corrupción.

Menos problemática es la confirmación de la sanción impuesta por las autoridades nacionales en el caso **Cuc Pascu contra Rumanía, de 19 de septiembre de 2008**, en el que el TEDH enjuicia la sanción a un periodista que vierte graves acusaciones (fraude y plagio) contra un médico, decano de una facultad y miembro del Parlamento acompañadas de insultos no excesivamente graves. El TEDH comprueba que el recurrente no había podido probar la veracidad de sus acusaciones en sede interna (a pesar de haber tenido la posibilidad de ello). Dada la ausencia de base fáctica y ser un profesional del periodismo debería haber demostrado el “máximo rigor y ejercido particular cuidado” antes de publicar el artículo. En ausencia de ambos el TEDH avala la actuación de los tribunales nacionales.

b) Límites a la libertad de expresión: criminalización del uso de símbolos totalitarios (estrella roja de cinco puntas)

Tiene interés constitucional el **Caso Vajnai contra Hungría, de 8 de julio de 2008**. El código penal de ese país tipifica como delito el uso en público de “símbolos totalitarios” como la esvástica o la hoz y el martillo en una bandera roja. El Tribunal Constitucional húngaro estimó que esta criminalización no era inconstitucional, ponderando el margen de apreciación nacional que el Convenio Europeo de Derechos humanos concede, así como la situación histórica de partida como un factor relevante del control de constitucionalidad.

En este contexto normativo, el supuesto de hecho enjuiciado contempla una manifestación legal frente al lugar de la antigua estatua de Carlos Marx en Budapest, que había sido retirada por las autoridades, y en la que el Vicepresidente del Partido de los Trabajadores llevaba en la chaqueta una estrella de cinco puntas. Pese a que se la quitó al ser requerido por la policía, fue objeto de una condena penal por el empleo de símbolos totalitarios en público. El condenado recurrió la sentencia, decidiendo el tribunal de apelación plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por violación del principio comunitario de no discriminación, invocando la situación en otros Estados miembros. Pero el Tribunal de Luxemburgo declaró su falta de jurisdicción.

El TEDH condena expresamente las “masivas violaciones de derechos humanos” y “el terror sistemático” bajo el comunismo que –afirma– desacreditan el símbolo de la estrella roja. Una condena moral que por su alcance general debemos reservar. Pero, asimismo, recuerda que este símbolo no es una representación exclusiva del totalitarismo comunista sino que viene

igualmente referido a la lucha del movimiento internacionalista y obrero en muchos Estados por una sociedad más justa. Y, en definitiva, considera que la medida enjuiciada —una condena penal— no era ni necesaria, fruto de una imperiosa necesidad social, ni la sanción proporcionada a los hechos.

G) Derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo adicional núm. 1)

a) Derecho a la educación y discriminación por razón de origen étnico

La STEDH Orsus y otros c. Croacia, de 17 de julio de 2008, resuelve sobre la eventual vulneración del derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo núm. 1) combinado con el principio de no discriminación (artículo 14 CEDH) en un supuesto en el que una serie de menores, de etnia romaní, alegaban ser discriminados por las autoridades educativas croatas, que habían creado clases separadas para aquellos que no dominaran suficientemente la lengua oficial del país. El TEDH rechaza la existencia de una violación de los derechos de los menores, al considerar que éstos habían tenido acceso al sistema educativo, que acudían a colegios ordinarios, y que la única diferencia que se constataba entre la educación que ellos percibían y la educación que recibían el resto de los alumnos se basaba en la creación de grupos de apoyo especiales para aquellos alumnos que no dominaban la lengua oficial del país. Señalaba el TEDH que esa diferencia no trascendía al ámbito del currículo académico, que los menores que asistían a esas clases diferenciadas lo hacían no sobre la base de su origen étnico, sino de su conocimiento lingüístico del croata y que esa práctica no se extendía al conjunto del sistema educativo, sino sólo a ciertos colegios (4), en los que los porcentajes de menores de etnia roma con dificultades para comprender el croata eran muy elevados (en torno al 30%). Esos datos fácticos diferenciaban este asunto, a los ojos del TEDH, del caso D.H y otros c. República Checa (Justicia administrativa, núm. 39), en el que se condenó al Estado afectado por remitir a los menores de etnia roma de forma sistemática a colegios especiales para niños con algún tipo de deficiencia.

H) Derecho a unas elecciones libres (artículo 3, Protocolo 1): Cláusulas de barrera legal, inscripción previa de los votantes, juntas y comisiones electorales: la tímida revisión del sistema y procedimiento electorales a la vista de las exigencias del artículo 3 del Protocolo 1

Dos importantes sentencias en materia electoral, que afectan al artículo 3 del Protocolo 1, y dictadas el mismo día, el 8 de julio de 2008, son los Casos del Partido Laborista de Georgia contra Georgia, y de Yuman y Sadek contra Turquía. En ambos debe subrayarse el esfuerzo del Tribunal en hacer un verdadero estudio de Derecho Comparado de la legislación de los Estados miembros del Consejo de Europa, para apreciar las diferencias de regulación en la materia y advertir del alcance del amplio margen de apreciación nacional, reconociéndose que no existe un modelo ideal. Un método habitual en Estrasburgo para estos fines. Pero debe reconocerse que la revisión europea no ha sido intensa sino muy de mínimos. En el asunto del Partido Laborista de Georgia, se revisa la situación comparada del procedimiento y Administración electorales. Y, en el asunto contra Turquía, los sistemas electorales nacionales respecto de las cláusulas de umbral mínimo o de barrera legal. Son dos importantes sentencias a archivar para el estudio de esta garantía del artículo 3 P1. Es de destacar en ambos casos el uso por el TEDH de fuentes externas al CEDH como son resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

de Europa, el Código Electoral de Buenas Prácticas en materias electorales de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, decisiones de la Organización para Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), etc.

En el Caso del **Partido Laborista de Georgia**, la Corte Europea revisa tres tachas: el sistema de registro previo de los electores para poder votar, la composición de las juntas (comisiones) electorales y las privaciones de derecho de sufragio en tres circunscripciones. Pero sólo se estima violado el Convenio por el último de estos motivos. Se sistematizan primero los distintos sistemas que demandan en Europa la inscripción previa de los votantes, pues el modelo de Georgia exige un deber de colaboración, consistente en comprobar activamente si el elector aparece en las listas y, en su caso, ejercer una acción de rectificación; un sistema excepcional, frente al automatismo de la mayoría, pero semejante al del Reino Unido y Portugal. La necesidad de inscribirse como condición de ejercicio del sufragio activo se estima que no traspasa el Convenio, pues las exigencias varían en cada país y existe un amplio margen de apreciación nacional al respecto. Los defectos denunciados en el censo electoral no se niegan, pero se valoran teniendo en cuenta que fueron las primeras elecciones democráticas después de la revolución rosa que forzó la dimisión del Presidente Schevernadze. Respecto del segundo de los vicios esgrimidos, se reconoce que no hay un sistema uniforme de Administración electoral en Europa, pues hay modelos de administraciones independientes, gubernamentales o mixtas (como la española), y se admite que el elegido en Georgia es ciertamente poco independiente, pero no existen pruebas de un fraude electoral o de un abuso de poder. En cambio, por razones detalladas que no es posible explicar aquí, sí se entiende violado el Convenio por el elevado número de votos perdidos a efectos del escrutinio final en dos circunscripciones (Khulo y Kobuleti) al repetirse las votaciones.

En **Yuman y Sadek contra Turquía**, el Tribunal revisa los sistemas electorales de los Estados miembros del Consejo de Europa en lo que atañe a la llamada cláusula de umbral mínimo (*threshold*) o barrera legal. El Partido Democrático del Pueblo (DEMAP) y una alianza de partidos de izquierda obtuvieron un 46% de los sufragios en una circunscripción (la provincia de Sirnak), sin embargo, no pudieron sobrepasar la barrera legal del 10% de los votos en toda la nación y no obtuvieron representación parlamentaria. Pese a esta desproporción entre votos y representatividad, la Corte reitera el amplio margen de apreciación nacional presente en materia, teniendo en cuenta que un sistema electoral puede perseguir objetivos muy diferentes “y escasamente compatibles entre sí”. El umbral mínimo en Turquía —se dice— es el más alto en todos los países del Consejo de Europa, y ya se ha pedido que estas cláusulas no sobrepasen el 3% a nivel nacional. Pero el Tribunal tiene en cuenta dos correctivos o estrategias que el propio sistema turco ha desarrollado para sortear ese umbral cuales son: la presentación de candidatos independientes y las colaciones con otros partidos a nivel nacional. A la vista de estos correctivos, el TEDH efectúa una sentencia de recomendación legislativa y aconseja que se rebaje en Turquía dicha barrera, pero —con ciertas dosis de contradicción— no estima que sea una violación del CEDH. Un agudo voto particular pone de manifiesto que el Tribunal sólo estima la regulación nacional adecuada al Convenio una vez corregida con diversas estrategias.

Estimamos que este litigio en Turquía pone de manifiesto lo que la conexión que la doctrina del margen de apreciación nacional tiene con las *political questions*, una recomendación de *self restraint*, para no introducirse en batallas donde se pueden crear más problemas que los que sea posible arreglar. El control internacional parece tener serios límites derivados de la prudencia

diplomática del juzgador, pero la eficacia de los derechos se ve en caso como éste seriamente amortiguada.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad (artículo 14 CE)

a) Igualdad ante la ley: situaciones heterogéneas en el despido improcedente generadas por el derecho de opción del empresario

El recurso de amparo del que trae causa la **STC 84/2008, de 21 de julio**, alega la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley por la aplicación del artículo 2.3 del Real Decreto-Ley 5/2002 (declarado inconstitucional por la **STC 68/2007, de 28 de marzo**), que supone un diferente tratamiento de trabajadores cuyo despido por motivos disciplinarios sea declarado improcedente, en función de que el empresario opte por su readmisión o por la extinción indemnizada del contrato. Mientras que en el primer caso los trabajadores tendrían derecho a la percepción de los “salarios de tramitación”, en el segundo se suprime tal derecho.

Razona el TC que, si bien los supuestos de hecho tienen un idéntico origen, la capacidad de optar del empresario genera dos situaciones heterogéneas, dado que en el primer caso se mantiene la relación laboral y en el segundo la relación queda extinguida con efectos de la fecha del despido.

Al constatar el carácter no homogéneo de las situaciones comparadas, pasa el Tribunal a valorar si la diferenciación introducida resulta desproporcionada. Concluye que no es así, pues la diferencia proviene de la configuración legal del despido y que resulta justificada la opción del legislador por condicionar el derecho a la percepción de los salarios de tramitación a la vigencia de la relación laboral.

b) Igualdad ante la ley: diferenciación de sexos en tipo penal

Las **SSTC 76/2008, de 3 de julio, 80 a 83, de 17 de julio y 95 a 100, de 24 de julio**, resuelven varias cuestiones de inconstitucionalidad sobre la redacción dada a diversos artículos del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La doctrina que se aplica es idéntica a la utilizada por la **STC 59/2008, de 14 de mayo**, comentada en el número anterior de esta revista y a la que nos remitimos.

B) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24)

a) Dilaciones debidas a deficiencias estructurales de la Administración de Justicia

Este asunto se aborda en las **SSTC 93 y 94/2008, de 21 de julio**, Sala Primera, y en cada una se alcanza un resultado distinto. En ambos casos, lo que se combatía es que, presentado un recurso contencioso-administrativo, el señalamiento por providencia para la vista del juicio

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

se produce para dos años y medio después (STC 93/2008) o para casi dos años después (STC 94/2008), motivado en la larga pendencia de asuntos del tribunal a fin de guardar un riguroso orden cronológico. En ninguno de los dos casos se observa por el TC una posposición injustificada respecto de asuntos análogos concluidos con posterioridad. Sin embargo, en la primera sentencia, el TC sí aprecia “dilaciones indebidas” por cuanto que la materia sobre la que versa, denegación de permiso de residencia y trabajo, conlleva que el “interés arriesgado” por el demandante en el pleito era uno de especial relevancia en su esfera jurídica, mientras que no es así en el segundo caso (denegación de entrada en España de un boliviano con fines turísticos e indemnización por los gastos ocasionados). Esto no lo comparte el Magistrado Pérez Tremps en su voto particular, en el que subraya de la incongruencia del Tribunal en la STC 94/2008 respecto de la 93/2008, y estima que lo decisivo no era el interés arriesgado (el motivo de la dilación no era que hubiera procedimientos con intereses de mayor relevancia), sino simplemente que hubo una dilación por motivos estructurales, y que esto bastaba para declarar vulnerado el derecho.

b) La falta de apreciación de la prescripción penal por deberse la inactividad procesal que la sustenta a la sobrecarga de trabajo, sin motivación concreta alguna, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva

En el caso resuelto por la STC 79/2008, de 14 de julio, Sala Segunda, se trataba de unas diligencias penales remitidas por el juzgado instructor al Juzgado de lo Penal para enjuiciamiento, sin que por este juzgado se realice ninguna actividad procesal hasta prácticamente año y medio después, cuando se dicta una providencia por la que se acuerda que la causa quede pendiente de señalamiento por exceso de pendencia, y sólo 4 meses más tarde se dicta Auto de señalamiento para el juicio oral. El plazo de prescripción del delito a enjuiciar (injurias) era de un año y por el demandante de amparo se alegó que habría transcurrido ese plazo entre la remisión al Juzgado de lo Penal y el momento en que éste dicta Auto de señalamiento, al no interrumpir el plazo la simple espera de señalamiento, según jurisprudencia del Tribunal Supremo. Los tribunales ordinarios rechazaron esa pretensión por considerar que la prescripción no opera cuando la paralización no es imputable al juzgado, sino a la necesidad de espera para el señalamiento por exceso de asuntos pendientes. El Tribunal estima que la motivación es deficiente y no satisface el canon reforzado de motivación exigible en estos casos (la resolución no sólo ha de ser razonada y razonable sino que ha de emplearse una motivación en la que sea apreciable un nexo de coherencia entre la decisión, las normas y los fines que justifican la prescripción) y desconoce el fin de la institución, por haberse basado los tribunales ordinarios en una doctrina abstracta y “sin sostener esa afirmación en dato alguno referido al caso, sin ponderar las circunstancias del mismo y sin entrar a considerar el período concreto cuestionado por el recurrente”, en el que la causa estuvo en el Juzgado sin ningún tipo de actividad procesal.

c) La exigencia jurisprudencial de comunicación del embarazo por la trabajadora al empresario para que se active la protección legal cuando la ley no prevé tal requisito es contraria al derecho

Se trataba en este caso, el resuelto por la STC 92/2008, de 21 de julio, Sala Primera, de una trabajadora que fue despedida cuando estaba embarazada pero sin que ella hubiera puesto en conocimiento del empresario su embarazo previamente ni conste que aquél lo conociera de

otra forma. La Ley laboral vigente, a diferencia de la anterior, no contemplaba expresamente como requisito de la nulidad del despido de una mujer embarazada que el empresario conociera ese estado ni menos que la trabajadora se lo hubiera comunicado previamente, pero los tribunales, pese a lo anterior, denegaron la nulidad por no darse ese requisito. El TC estima que la interpretación en que se basaron los tribunales ordinarios no satisface las exigencias del canon reforzado de motivación que aquí era aplicable, al estar en juego no sólo el derecho a la tutela judicial efectiva (obtener una resolución fundada en Derecho), sino también el derecho a no ser discriminado (artículo 14 CE). Los tribunales ordinarios se basaron en que la ley aplicable, de 1999, era de transposición de una Directiva comunitaria y de ésta se deducía que “mujer embarazada” a los efectos de la tutela en ella contemplada lo era sólo la que había comunicado previamente su estado al empresario. Pero el TC reprocha a esas decisiones que ignoraron que la propia Directiva señalaba que tenía por objeto sólo establecer unas “disposiciones mínimas”; que las Directivas sólo obligan en cuanto a los resultados pero no en los medios y formas, y que la Exposición de Motivos de la propia Ley aplicable de 1999 expresaba que procedía a la transposición de la Directiva “superando los niveles mínimos de protección” contemplados por esta última; y que a lo anterior se une que la interpretación gramatical, la lógica y la teleológica y sobre todo el criterio hermenéutico “último y superior” de la interpretación conforme a la Constitución no sólo no apoyan aquella conclusión, sino que llevan a la contraria: la nulidad del despido contemplada en la Ley es una de “carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como precedente por motivos no relacionados con el mismo”.

Y si bien el propio TC venía exigiendo, para que operara la nulidad de un despido motivado en el embarazo de la mujer, que ésta aportara un indicio razonable de vulneración de su derecho, que había de incluir necesariamente el conocimiento por la empresa del embarazo al no poder haber un móvil discriminatorio por embarazo cuando la empresa simplemente no conoce ese estado, aclara ahora el TC que ello se hizo en un contexto normativo diferente y que en 1999 el legislador decidió, yendo más allá de lo que la Constitución le imponía, establecer un sistema de tutela de la trabajadora embarazada frente a despidos discriminatorios de tipo objetivo y automático, que actúa en toda situación de embarazo desde la “fecha de inicio del embarazo”, incluso aunque el empresario o la propia mujer no lo conozcan, y aunque no haya indicios de trato discriminatorio ni concurra móvil discriminatorio. Esta reforma legal de 1999, dice el TC, reforzó, por tanto, la tutela de la trabajadora embarazada frente al despido por ese motivo, y dispensó a la mujer de una prueba que puede ser en ocasiones diabólica, así como de una declaración sobre un extremo, como es el embarazo susceptible de dar lugar a su despido, que afecta a la “esfera más íntima de la persona” (artículo 18.1 CE). Y una vez que el legislador opta por un desarrollo del derecho del artículo 14 CE que refuerza su tutela y también la de otros derechos y fines constitucionales en juego (intimidad, salud, protección de la familia y los hijos), el órgano judicial no puede realizar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive a la ley de aquellas garantías reforzadas.

d) Se vulnera el derecho cuando se archiva una causa judicial por torturas policiales sin llevar a cabo previamente una investigación eficaz y agotadora

En la STC 107/2008, de 22 de septiembre, Sala Segunda, se aprecia una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con relación al derecho a la integridad física en un caso en

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

que se denuncia por una persona haber sufrido malos tratos durante una detención policial como colaborador de banda armada, malos tratos consistentes en cubrirle con una manta para luego darle patadas y puñetazos por todo el cuerpo y en asfixia temporal colocándole dos bolsas en la cabeza. El Tribunal analiza, en primer lugar, si en el momento de archivar las diligencias criminales, subsistían sospechas razonables acerca de los hechos y, en segundo lugar, si existían todavía medios de investigación disponibles para despejar convenientemente esas dudas. Y el TC acepta que, como los tribunales a quo estimaron, existían elementos que restaban credibilidad a la denuncia (en ninguno de los cinco informes médicos relativos al denunciante se hacía referencia a lesión o maltrato físico alguno; en el primero de ellos consta que el recurrente manifestó no haber recibido malos tratos físicos, aunque sí muchas amenazas; el recurrente reconoce haberse autolesionado durante la detención, supuestamente para poner fin a las torturas; el recurrente presentó su denuncia varios meses después de producidos los supuestos malos tratos, alguno de ellos, en efecto, tan significados que no es fácil comprender por qué, de haber existido realmente, no los denunció en su primera comparecencia ante el Juez de Instrucción, y, además, las denuncias de este tipo en muchas ocasiones sólo persiguen desacreditar las actuaciones policiales y judiciales de investigación de los hechos y sus circunstancias). Pero nada de ello es concluyente para llevar al archivo de la causa, por lo que debe considerarse que seguía habiendo sospechas razonables sobre si era verdad lo denunciado, de manera que el archivo no satisfizo las exigencias de motivación reforzada derivadas del artículo 24.1 con relación al artículo 15 CE. Y en cuanto a si subsistían medios razonables de investigación no agotados, la conclusión es también positiva (declaraciones del denunciante; de los policías intervinientes, y del médico forense que examinó al denunciante).

C) Derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE)

a) El derecho a la libertad sindical queda menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza (garantía de indemnidad sindical)

En la **STC 90/2008, de 21 de julio**, se enjuicia un supuesto en el que se perjudica a un funcionario de la Junta de Extremadura que ha desempeñado durante años cargos sindicales como liberado sindical. Se convoca un concurso para provisión de puestos de trabajo de vacantes de personal funcionario donde se valora la experiencia y el certificado que le expide la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia no computa como experiencia el tiempo que desempeñó de liberado sindical (artículo 43 LOTC).

El Tribunal Constitucional reconoce que la libertad de afiliarse o no a un sindicato, así como el desarrollo de la actividad inherente para defender intereses en la empresa de los trabajadores necesitan garantías frente a todo acto de injerencia impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. Entre ellas figura la garantía de indemnidad: garantía del trabajador a no sufrir por razón de su afiliación o actividad sindical menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, lo que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes (FJ 2º). El derecho a la libertad sindical queda menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, lo que no sólo repercute en el representante que soporta dicho menoscabo sino que por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales, se proyecta sobre la organización correspondiente afectando a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos.

En definitiva, el Tribunal Constitucional sentencia que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE) desde la perspectiva de la garantía de indemnidad al haberse provocado al recurrente un menoscabo profesional por razón de su actividad sindical, deparándole un diferente trato injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes.

b) En el contexto de un conflicto laboral, la libertad de expresión puede ampliarse. Términos o expresiones que en otras situaciones pudieran reputarse como impertinentes o innecesarias son protegidas por la libertad de expresión [artículo 28.1 CE en relación con el artículo 20.1.a) CE]

En la STC 108/2008, de 22 de septiembre, el recurrente, representante del sindicato CNT-AIT y trabajador de empresa de limpieza, había sido condenado como autor de falta de injurias leves (artículo 620.2 CP) por repartir pasquines por las comunidades donde dicha empresa prestaba servicios en los que denuncia la situación de conflicto laboral empleando calificativos tales como “gerente explotador”, “sucia empresa” y “compañía de explotación”.

El Tribunal Constitucional entiende que la conducta del recurrente debe ser calificada como sindical puesto que ejerció el derecho de libertad sindical dentro de su ámbito legítimo. En el artículo 28.1 CE se integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical comprensiva de todos los medios lícitos y sin las indebidas interferencias de terceros. Las expresiones emitidas en los pasquines, donde se daba cuenta de un conflicto existente entre la empresa y los trabajadores, no son gratuitas o ajenas al objeto del debate y a la esencia del pensamiento u opinión que se expresa, no pudiéndose conceptuarse como impertinentes o innecesarias para expresar la opinión de que se trataba. Los epítetos empleados, suponen un lenguaje duro y agresivo que no resulta inhabitual en manifestaciones de esta naturaleza, especialmente en situaciones de tensión y de conflicto, no siendo dichos calificativos formalmente ofensivos o vejatorios sino más bien reflejo de un lenguaje que ha venido utilizándose habitualmente en la práctica sindical.

En definitiva, las Sentencias impugnadas, al condenar al demandante de amparo como autor de una falta de injurias del artículo 620.2 CE, han vulnerado el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE) en relación con el derecho a libertad de expresión [artículo 20.1.a) CE] por tratarse de una reacción innecesaria y desproporcionada, con un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de dichos derechos fundamentales, no haciendo, por ello, los órganos judiciales intervinientes la obligada ponderación que viene siendo exigida por la doctrina de este Tribunal en estos casos.

4. TRIBUNAL SUPREMO

A) Extranjeros

a) Estatuto de apátrida y saharauis

En la STS de 18 de julio de 2008, ponente: Sr. Oro-Pulido y López, recaída en el recurso 555/2005, se analiza un supuesto de un solicitante saharauí que recurre la decisión del

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Ministerio del Interior por el que le fue denegado el estatuto de apátrida. La Administración basó la denegación del estatuto de apátrida, en este caso, en tres razones: que el solicitante ya recibía protección de un organismo de las Naciones Unidas, que Argelia concede pasaportes a los saharauis, y que en todo caso aquél podía obtener la nacionalidad marroquí. El TS estima que dichas razones han sido consideradas insuficientes en la Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (RC 10503/2003), en la que se examinan y resuelven las cuestiones sustancialmente iguales a las que se plantean en el recurso de casación, por entender que en tal situación, y en relación con la nacionalidad marroquí, no se cumple la exigencia de la Convención de Nueva York de poder ser la recurrente considerada –por el Reino de Marruecos– como nacional suyo y tampoco por Argelia, sin que, por último, tampoco podemos considerar a la recurrente como incluida en el supuesto de la excepción prevista en artículo 1.2.i) de la Convención de Nueva York de 1954, esto es, como “personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia” pues escasa protección y asistencia puede deducirse de tal Misión (MINURSO) por parte de quienes –desde hace más de treinta años– viven como refugiados en el desierto de un país vecino, y sin que el ordenado referéndum se haya celebrado tras los citados dieciséis años de espera. En todo caso, si descendemos al caso concreto, tal supuesta protección y asistencia sería predicable en relación con quienes se mantienen como refugiados en Argel, mas sin que los efectos de la MINURSO, limitada a los ámbitos expresados, abarque a quienes, como la recurrente, residen en España. Con base en tales fundamentos se revoca la resolución del Ministerio del Interior que deniega el reconocimiento del Estatuto de apátrida y reconoce al recurrente su condición de apátrida, “debiendo ser documentado en tal sentido por el Ministerio del Interior”.

b) Nacionalidad y buena conducta cívica: fórmulas de certificación

En la STS de 30 de septiembre de 2008, ponente: Sr. Diez-Picazo Giménez, se desestima el recurso de casación deducido por el Abogado del Estado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que estimó el recurso deducido frente a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado por las que se deniega a la actora la nacionalidad española por residencia.

En la resolución administrativa se entendió que el hecho que la actora aportara un informe favorable de la Policía Local del municipio donde residía su marido, ciudadano español, no era suficiente para acreditar el requisito de la “buena conducta cívica” exigido por el artículo 22.4 CC, pues era necesario que la demandante aportara, además, un certificado de antecedentes penales de Marruecos, su país de origen, tal como se le había requerido en aplicación de los artículos 220 y 221 del Reglamento del Registro Civil.

La solicitante alegó la imposibilidad de aportar tal certificado pues se le denegó por el Consulado de Marruecos por no hallarse inscrita en el Registro Civil de dicho país. La administración mantuvo que la observancia de los artículos 220 y 221 del Reglamento no es facultativa y que figuraba que la solicitante había solicitado la inscripción en el Registro Civil de su país precisamente para poder obtener el certificado de antecedentes penales de dicho país.

El TS manifiesta en esta Sentencia que el artículo 221 del Reglamento citado no configura la aportación del indicado documento como insoslayable sino que usa la expresión “si es posi-

ble”, y ello significa que cuando consta la existencia de dificultades notables para la obtención del certificado, la administración española puede prescindir de éste, máxime cuando dicha conducta debe acreditarse en todo caso por certificado de la autoridad gubernativa local y del Registro Central de Penados y Rebeldes, habiéndolo acreditado la actora por este medio y que el Consulado no expedía el certificado por causas ajenas a la diligencia de la actora, la ponderación de las circunstancias realizada por el Tribunal de instancia es correcta ya que la buena conducta cívica debía tenerse por acreditada aun en ausencia del certificado de antecedentes penales del país de origen.

c) Derecho de asilo: denegación pero autorización de la permanencia en España

En la STS de 18 de julio de 2008, ponente: Sr. Oro Pulido y López, el TS deniega la procedencia del derecho de asilo interesada por los recurrentes, nacionales de Georgia de origen armenio, por no concurrir los requisitos de este derecho. No obstante, entiende la Sala que sí procede la autorización de permanencia en España por razones humanitarias del artículo 17 de la Ley de asilo, por el conjunto de circunstancias e informes del Centro de acogida y psicológicos sobre las situaciones de violencia vividas por los recurrentes en su país de origen que se exponen en el fundamento jurídico octavo que determinan la adopción de la mencionada solución del reconocimiento de la permanencia por las razones indicadas.

B) Derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE)

a) La publicación incontestada de la imagen de un sujeto no viola el derecho a la propia imagen si ya dio el consentimiento para la publicación en un medio distinto

La STS de 25 de septiembre de 2008, resolución núm. 830/2008, resuelve sobre la eventual violación de los derechos a la propia imagen y a la intimidad de un ex presidiario. La violación de tales derechos se habría producido por la publicación de una imagen y una entrevista con el afectado en un libro después de que esa misma entrevista se hubiera televisado con su consentimiento. Señala el demandante que el consentimiento sólo era válido para la publicación de la entrevista en un programa televisivo y que su posterior publicación en un libro sin su consentimiento violaría los derechos reseñados. Sin embargo, el TS rechaza tal conclusión al indicar que una vez prestado el consentimiento para la publicación inicial de la imagen y la entrevista, su posterior publicación en un medio distinto no afectaría a los derechos fundamentales señalados, sino únicamente a eventuales aspectos patrimoniales del contrato celebrado entre ambas partes.

b) La publicación incontestada de la imagen de una persona con proyección pública en un lugar privado viola el derecho a la propia imagen

La STS de 24 de julio de 2008, resolución núm. 789/2008, resuelve un supuesto de colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen. El asunto trae causa de la publicación de las imágenes de una persona con proyección pública (Isabel Pantoja) en una de sus fincas privadas, sin su consentimiento y tras la obtención de las imágenes de forma

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

subrepticia mediante la utilización de teleobjetivos de largo alcance. Señala el TS, que el derecho a la propia imagen permite a su titular impedir su obtención, reproducción o publicación por parte de un tercero. La libertad de información prevalecería sobre este derecho en los supuestos previstos en el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982, esto es, en relación con las imágenes de personas que ejerzan cargos públicos o que tengan proyección pública y sean captadas en lugares abiertos al público. Sin embargo, éste no es el caso analizado en la medida en que la recurrente, persona de notoria proyección pública, no fue fotografiada en un lugar público, sino en una finca de su propiedad.

C) Derecho al honor (artículo 18.1 CE)

a) Derecho al honor y libre crítica en el mercado libre empresarial

La STS de 19 de septiembre de 2008, resolución núm. 848/2008, resuelve un supuesto de colisión entre la libertad de expresión de un medio de comunicación y el derecho al honor de otro. El asunto trae causa de la publicación en la revista ZERO de un artículo en el que se criticaba duramente la labor periodística desarrollada por un medio de comunicación rival. El TS, tras señalar que la crítica indicada caía dentro de la libertad de expresión en cuanto suponía la emisión de un juicio personal y subjetivo sobre la labor del medio criticado, consideró que no se había producido la vulneración del derecho al honor, en la medida en que el artículo litigioso no contenía expresiones injuriosas o vejatorias a la luz del contexto en el que se produjo: fuerte enfrentamiento por una determinada cuota de mercado de los dos medios de comunicación enfrentados.

b) La atribución de la condición de “familiar de terrorista de ETA” viola el derecho al honor

La STS de 15 de septiembre de 2008, resolución núm. 827/2008, resuelve un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. El asunto trae causa de la publicación en sendos medios de comunicación de la fotografía de los recurrentes, calificándolos de familiares de terroristas de la banda armada ETA y siendo éstos perfectamente identificables y reconocibles. Señala el TS que la vinculación con los terroristas vulneraría el derecho al honor de los recurrentes y que, en un supuesto como el presente, no cabe hacer prevalecer la libertad de información sobre el honor en la medida en que la información que se proporcionó no podía calificarse de veraz porque los medios de comunicación correspondientes no realizaron una diligencia de investigación tan sencilla como la identificación de los sujetos cuya fotografía iban a difundir. Es de destacar que el TS declara la vulneración del derecho al honor a pesar de que los medios que difundieron la imagen rectificaron la información dada el día posterior a su publicación.

D) Protección de datos: anotación marginal de apostasía en partida de bautismo

En la STS de 19 de septiembre de 2008, ponente: Sra. Robles Fernández, se resuelve un interesante caso que se inicia cuando el recurrente formula una reclamación ante la Agencia Española de Protección de datos que es estimada por resolución de dicha agencia del año

2006 en la que también se insta al Arzobispado de Valencia para que en el plazo de diez días se remita al reclamante certificación en la que se haga constar que se ha anotado en su partida de bautismo el hecho de que ha ejercido su derecho a la cancelación o que motive las causas que lo impiden pudiendo incurrir, en su caso, en las infracciones previstas en el artículo 44 LOPD. Esta resolución de la Agencia de Protección de Datos es recurrida ante la Audiencia Nacional, cuya Sección Primera considera que es aplicable al caso la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal al estimar que los Libros de Bautismo tienen el carácter de ficheros según la definición que de éstos hace la referida Ley. El Tribunal *a quo* en el quinto de los fundamentos jurídicos de la Sentencia argumenta la procedencia de la aplicación de la LO 15/1999, entendiéndolo, a diferencia de lo mantenido en el acto administrativo impugnado, que los Libros de Bautismo en la medida en que recogen datos que para el Tribunal *a quo* son de carácter personal y están ordenados con arreglo a criterios preestablecidos que permiten su tratamiento, tienen la consideración de ficheros y están sujetos en cuanto tales a la legislación en materia de protección de datos, señalando que la constancia documental del bautismo como presunción o indicio de pertenencia a la Iglesia Católica es relevante, por lo que resulta aplicable dicha LO 15/1999 y consiguientemente concluye que el derecho fundamental a la protección de datos se vería vulnerado si no hubiera una información exacta de éstos en todas sus manifestaciones, entre las que estaría la constancia de la voluntad del interesado de no pertenecer a la Iglesia Católica y desestima el recurso deducido por considerar correcta la decisión adoptada. El Arzobispado de Valencia formula recurso de casación que es estimado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que casa la Sentencia de instancia y anula la resolución de la Agencia de Protección de Datos por no ser ajustada a derecho. La Sala razona que no cabe aceptar que esos datos personales, a que se refiere la Sala de instancia, estén recogidos en los Libros de Bautismo, como un conjunto organizado tal y como exige el artículo 3.b) de la LO 15/1999, sino que son una pura acumulación de éstos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquél tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo. Continúa razonando el TS que no cabe olvidar tampoco que salvo el Tribunal *a quo*, nadie, ni la propia Administración, ni siquiera el propio solicitante de la cancelación, han considerado los Libros de Bautismo como ficheros, según la redacción dada por la LO 15/1999 a los efectos de la aplicación de esta Ley, según prescribe su artículo 2.1 y a mayor abundamiento no cabría estimar tampoco aplicable el artículo 4.3 de la citada Ley, en que se funda el acto administrativo impugnado y se confirma por la Sentencia. Ese precepto señala que los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. Pues bien, en los Libros de Bautismo no cabe apreciar ninguna inexactitud de datos en cuanto en ellos se recoge un dato histórico cierto, salvo que se acredite la falsedad, cual es el referente al bautismo de una persona y cuando ésta solicita la cancelación de ese hecho, no está pretendiendo que se corrija una inexactitud en cuanto al mismo, sino que en definitiva está intentando y solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales. En suma, se concluye que los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los claros y específicos términos en que se consideran tales por la LO 15/1999 [artículo 3.b)], recogiendo igualmente la definición de éstos plasmada en el artículo 2 de la Directiva 95/46 CE. Por las razones expuestas se estima el recurso y se anula la resolución de la Agencia de Protección de Datos recurrida.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

E) Acceso a la función pública

a) Deber de acatamiento de la Constitución

En la STS de 30 de septiembre de 2008, ponente: Sr. Herrero Pina, se examina el deber de acatamiento de la Constitución como una obligación de carácter individual de cada miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad y el deber del Gobierno Vasco de exigir dicho cumplimiento a la Ertzaintza.

Se analiza en este supuesto el recurso de casación deducido contra la Sentencia del TSJPV que declara la inadmisibilidad del recurso contencioso deducido contra el acuerdo del Gobierno Vasco que rechaza el requerimiento efectuado por el Delegado del Gobierno en relación a los miembros de la Ertzaintza de jurar o prometer la Constitución.

Los antecedentes del recurso son, en síntesis, los siguientes: En el año 2002 el Delegado del Gobierno del País Vasco presentó un escrito dirigido al Lendakari del Gobierno Vasco en el que se refiere a la obligación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de jurar o prometer acatamiento a la Constitución establecida en el artículo 6.3 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, hecho que no se había producido en ninguna de las sucesivas promociones que se han incorporado a la Policía Autónoma desde su creación, por lo que al amparo del artículo 44 de la Ley 29/1998, LJCA, formula requerimiento para que por el órgano competente de ese Gobierno se realizaran las actuaciones necesarias para que cada uno de los miembros de la Policía Autonómica lo hicieran. El Gobierno Vasco adopta un acuerdo en el año 2002 rechazando el requerimiento de dicha obligación por estar implícita en el acceso a condición de funcionario. Contra esta decisión se formula recurso contencioso-administrativo que es desestimado por sentencia del TSJPV que declara su inadmisibilidad.

Formulado recurso de casación, el Tribunal Supremo rechaza la causa de inadmisibilidad apreciada por el Tribunal de instancia y entra a analizar la cuestión suscitada que se centra en el cumplimiento de la obligación impuesta en el citado artículo 6.3 de la LO 2/1986, y al respecto indica el TS que el referido precepto contiene una previsión que se refiere de manera concreta a los miembros de los aludidos cuerpos como un acto individual y específico de acatamiento a la Constitución que ha de integrarse con las normas que regulan el acceso a la función pública en sus distintos Cuerpos y administraciones y en consecuencia difícilmente puede entenderse cumplida dicha exigencia de manera implícita por el acceso a la condición de Ertzaintza cuando la Ley exige un acto de acatamiento concreto de cada miembro sin que pueda encontrar amparo tal posición en los preceptos que se invocan, el artículo 17 del Estatuto de Autonomía, artículos 1, 28 y 30.1 de de la Ley 47/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco. Continúa razonando el TS que la claridad de los términos del artículo 6.3 de la LO 2/1986 al establecer la obligación en cuestión y la específica previsión de su aplicación a la Policía Autonómica del País Vasco impiden acoger la interpretación que fundada en el ejercicio de sus competencias autonómicas lleven a la exclusión o exoneración de esa obligación como es el caso en que bajo la afirmación del cumplimiento implícito de la obligación se prescinde del correspondiente acto de acatamiento por cada miembro de la Policía Autónoma por lo que no puede entenderse sustituido el deber de actuar en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, es decir, con el principio de legalidad que debe informar su actividad. En consecuencia, se estima el recurso, se declara la nulidad del Acuerdo del Gobierno Vasco impugnado por no ser conforme al ordenamiento

jurídico así como la obligación del Gobierno Vasco a exigir, individualmente, el cumplimiento del deber de juramento o promesa de acatar la Constitución a cada uno de los miembros de la Policía Autónoma Vasca.

b) Acceso a función pública y principio de igualdad

En la STS de 22 de julio de 2008, ponente: Sr. Maurandi Guillén, se resuelve el recurso de casación frente a la Sentencia del TSJM que desestima el recurso contencioso deducido contra la resolución de la Subdirección General de medios personales al servicio de la Administración de Justicia que denegó la inclusión de los recurrentes en la relación definitiva de aprobados de las oposiciones al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia. En la referida Sentencia se estima el recurso y se casa la Sentencia de instancia, y se declara que si la administración modifica como consecuencia de un recurso o de oficio, un criterio de valoración de unas pruebas selectivas ha de hacerlo para todos los participantes en el proceso selectivo, so pena de vulnerar el principio de igualdad en el acceso a la función pública. El TS, siguiendo la doctrina del TC, estima infringido el principio de igualdad en relación con los aspirantes que si bien no recurrieron inicialmente la primera lista de aprobados, sin embargo, con la adopción de los nuevos criterios de selección debieron entrar en las listas. Dicha vulneración es una causa de nulidad de pleno derecho y estos actos se pueden impugnar en cualquier momento mediante el procedimiento de revisión, de manera que la Administración debió admitir y resolver dicho procedimiento declarando la nulidad del acto y estimar la pretensión. El TS estima el recurso y declara el derecho de los recurrentes a que se les tenga por superado el proceso selectivo con la puntuación y el número correspondiente a los dos primeros ejercicios como consta en la demanda y resulta de la prueba pericial practicada.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

RAÚL CANOSA USERA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

ENCARNA CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

LUCÍA ALONSO SANZ

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Constitución.** A) Necesidad de seguir los procedimientos de reforma de la Constitución para modificar el orden constituido **3. Ley Orgánica.** A) Reserva de Ley Orgánica en materia de referéndum y de desarrollo del derecho a la participación política que regula el artículo 23 CE. **4. Ley.** A) Reserva de Ley en materia penal: no se fundamenta su infracción en la cuestión de inconstitucionalidad planteada. B) Reserva de Ley en materia sancionadora administrativa: requisitos que exige el respeto del principio de tipicidad. **5. Reglamentos Parlamentarios.** A) Ámbito de regulación del Reglamento del Senado. B) Interpretación del Reglamento del Senado. C) Infracción del Reglamento del Parlamento Vasco. **6. Reglamento.** A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Nulidad de reglamento ejecutivo por la falta del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. b) Nulidad de reglamento ejecutivo por la falta del preceptivo informe de la Comisión Nacional de la Energía. c) El trámite de negociación con las organizaciones sindicales no se vulnera cuando el reglamento se refiere al régimen jurídico general de los funcionarios y no a las condiciones de trabajo. B) Ordenanza municipal. a) El Pleno debe tener en cuenta las alegaciones realizadas en el trámite de información pública. **7. Instrucción.** A) Cabe impugnar una instrucción cuando tiene sustantividad propia. **8. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) Principio de igualdad en la Ley: no resulta vulnerado por la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. b) Principio de igualdad en la Ley: en relación con la regulación legal de los salarios de tramitación. c) Principio de igualdad en el acceso a la función pública. d) Principio de igualdad ante la Ley: prohibición de discriminación por razón de sexo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia RJ 2008/4118 y, en relación con la de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia RJ 2008/225696. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 143/2008, de 31 de octubre.

En esta crónica cabe destacar por su relevancia, la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que plantea y resuelve algunas de las cuestiones fundamentales del orden constitucional vigente en el Estado español. La citada Sentencia expone que la modificación del orden constituido establecido por la Constitución de 1978 exige seguir los procedimientos de reforma establecidos en ella. No cabe establecer modificaciones de la Constitución que afecten al titular de la soberanía, el pueblo español, sin seguir los procedimientos de reforma que la propia Constitución dispone. Con esta argumentación, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la posibilidad de que el Gobierno Vasco pueda someter a referéndum cuestiones que la Constitución no autoriza, y cuya reforma, en todo caso, exigiría la de la propia Constitución en los términos indicados anteriormente.

2. CONSTITUCIÓN

A) Necesidad de seguir los procedimientos de reforma de la Constitución para modificar el orden constituido

La Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, autorizó al *Lehendakari* a someter dos preguntas a consulta no vinculante de los ciudadanos del País Vasco en relación con el apoyo a un final dialogado de la violencia y al inicio de un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el derecho a decidir del pueblo vasco. Este Acuerdo debería someterse a referéndum antes del final de 2010. La Ley autorizaba la consulta y la tenía por convocada para el 25 de octubre de 2008.

En la **STC 103/2008, de 11 de septiembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra esta Ley, que el Tribunal Constitucional considera contraria a la Constitución. El representante procesal del Presidente del Gobierno sostiene que la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, ha infringido los artículos 1.2 y 2 CE, en relación con el artículo 168 CE y con la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

El Tribunal Constitucional entiende que cuando la Ley impugnada afirma que pretende establecer “las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español”, contempla como sujetos de esa nueva relación a la Comunidad Autónoma del País Vasco y al Estado español, entendido éste en su acepción de “Estado global” y no, como es obligado cuando se trata de la relación con una Comunidad Autónoma, en su condición de “Estado central”. Si esa “nueva relación” se tratara de alcanzar únicamente mediante la reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco, el referéndum no tendría sentido ni cabida en el momento inicial, pues la consulta popular sólo es posible para la ratificación de la reforma una vez aprobada ésta por las Cortes Generales.

En consecuencia, dado que esa nueva relación no pretende articularse mediante la reforma del Estatuto de Autonomía, el Tribunal considera que en este caso se plantea una cuestión que afecta al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional. Sólo mediante los procedimientos de reforma de la Constitución es posible plantear las cuestiones que aborda la Ley impugnada, dado que “el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable” (FJ 4°).

IV. Fuentes del Derecho

Para el Tribunal Constitucional,

“La Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el ‘Pueblo Vasco’, titular de un ‘derecho a decidir’ susceptible de ser ‘ejercitado’ [artículo 1.b) de la Ley impugnada], equivalente al titular de la soberanía, el Pueblo Español, y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre éste y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza. La identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente. En realidad el contenido de la consulta no es sino la apertura de un procedimiento de reconsideración del orden constituido que habría de concluir, eventualmente, en ‘una nueva relación’ entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco; es decir, entre quien, de acuerdo con la Constitución, es hoy la expresión formalizada de un ordenamiento constituido por voluntad soberana de la Nación española, única e indivisible (artículo 2 CE), y un sujeto creado, en el marco de la Constitución, por los poderes constituidos en virtud del ejercicio de un derecho a la autonomía reconocido por la Norma fundamental. Este sujeto no es titular de un poder soberano, exclusivo de la Nación constituida en Estado. Y es que, como recordamos en la STC 247/2007, de 12 de diciembre [FJ 4º.a)], ‘la Constitución parte de la unidad de la Nación española, que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional’. El procedimiento que se quiere abrir, con el alcance que le es propio, no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, cuyo cauce constitucionalmente no es otro que el de la revisión formal de la Constitución por la vía del artículo 168 CE, es decir, con la doble participación de las Cortes Generales, en cuanto representan al Pueblo Español (artículo 66.1 CE), y del propio titular de la soberanía, directamente, a través del preceptivo referéndum de ratificación (artículo 168.3 CE).

La cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco afecta (artículo 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. Es un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del artículo 168 CE. La que aquí nos ocupa no puede ser planteada como cuestión sobre la que simplemente se interesa el parecer no vinculante del cuerpo electoral del País Vasco, puesto que con ella se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos. El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquellos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del Pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político (FJ 4º).”

En definitiva, el Tribunal Constitucional entiende que el reconocimiento del derecho a decidir por parte del Pueblo Vasco exige una previa reforma de la Constitución; no cabe prescindir de estos procedimientos para modificar la titularidad de la soberanía reconocida en la Constitución.

3. LEY ORGÁNICA

A) Reserva de Ley Orgánica en materia de referéndum y de desarrollo del derecho a la participación política que regula el artículo 23 CE

En la **STC 103/2008, de 11 de septiembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, que autorizó al *Lehendakari* a someter dos preguntas a consulta no vinculante de los ciudadanos del País Vasco en relación con el apoyo a un final dialogado de la violencia y al inicio de un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el derecho a decidir del pueblo vasco. El Tribunal Constitucional entiende que dicha consulta se trata de un referéndum, y, por lo tanto, su convocatoria debería haberse ajustado a lo dispuesto por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum; esta Ley Orgánica desarrolla el artículo 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución. El Tribunal justifica que la consulta regulada por la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, responde al concepto constitucional de referéndum dado el objeto de la consulta, la voluntad requerida y que ésta ha de manifestarse mediante un procedimiento electoral dotado de las garantías propias de los procesos electorales; la circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante, pues el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado.

Además, esta Ley es la única constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, que se añade a la competencial que a favor del Estado regula el artículo 149.1.32ª CE en esta materia: la reserva del artículo 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 CE.

4. LEY

A) Reserva de Ley en materia penal: no se fundamenta su infracción en la cuestión de inconstitucionalidad planteada

La **STC 80/2008, de 17 de julio**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el inciso primero del artículo 153.1 del Código Penal, en su vigente redacción, dada por el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Se plantea en la cuestión que dicha regulación puede ser contraria a los principios de igualdad (con infracción de los artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 14 CE, culpabilidad (artículo 24.1 y 24.2 CE) y legalidad penal (artículo 25.1 CE). En relación con la posible

IV. Fuentes del Derecho

vulneración del principio de legalidad penal, el Tribunal decide la inadmisión de la cuestión por entender que se refiere a la expresión “persona especialmente vulnerable” que figura en el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona, y que en el planteamiento de cuestión no se hace juicio alguno de aplicabilidad ni de relevancia en relación con ésta.

En el mismo sentido, STC 81/2008, de 17 de julio.

B) Reserva de Ley en materia sancionadora administrativa: requisitos que exige el respeto del principio de tipicidad

En la STC 113/2008, de 29 de septiembre, se resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración, entre otros, del artículo 25 CE que regula el principio de legalidad en materia sancionadora, dado que la conducta por la que se impuso una sanción al recurrente por un estacionamiento en la acera, no es subsumible en el tipo aplicado por la Administración, que fue el artículo 39.2.1 de la Ordenanza municipal de tráfico del municipio de Laxe. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional considera que el derecho a la tipicidad sancionadora como manifestación del derecho a la legalidad sancionadora no se vulnera sólo con la sanción de una conducta atípica, no razonablemente subsumible en ningún tipo de infracción, sino también con la sanción de un hecho típico que, sin embargo, no es subsumible en el concreto tipo aplicado por la autoridad sancionadora. El Tribunal precisa que la seguridad jurídica del ciudadano, que es uno de los valores que sustenta el principio de legalidad en el ámbito sancionador, se vería afectada de un modo intolerable si éste pudiera ser sancionado sin expresión de la norma infringida o por la infracción de una norma diferente a la que se comunica como infringida en la resolución sancionadora. En rigor, la vinculación de la garantía de tipicidad al concreto tipo aplicado es una garantía de motivación propia del derecho a la legalidad sancionadora que afecta a un aspecto básico de la resolución sancionadora, como es la comunicación del tipo de infracción aplicado. En consecuencia, infringe el artículo 25.1 CE la resolución sancionadora que no expresa la tipicidad que le sirve de base, bien porque no lo hace en absoluto, bien porque lo hace de un modo equivocado.

Para aplicar esta doctrina al caso concreto hay que partir del análisis del contenido de la Ordenanza municipal de tráfico del Ayuntamiento de Laxe. Su artículo 65 remite, en relación con la cuantía de las multas, a la Ley 19/2001, de reforma del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, y tras describir los marcos de tales cuantías en función de si la infracción es leve, grave o muy grave, señala que como Anexo I figura un cuadro de infracciones y sanciones.

El tipo de infracción sancionado era el que figuraba en el Anexo, en la tabla de infracciones y sanciones, en el artículo 39.2.1. El artículo 39.2.1 no podía corresponder al articulado de la Ordenanza, por razones de número (no existe un artículo 39.2.1) y de contenido (el artículo 39 de la Ordenanza nada tiene que ver con el hecho denunciado), ya que el hecho denunciado (“Estacionar sobre la acera”) y la sanción impuesta (72 euros) respondían exactamente al contenido del artículo 39.2.1 del articulado propio del Anexo I y su tabla de infracciones.

El Tribunal, en consecuencia, desestima la alegación relativa a la vulneración del derecho a la tipicidad sancionadora, y afirma que no se pronuncia acerca de la técnica de tipificación de la Ordenanza, con una relación de normas en su articulado y con un artículo que remite para las

sanciones a un cuadro de infracciones y sanciones que figuran en un anexo y que se refieren a la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y, ocasionalmente, al Reglamento general de circulación.

Finalmente, el Tribunal afirma la imposibilidad de que los órganos judiciales puedan corregir el error de tipificación de la Administración a través de una correcta subsunción de la conducta sancionada, pues no es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración (STC 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 3º). Vid. Justicia Administrativa, núm. 22, Crónica IV.4.A).b).

5. REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS

A) Ámbito de regulación del Reglamento del Senado

En la **STC 101/2008, de 24 de julio**, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por cincuenta y un senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, en relación con el nuevo apartado 7 del artículo 184 del Reglamento del Senado, introducido por el artículo único de la reforma de dicho Reglamento aprobada el 21 de noviembre de 2007, relativo al procedimiento de elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. El precepto en cuestión dispone lo siguiente:

“La elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el artículo 159 de la Constitución, seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades:

- a) El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las candidaturas. Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo.
- b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos.”

En la Sentencia citada se señala que el contenido propio del Reglamento del Senado, es el de regular, con sujeción a la Constitución, su propia organización y funcionamiento, así como el ejercicio de las competencias que corresponden a la Cámara Alta (FJ 10º). El Tribunal precisa los preceptos de la Constitución que, dada la subordinación del Reglamento parlamentario a ésta, deben servir como parámetro de enjuiciamiento del precepto reglamentario impugna-

IV. Fuentes del Derecho

do, que fundamentalmente se refiere a las facultades que al Senado corresponden en orden a la elección de cuatro de los miembros del Tribunal Constitucional. Estos preceptos son: el artículo 72.1 CE, en cuanto expresión de la autonomía reglamentaria de la Cámara; el artículo 159 CE, especialmente en lo dispuesto en su apartado primero, si bien también hay que tener en cuenta los requisitos de elegibilidad, capacidad e independencia exigidos a los Magistrados que se derivan de los restantes apartados del citado precepto constitucional y, por último, el artículo 165 CE, en cuanto contiene una remisión expresa al legislador orgánico para la regulación del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional recuerda que algunas de estas cuestiones ya han sido resueltas en la STC 49/2008, en la que se desestimó la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 16.1 LOTC, en su redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007.

Así, por remisión a los fundamentos jurídicos 15º, 16º y 17º de la citada sentencia, se desestima la vulneración de los artículos 72.1 y 165 CE, así como las diversas infracciones constitucionales relacionadas con la posición institucional del Senado. Sobre la STC 49/2008, de 9 de abril, vid. *Justicia Administrativa*, núm. 40, Crónica IV.2.A) y B), 4 y 5.C).

Por lo que se refiere a la posible infracción del artículo 159 CE, el Tribunal entiende que es posible una interpretación conforme con la Constitución del precepto impugnado, dado que, según la jurisprudencia constitucional, sólo cabe declarar la derogación de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación (por todas, STC 176/1999, FJ 3º). En este caso, “dicha operación interpretativa, que encuentra su anclaje en el principio de conservación de la norma atendiendo a la presunción de constitucionalidad de la que goza por resultar emanada de un legislador democrático, resulta posible, pues no estamos aquí ante un supuesto en el que exista un conflicto evidente e insalvable entre el precepto reglamentario impugnado y las normas o principios constitucionales que integran su parámetro de control, señaladamente, el artículo 159.2 CE” (FJ 9º).

A juicio del Tribunal Constitucional, no cabe formular ninguna objeción a que la Cámara Alta haya de limitarse a elegir, como indica el artículo 16.1 LOTC, entre los candidatos a senador previamente presentados por las Asambleas Legislativas autonómicas y a que así lo establezca en su Reglamento. Si se interpreta el precepto impugnado en los términos que establece la Sentencia 101/2008, se garantiza que el Senado pueda cumplir con dicha función constitucional, eligiendo a otros candidatos posibles surgidos de su propio seno, en el caso de que no resulte posible cubrir todos o alguno de los puestos de Magistrados del Tribunal Constitucional por no obtener la mayoría de tres quintos los presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

B) Interpretación del Reglamento del Senado

En la STC 101/2008, de 24 de julio, el Tribunal Constitucional rechaza que deba entenderse vinculado por una interpretación basada únicamente en el debate parlamentario que tuvo lugar en el proceso de elaboración y aprobación de la norma enjuiciada. La pretendida *voluntas legislatoris*, derivada de los trabajos parlamentarios, no es la única y definitiva posible interpretación de la norma, principalmente cuando ésta se contrapondría con un entendimiento del precepto conforme con las previsiones constitucionales. Por encima de ese criterio debe prevalecer la interpretación que, de acuerdo con un espíritu integrador y sistemático, resulta más razonable

y es, además, conforme con la doctrina establecida en la STC 49/2008. Vid. *Justicia Administrativa*, núm. 40, Crónica IV.2.A) y B), 4 y 5.C).

C) Infracción del Reglamento del Parlamento Vasco

En la **STC 103/2008, de 11 de septiembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.

Uno de los problemas jurídicos que se plantean en el recurso es la posible inadecuación del procedimiento parlamentario observado en la elaboración de la citada Ley, que ha sido tramitada en lectura única, de acuerdo con la especialidad del procedimiento legislativo prevista en el artículo 119 del Reglamento del Parlamento Vasco, reservada para aquellas iniciativas gubernamentales que por su “naturaleza” o su “simplicidad de formulación” puedan ser tramitadas directamente ante el Pleno o ante una Comisión, bien por acuerdo del propio Pleno (“a propuesta unánime de la Mesa, oída la Junta de Portavoces” –artículo 119.1 RPV–), bien a instancia del Gobierno, sin necesidad de autorización de la Cámara, “cuando circunstancias de carácter extraordinario y razones de urgente necesidad lo exijan” y siempre que no se vean afectadas determinadas materias (artículo 119.3 RPV). En ambos casos “se procederá a un debate sujeto a las normas establecidas para los de totalidad, sometiéndose seguidamente el conjunto del Proyecto a una sola votación” (artículo 119.2 RPV).

Aunque el artículo 28 LOTC no mencione los Reglamentos Parlamentarios entre las normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, el Tribunal Constitucional entiende que “la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la Ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras” [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1º.a)].

A continuación, el Tribunal analiza si concurre alguno de los “supuestos tasados” en los que, de acuerdo con el artículo 119.3 RPV, el Gobierno Vasco puede hacer uso del procedimiento de lectura única y con ello excepcionar, sin previa autorización del Pleno de la Cámara, la posibilidad de presentación de enmiendas establecida como regla general del procedimiento legislativo en el artículo 102 RPV.

La Exposición de Motivos de la Ley 9/2008 expone que la consulta que pretende celebrarse “constituye un instrumento legal y democrático para que el Pueblo Vasco pueda ejercer libremente el derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos de trascendencia que son de su incumbencia”. En consecuencia, resulta evidente que dicha Ley tiene por objeto una de las materias excluidas por el artículo 119.3 RPV: el régimen electoral.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional mantiene que “las normas constitucionales y parlamentarias que regulan la elaboración de las Leyes tienen carácter instrumental respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (artículo 1.1 CE), de suerte que la inobservancia de los preceptos que regulan el proce-

IV. Fuentes del Derecho

dimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la Ley, cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras” (STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1º y STC 97/2002, de 25 de abril, FJ 2º). El Tribunal considera que en este caso se ha producido dicha alteración sustancial, ya que se ha impuesto a la Cámara la tramitación de la Ley impugnada a través de un procedimiento en el cual resultan limitadas las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma, no por acuerdo unánime de la Mesa del Parlamento, sino en virtud de una decisión del Gobierno Vasco, con infracción de lo establecido en el Reglamento del Parlamento Vasco.

6. REGLAMENTO

A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Nulidad de reglamento ejecutivo por la falta del preceptivo dictamen del Consejo de Estado

La STS de 11 de junio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, RJ 2008/4118, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura. La Sala *a quo* declaró la nulidad del Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 158/2001, de 9 de octubre, por el que se regula la tramitación y concesión de la cédula de habitabilidad. La razón por la que se determinó la nulidad del reglamento fue la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, al entender la Sala que el reglamento efectivamente innovaba el ordenamiento jurídico (FJ 2º).

Frente a estos argumentos la Junta de Extremadura aduce que, en realidad, el reglamento no tiene carácter ejecutivo, ya que sólo transcribe los preceptos de la Ley autonómica 3/2001, de 26 de abril, sobre normas reguladoras de la calidad, promoción y acceso a viviendas, y que lo que no es reproducción o repetición son especificaciones organizativas o meramente aplicativas de la citada Ley, sin que se añada nada nuevo que afecte a los municipios destinatarios de la obligación de expedir la cédula de habitabilidad.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no acepta este argumento. A partir de un análisis exhaustivo de los preceptos del reglamento llega a la conclusión de que se trata de un reglamento ejecutivo, que innova el ordenamiento jurídico y que, por tanto, se ha vulnerado el procedimiento de elaboración de disposiciones generales (FJ 5º). De modo que se desestima el recurso de casación.

b) Nulidad de reglamento ejecutivo por la falta del preceptivo informe de la Comisión Nacional de la Energía

La STS de 18 de septiembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR sin determinar, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por tres particulares contra el RD 1204/2006, de 20 de octubre, por el que se modifica el RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía. En el recurso se solicita la nulidad del Real Decreto apoyándose en la vulneración de la Disposición Adicional Undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos y del artículo

24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por haberse omitido en el procedimiento de elaboración el preceptivo informe de la Comisión Nacional de la Energía.

El Tribunal comprueba que, efectivamente, no se emitió el informe correspondiente por parte de la Comisión Nacional de la Energía, de modo que se vulneraron los preceptos señalados. Además, afirma que, en este caso, el informe era fundamental para dar cumplimiento a la finalidad y función de la Disposición Adicional Undécima de la Ley de Hidrocarburos, y que no es posible entender que se trataba de una garantía procedimental meramente formalista. Frente a las alegaciones del Abogado del Estado que se referían a la posibilidad de prescindir del informe de la Comisión Nacional de la Energía ya que se trataba de un reglamento de tipo organizativo, el Tribunal afirma que, en realidad, el RD tiene el carácter de reglamento ejecutivo, ya que desarrolla la Ley de Hidrocarburos innovando el ordenamiento jurídico al concretar el régimen jurídico de los órganos de gobierno de la Comisión Nacional de la Energía (FJ 2º). Así que, finalmente, el Tribunal acoge el motivo de impugnación por infracción de las normas procedimentales de elaboración de los reglamentos.

c) El trámite de negociación con las organizaciones sindicales no se vulnera cuando el reglamento se refiere al régimen jurídico general de los funcionarios y no a las condiciones de trabajo

La STS de 24 de septiembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR sin determinar, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una serie de particulares frente al RD 522/2005, de 13 de mayo, por el que se modifican los requisitos para la integración de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional pertenecientes a la subescala de Secretaría-Intervención. En el escrito de recurso se solicitó la declaración de nulidad del artículo único de la norma citada, así como que se declararan no conformes a Derecho los requisitos similares que establecía la Disposición Adicional Única del RD 834/2003, de 27 de junio. Los requisitos consistían en condicionar la integración en el grupo A de los funcionarios de la subescala Secretaría-Intervención a dos exigencias: superar un concurso y un curso de formación y estar en posesión del título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente. Los argumentos en los que se apoya el recurso son: la vulneración del principio de igualdad (artículos 14, 23 y 103 CE); el incumplimiento del preceptivo trámite de la negociación con las organizaciones sindicales, y la inobservancia de la reserva de Ley del artículo 103.3 CE.

a) Con respecto a la vulneración del principio de igualdad, señalan los recurrentes que las exigencias de titulación y superación de un concurso y curso de formación son discriminatorias. Se genera un trato desigual entre las personas que ingresaron en la subescala Secretaría-Intervención sin exigírseles las nuevas titulaciones y quienes hayan ingresado con esas nuevas titulaciones o las hayan obtenido con posterioridad, a pesar de que se encuentran en el mismo puesto de trabajo. Al respecto, invoca Sentencias anteriores que resolvieron esta misma alegación. De acuerdo con ellas, lo determinante era comprobar si los requisitos exigidos por la nueva normativa podían considerarse racionales y objetivos. Y el Tribunal entiende que la nueva titulación exigida se acomoda perfectamente a las exigencias de los puestos de trabajo afectados y que no se pueden considerar ilógicos o incoherentes con el resto de la normativa (FJ 5º).

IV. Fuentes del Derecho

b) En relación con la negociación con las organizaciones sindicales, se señala que está determinada en la Disposición Adicional Séptima del Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, así como en los artículos 30 y siguientes de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Al respecto, apunta el Tribunal que el Real Decreto impugnado no afecta a las condiciones de trabajo, sino que integra el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local. Luego concluye que en este caso no existía el deber de negociar conforme a la Ley 9/1987 precitada (FJ 7°).

c) Por último, por lo que se refiere a la vulneración de la reserva de Ley, se señala que se ha violado lo dispuesto en la Disposición Transitoria Séptima.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Según los recurrentes, de acuerdo con esta disposición, el Gobierno podía extinguir escalas y subescalas e integrar a los funcionarios de las extintas en las nuevas creadas, mientras que las disposiciones aquí controvertidas declaran a extinguir a determinados funcionarios pertenecientes a una subescala que no se extingue sino que se mantiene. Ahora bien, el Tribunal no acoge tampoco esta alegación y entiende que la Disposición Transitoria Séptima de la LBRL ofrece cobertura suficiente para la aprobación del RD impugnado. En virtud de esa disposición, el Gobierno, sin plazo concreto, puede extinguir Cuerpos y establecer criterios para que los funcionarios del Cuerpo a extinguir se integren en otros, dentro de un proceso general de racionalización para el cumplimiento de la Ley. En este caso, se cumplen estos requisitos ya que el RD 834/2003 exige nuevas titulaciones en las distintas subescalas de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional de acuerdo con parámetros de racionalidad que se ajustan a las condiciones establecidas en la Ley (FJ 6°).

En virtud de estos argumentos principales se desestima, pues, el recurso interpuesto. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008 y de 17 de septiembre de 2008, ambas con la referencia JUR sin determinar.

B) Ordenanza municipal

a) El Pleno debe tener en cuenta las alegaciones realizadas en el trámite de información pública

La STS de 10 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, RJ 2008/2438, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bueu (Pontevedra) contra la Sentencia de 30 de noviembre de 2001 del TSJ de Galicia. En dicha Sentencia se resolvió el recurso contencioso-administrativo promovido por la Federación de Comerciantes e Industriales de Morrazo contra la Ordenanza reguladora de la tasa por recogida de basuras aprobada por el Ayuntamiento de Bueu el 28 de diciembre de 2000. La Sala *a quo* entendió que constituía un vicio de procedimiento que las alegaciones formuladas en el período de información pública por la entidad recurrente no fueran tenidas en cuenta por el Pleno, para aprobarlas o rechazarlas. Además, la Alcaldía procedió a modificar la Ordenanza, mediante una supuesta corrección de errores, al margen del procedimiento establecido.

La Corporación recurrente en casación señala que sí se tomaron en cuenta las alegaciones de la demandante en instancia por parte del Pleno y que las rectificaciones llevadas a cabo por

el Alcalde en algunas tarifas no eran una modificación, sino que sólo se pretendía adecuar lo publicado con lo realmente aprobado por el Pleno. El Tribunal comprueba en la documentación aportada que el Pleno sí procedió efectivamente a valorar las alegaciones realizadas por la Federación recurrente en instancia, de modo que declara que no hubo ningún vicio de procedimiento en las alegaciones presentadas (FJ 5º). Por otro lado, también confirma que el texto de la Ordenanza remitido para su publicación no fue el efectivamente aprobado por el Pleno al existir unas variaciones que constaban en el informe del Secretario (FJ 6º). Así que niega que existiese una modificación de la Ordenanza sin seguir el procedimiento adecuado. Con base en estos argumentos el Tribunal estima el recurso de casación.

7. INSTRUCCIÓN

A) Cabe impugnar una instrucción cuando tiene sustantividad propia

La STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, RJ 2008/225696, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra la Instrucción aprobada por la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha el 11 de marzo de 2003, por la que se establecen normas para la redacción y supervisión de proyectos de obras en materia de Urbanismo y Vivienda.

Para analizar el recurso, la Sala determina la naturaleza jurídica de la resolución impugnada, pues se plantea la duda de si es posible impugnarla. Al respecto señala que se trata de una instrucción, ya que simplemente es un instrumento escrito que proporciona criterios de actuación administrativa. En este sentido, se afirma que su fuerza deriva del principio jerárquico, frente a los reglamentos, cuya fuerza deriva del ejercicio de la potestad reglamentaria. Además, la instrucción se dirige a los funcionarios no a los administrados y no tiene carácter normativo –aunque debe someterse al resto del ordenamiento jurídico–, de ahí la inexigibilidad de su publicación. A partir de estos argumentos, la Sala considera que es perfectamente posible impugnar la instrucción porque tiene sustantividad propia y entidad suficiente para ser objeto de un procedimiento aparte. Con base en estos argumentos se estima parcialmente el recurso.

8. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) Principio de igualdad en la Ley: no resulta vulnerado por la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género

La STC 80/2008, de 17 de julio, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el inciso primero del artículo 153.1 del Código Penal, en su vigente redacción, dada por el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género; se plantea en la cuestión que dicha regulación puede ser contraria a los

IV. Fuentes del Derecho

principios de igualdad (con infracción de los artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 14 CE), culpabilidad (artículo 24.1 y 2 CE) y legalidad penal (artículo 25.1 CE).

En relación con el principio de igualdad, se plantea si el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona, al imponer un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, resulta contrario al artículo 14 CE. El Tribunal Constitucional, para resolver esta cuestión remite a la STC 59/2008, de 14 de mayo. Esta sentencia ha sido analizada en *Justicia Administrativa*, núm. 41, Crónica IV.5.A).a).

En el mismo sentido, SSTC 81/2008, 82/2008 y 83/2008, todas del 17 de julio, 95/2008, 96/2008, 97/2008, 99/2008 y 100/2008, de 24 de julio.

b) Principio de igualdad en la Ley: en relación con la regulación legal de los salarios de tramitación

En la STC 84/2008, de 21 de julio, se resolvió el recurso de amparo interpuesto por la vulneración de varios derechos fundamentales, entre los que se cita la igualdad en la Ley (artículo 14 CE), por la aplicación del artículo 2.3 del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Este precepto fue declarado inconstitucional en la STC 68/2007, de 28 de marzo, que declaró nulo el conjunto del Real Decreto-Ley, por vulneración del artículo 86.1 CE. Vid. *Justicia Administrativa*, núm. 36, Crónica IV.4.

El Tribunal justifica su competencia para resolver este recurso de amparo con independencia de la previa declaración de inconstitucionalidad del Decreto-Ley 5/2002, en la jurisprudencia contenida, entre otras, en la STC 46/2008, en la que expuso que “para que en un recurso de amparo pueda este Tribunal remitirse a lo decidido en un previo proceso de inconstitucionalidad, no basta con que se encuentre afectado el mismo precepto legal, sino que, además, es preciso que el derecho o el precepto constitucional que hubiese fundamentado la declaración de inconstitucionalidad sea también susceptible de tutela en el proceso de amparo constitucional”. Dado que, como ya se ha señalado, la STC 68/2007, de 28 de marzo, declaró inconstitucional y nulo el Real Decreto-ley 5/2002 por vulneración del artículo 86.1 CE, precepto que no es “susceptible de tutela en el proceso de amparo constitucional”, el Tribunal entiende que puede analizar las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas en este recurso de amparo ya que no cabe extender en este caso los efectos de la inconstitucionalidad ya declarada, en relación con el Decreto-Ley.

Una vez definido el objeto del proceso, el Tribunal Constitucional aplica su doctrina jurisprudencial relativa al principio de igualdad en la Ley. La regulación a la que se imputa la vulneración del principio de igualdad en la Ley permite condicionar el derecho a la percepción de los salarios de tramitación a la vigencia de la relación laboral, reconociendo dicho derecho al trabajador que, por causa de la readmisión, debe entenderse que ha mantenido en todo momento en vigor su relación laboral con la empresa, pese a no haber prestado servicios efectivos por causa a él no imputable, mientras que no se le reconoce a aquél cuyo contrato de trabajo ha quedado definitivamente extinguido en la fecha del despido. A juicio del Tribunal, esta regulación constituye una opción que el legislador ordinario puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad, al incidir sobre situaciones claramente diferenciadas desde la perspectiva de la finalidad contemplada, y ello con independencia de

la concepción que se mantenga sobre la naturaleza jurídica, salarial o indemnizatoria, de los “salarios de tramitación”, cuestión que, en todo caso, resulta ajena al ámbito de la jurisdicción constitucional de amparo.

La diferenciación introducida por el legislador no resulta desproporcionada o irrazonable, en la medida en que se corresponde, a partir de una determinada configuración legal del despido, con el contenido del derecho de opción reconocido al empresario y con los efectos sobre la vigencia del contrato de trabajo derivados del ejercicio de dicho derecho. En consecuencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo.

Sobre esta cuestión, SSTC 122/2008, de 20 de octubre; 142/2008 y 143/2008, ambas de 31 de octubre.

c) Principio de igualdad en el acceso a la función pública

En la STC 87/2008, de 21 de julio, se resuelve un recurso de amparo interpuesto por la vulneración del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública por parte de una Sentencia y un Auto de nulidad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, que desestimó su demanda contra la Subsecretaría de Defensa relativa al acceso al Centro de Formación de la Guardia Civil para ascenso a la escala ejecutiva.

El recurrente fundamenta su recurso de amparo en la vulneración de los artículos 14 y 23.2 CE. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando se invocan simultáneamente los artículos 14 y 23.2 CE, las supuestas violaciones de aquél quedan subsumidas en las más concretas de éste, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguno de los criterios explícitamente proscritos en el artículo 14 CE; dado que en este caso no concurre esta circunstancia, se debe centrar el análisis en la posible vulneración del artículo 23.2 CE.

La vulneración del artículo 23.2 CE se fundamenta, a juicio del recurrente, en que la Administración, una vez anulada la base de la convocatoria para acceder al Centro de Formación de la Guardia Civil por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, debería haber resuelto el proceso selectivo con arreglo a la nulidad declarada y en condiciones de igualdad. El recurrente considera que al aspirante que promovió los recursos estimados en aquella Sentencia, se le han aplicado las bases de la convocatoria de un modo distinto a como se las ha aplicado al propio recurrente,—que no impugnó en su momento las bases de la convocatoria, ni la resolución final del proceso selectivo que le declaró no apto—, a pesar de que ambas situaciones jurídicas eran idénticas, con el resultado de que el primero tuvo acceso al Centro de Formación y él no. A juicio del recurrente, no debe ser obstáculo a la exigencia de acceder al Centro de Formación no haber impugnado en su momento ni las bases de la convocatoria ni la resolución final del proceso selectivo que le declaró no apto.

El Tribunal Constitucional entiende que en este caso no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente, ni por parte de la Administración, ni por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, en consecuencia, desestima el recurso de amparo. A juicio del Tribunal, el recurrente recibió de la Administración el mismo trato que el aspirante que impugnó ante el Tribunal Superior de Justicia la resolución que puso fin al proceso selectivo, pues dicha

IV. Fuentes del Derecho

resolución exigió a ambos la realización de las dos fases que preveía la convocatoria y declaró a los dos no aptos en función del desarrollo de la oposición. Posteriormente, el aspirante resultó finalmente nombrado alumno del Centro de Formación de la Guardia Civil, no porque la Administración hiciese una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria, sino en ejecución de una Sentencia favorable a sus intereses dictada como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos que promovió. Por el contrario, el demandante no ha obtenido ningún pronunciamiento judicial en su favor que obligara a la Administración a nombrarle alumno del citado Centro de Formación. En este sentido cabe afirmar que del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE) no deriva como consecuencia necesaria que la estimación del recurso contencioso-administrativo de un aspirante exija que la Administración altere el acto resolutorio del proceso selectivo para los aspirantes que lo consintieron ni, en consecuencia, tampoco deriva del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE) la obligación de los Tribunales de Justicia de imponer a la Administración esa alteración.

El derecho fundamental regulado en el artículo 23.2 CE, no garantiza el estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos. El Tribunal Constitucional ha precisado que el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas, ya que sólo cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE.

Sobre esta cuestión, *vid.* SSTC 121/2008, de 15 de octubre, 130/2008, 131/2008, 132/2008, 133/2008, 136/2008 y 138/2008, todas de 27 de octubre.

En la STC 126/2008, de 27 de octubre, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto de la Disposición Adicional Vigésima. Uno de la Ley 66/1997, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al establecer que en las bases generales para la convocatoria de las pruebas selectivas para ingresar en la categoría de facultativo especialista de área del Instituto Nacional de la Salud que debían de celebrarse por concurso-oposición durante 1998, los aspirantes no podrían ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del Sistema Nacional de Salud. El Tribunal desestima la cuestión planteada señalando que no se ha producido ninguna vulneración del artículo 23.2 CE en su concreta dimensión de acceso a la función pública, dado que, en principio, resulta plenamente congruente con el sistema de provisión de vacantes que quienes ya son titulares en propiedad de una plaza de la categoría y especialidad convocadas no puedan concurrir a un proceso selectivo dirigido a cubrir plazas de la misma condición que aquéllas cuya titularidad ya ostentan.

La STC 118/2008, de 13 de octubre, resolvió el recurso de amparo interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que, en grado de apelación, desestimó la demanda del recurrente contra la Diputación General de Aragón en relación con la convocatoria de provisión de una plaza en el Instituto Aragonés de Servicios Sociales. El recurrente alega que se han vulnerado los derechos del recurrente a la igualdad (artículo 14 CE) y al acceso y permanencia en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE), al excluir de dicha convocatoria con carácter general a los funcionarios docentes sin la debida cobertura legal y sin justificación alguna.

El Tribunal expone que la exclusión de los funcionarios docentes del puesto de trabajo objeto de la convocatoria impugnada se ha fundamentado en una mera presunción de su inidoneidad para el desarrollo de las funciones a asumir, lo que no resulta razonablemente justificado, tanto si se analiza desde la perspectiva puramente de gestión, ya que existen docentes en ramas especializadas de gestión de las Administraciones públicas, como desde la perspectiva de la materia a gestionar, porque existen variedad de titulaciones académicas en las que los servicios sociales constituyen el núcleo de la formación. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo. En esta Sentencia el Tribunal se remite a la STC 129/2007. Sobre esta última sentencia, vid. *Justicia Administrativa*, núm. 37, Crónica IV.B).a).

d) Principio de igualdad ante la Ley: prohibición de discriminación por razón de sexo

La STC 92/2008, de 21 de julio, resuelve un recurso de amparo interpuesto por una mujer que fue despedida estando embarazada y que alega que la extinción de su relación laboral se produjo como consecuencia de dicho embarazo.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como el embarazo. En este caso, sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que no se ha producido un supuesto de discriminación por razón de sexo, dado que no ha sido probado que la recurrente fuera despedida por razón de su embarazo, ya que la empresa desconocía su estado.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de indicios de la lesión del derecho fundamental, bien porque conste dicho conocimiento en los hechos probados de las resoluciones recurridas, bien porque, aun no constando expresamente, existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión. Difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora si no ha quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con éste, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión. En este caso ni consta tal conocimiento ni existen otros datos indiciarios de los que pudiera deducirse la probabilidad de la lesión.

Los únicos datos acreditados son los relativos a la inexistencia de causa legal para el despido de la trabajadora –admitida por la propia empresa al reconocer desde el primer momento su carácter improcedente– y el hecho de que la trabajadora se encontraba embarazada en la fecha del despido. Estos datos, a juicio del Tribunal Constitucional, son insuficientes para operar la inversión de la carga probatoria. En consecuencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

SILVIA DÍEZ SASTRE

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos. A) Actos de trámite. a) Acto de requerimiento de información dentro de un procedimiento administrativo. B) Acto firme y consentido. a) Acto firme: requisitos. **3. Procedimiento administrativo.** A) Silencio administrativo. a) Naturaleza y efectos del silencio administrativo de carácter negativo. b) Silencio negativo en el supuesto de solicitud de instalación de una oficina de farmacia en el municipio de Valencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992. B) Caducidad. a) Requisitos de la caducidad en los procedimientos iniciados a instancia de parte.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio a octubre de 2008, tanto con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo como a las de los Tribunales Superiores de Justicia. En este período resulta necesario dejar constancia de que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones, en sendos recursos de amparo, sobre la cuestión relativa a la fijación de los plazos para impugnar actos presuntos desestimatorios que se producen por el incumplimiento por parte de la Administración de la obligación de resolver.

2. CLASES DE ACTOS

A) Actos de trámite

a) Acto de requerimiento de información dentro de un procedimiento administrativo

Conforme declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y expresamente recoge la reciente STS de 16 de julio de 2008, Ar. 3444, este tipo de actos no constituye “un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el curso de un procedimiento”, con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse. Se trata de actos de instrucción dirigidos, como establece el artículo 78 LPAC, a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Desde esta perspectiva la motivación normalmente viene dada por el fin que persiguen –acopio de material instructivo–, y por el objeto del procedimiento dentro del cual se realizan, ya que exigir un plus sobre esto llevaría en muchos casos a la imposibilidad de practicar la investigación, cuyos resultados son aleatorios y pueden resultar estériles.

B) Acto firme y consentido

a) Acto firme: requisitos

Conforme declara la STSJ de Cantabria de 15 de julio de 2008, Ar. 314741, para que pueda afirmarse que “sobre una resolución administrativa pesa la fuerza del acto consentido”, es preciso constatar una actitud del interesado de aquiescencia y sumisión al acto de que se trate por conocerlo debidamente a su tiempo y, sin embargo, no haber reaccionado frente a él oportunamente interponiendo en tiempo y forma hábiles los recursos procedentes; este sistema de garantías no se conforma con simple presunciones de conocimiento del acto, sino que exige tener una idea clara y completa de éste, reforzada con el complemento de las preceptivas advertencias legales, de donde deriva la doctrina que niega firmeza a los actos no notificados en la forma prevista en el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Silencio administrativo

a) Naturaleza y efectos del silencio administrativo de carácter negativo

Como expresamente han declarado las recientes SSTC 106/2008, de 15 de septiembre, y STC 117/2008, de 13 de octubre, “el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el particular pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración”. Teniendo en cuenta que ésta es la naturaleza

V. Actos, Procedimiento y Contratos

del silencio, el TC considera, basándose en una interpretación que favorece la efectividad del artículo 24 CE, que en los supuestos en los que esta ficción resulte de aplicación no puede realizarse una interpretación de los preceptos legales “que prime la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver”. Aplicando esta doctrina el Tribunal Constitucional considera que ante una desestimación presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial realizada frente a una Administración local, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en un plazo determinado, pues de lo contrario se entendería que su falta de actuación o pasividad es un consentimiento del acto presunto, y se le exigiría un deber de diligencia mayor que a la propia Administración. Todo ello lleva a que el TC considere que no hay limitación de plazo para impugnar un acto presunto desestimatorio producido por inactividad de la Administración, o, al menos, que el cómputo de ese plazo ha de hacerse de la manera más favorable al interesado. (En los supuestos enjuiciados en los recursos de amparo en las citadas STC 105/2008 y STC 117/2008, se declara que el plazo de 6 meses previsto en el artículo 46 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede calcularse en perjuicio del ciudadano que soporta la inactividad de la Administración, de este modo puede computarse, por ejemplo, a partir del momento en el que la Administración expide certificación de acto presunto, si se produce, y no a partir del día siguiente a producirse la desestimación presunta, esto es, seis meses después de presentada la solicitud por el particular.)

El problema planteado en estos recursos de amparo es idéntico al resuelto en anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que constituyen ya una consolidada doctrina sobre la fijación y cómputo de plazos para impugnar actos desestimatorios presuntos.

b) Silencio negativo en el supuesto de solicitud de instalación de una oficina de farmacia en el municipio de Valencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992

Así lo declara la STS de 8 de julio de 2008, Ar. 250102.

B) Caducidad

a) Requisitos de la caducidad en los procedimientos iniciados a instancia de parte

La STS de 16 de julio de 2008, Ar. 3444, pone de relieve que los requisitos de la caducidad en este tipo de procedimientos, son los siguientes: a) que se trate de procedimientos iniciados a solicitud del interesado, b) que se produzca la paralización, c) que esta paralización ha de obedecer a causa imputable al interesado, rechazándose la aplicación de la caducidad cuando la causa no le es atribuible, d) la paralización o inactividad ha de referirse a trámites que resultan imprescindibles y esenciales para dictar la resolución, e) ha de haberse realizado una advertencia expresa de la Administración sobre la caducidad en el plazo de tres meses, siendo este momento el que marca el principio del plazo careciendo de relevancia la paralización anterior, y, en fin, f) debe hacerse una declaración expresa de la caducidad, cuando ya ha expirado el plazo sin que el interesado requerido haya realizado la actividad que se estima necesaria para reanudar la tramitación. En el caso enjuiciado el Tribunal estima que es conforme a derecho la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo por la que

archiva las actuaciones al no haber presentado el solicitante de una autorización administrativa el proyecto técnico de las instalaciones de depuración de aguas residuales para el conjunto de la urbanización, cuando había sido requerido para ello.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.

A) Aplicación del principio de defensa de la competencia en el sector público. Supuesto de empresa a la que un Estado miembro concede derechos exclusivos o especiales que incurren en un supuesto de abuso de posición dominante. 3. Contratos administrativos típicos.

A) Contrato de obra. a) Sólo con carácter excepcional y con motivación suficiente, puede admitirse que el importe de la liquidación por revisión de precios se haga en el momento de la liquidación y no se haga conjuntamente con las certificaciones parciales. b) Desestimación por silencio de la recepción de las obras. Inexistencia de inactividad material. c) Intereses de demora e iliquidez de la reclamación. d) Enriquecimiento injusto y ejecución deficiente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio de 2008 a noviembre de 2008, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, como por lo que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Aplicación del principio de defensa de la competencia en el sector público. Supuesto de empresa a la que un Estado miembro concede derechos exclusivos o especiales que incurren en un supuesto de abuso de posición dominante

La STJCE de 1 de julio 2008, Gran Sala, As. C-49/07 (TJCE 2008\148), apartados 21, 22, 25, 26, 28, 29, 44 y 53, analiza la aplicación del principio de defensa de la competencia en el sector público (artículo 86.1 TCE), en el supuesto de empresas a las que los Estados miembros conceden derechos exclusivos o especiales. En este caso se trata de una persona jurídica encargada de organizar competiciones de motocicletas, que celebra en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, y que tiene, además, la competencia atribuida por los poderes públicos de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones, sin que dicha facultad esté sometida a límites, obligaciones y control.

Ante tal supuesto el Tribunal declara la existencia de abuso de posición dominante, con base en los siguientes argumentos jurídicos.

Comienza el Tribunal afirmando que “Si bien el Tratado no define el concepto de empresa, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que debe calificarse como tal cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación (...). A este respecto, procede recordar que constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (...)” y que “con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público no tienen carácter económico”. No obstante, aclara la sentencia que “en lo que se refiere a la posible incidencia del ejercicio de las prerrogativas de poder público sobre la calificación de una persona jurídica como el ELPA de empresa en el sentido del Derecho comunitario, procede señalar (...), que, por sí solo, el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de sus actividades no impide calificarla de empresa a efectos del Derecho comunitario de la competencia en lo que respecta al resto de sus actividades económicas (...) En efecto, la calificación de actividad vinculada al ejercicio de prerrogativas de poder público o de actividad económica debe hacerse de manera separada para cada actividad ejercida por una determinada entidad”. Además, sigue argumentado el TJCE que ha de tenerse en cuenta que “(...) el hecho de que la oferta de productos y servicios no tenga ánimo de lucro no obsta a que la entidad que efectúa dichas operaciones en el mercado deba ser considerada una empresa cuando dicha oferta compite con las de otros operadores con ánimo de lucro”. Además la sentencia aclara que para que una persona jurídica esté “incluida en el ámbito del artículo 82 CE, es necesario, además, que ocupe una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste”. Estableciendo al respecto que “el concepto de ‘posición dominante’ del artículo 82 CE se refiere a una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa, que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente respecto a sus competidores, a sus clientes y, finalmente, a los consumidores”. Y además aclara que “el artículo 86 CE, apartado 2, permite que los Estados miembros confieran a empresas, a las que encomiendan la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas del Tratado sobre la competencia, en la medida en que, para garantizar el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia o, incluso, excluir toda competencia de otros operadores económicos”.

El Tribunal aplica la doctrina anterior a la persona jurídica en cuestión (“ELPA”), y llega a la conclusión de que, sin duda, ejerce una actividad económica. Después analiza si es de aplicación el artículo 86 CE, en relación con el artículo 82 CE, llegando a la siguiente conclusión:

“(...) una persona jurídica cuyas actividades consisten no sólo en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 CE y 86 CE. Estos artículos se oponen a una normativa nacional que confiere a una persona jurídica, que organiza competiciones de motocicletas y celebra en este

V. Actos, Procedimiento y Contratos

contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones, sin que dicha potestad esté sometida a límites, obligaciones y control”.

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) Sólo con carácter excepcional y con motivación suficiente, puede admitirse que el importe de la liquidación por revisión de precios se haga en el momento de la liquidación y no se haga conjuntamente con las certificaciones parciales

La SAN de 16 de julio de 2008 (recurso contencioso-administrativo 1190/2007), JUR 2008\259891, FD 1º, recoge la asentada jurisprudencia en esta materia y afirma que a pesar de que el Pliego de Condiciones administrativas del contrato permita que la Administración pueda hacer efectivas las revisiones de precios no sólo a través de las certificaciones de obras sino también mediante la liquidación definitiva del contrato, en aplicación del artículo 108 TRLCAP y teniendo en cuenta el sentido lógico de dicha norma, la liquidación por revisión de precios debe realizarse con la certificación o pago parcial, y sólo excepcionalmente y motivado suficientemente en el momento de la liquidación del contrato. Téngase en cuenta que la regulación contenida en el vigente artículo 82 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es idéntica a la del antiguo artículo 108 TRLCAP. Concretamente el Alto Tribunal argumenta lo que sigue:

“(…) El artículo 108 sólo admite que el importe de la liquidación por revisión de precios se haga en el momento de la liquidación excepcionalmente cuando no haya podido incluirse en dicha certificaciones o pagos parciales. Por tanto, lo normal es que el abono se haga juntamente con la certificación parcial. Si la Administración efectúa esta determinación con la liquidación del contrato debe justificar y motivar las razones por las que demoró el pago, lo que no sucede en este caso. Y, sólo si éstas tienen una explicación razonable puede ser admitida tal excepción. Este modo de actuar, previsto en la norma tiene una justificación lógica, pues si así no fuese el contratista se convertiría en financiador de la obra ya ejecutada, teniendo en cuenta que la revisión de precios permite establecer el equilibrio económico con el coste real de la obra en el momento de su ejecución”.

b) Desestimación por silencio de la recepción de las obras. No existe inactividad material

La SAN de 23 de julio de 2008, JUR 300149/2008, considera incorrecto utilizar la vía del recurso frente a la inactividad de la Administración regulado en el artículo 29.1 LJCA cuando el contratista dirige una reclamación a la Administración para que proceda a la recepción definitiva de las obras y al pago de una determinada cantidad, donde se incluyen los excesos de obra ejecutados. Para el órgano jurisdiccional, el contratista “(…) acude a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa impugnando lo que no es más que la desestimación presunta de la petición de liquidación de unas obras, liquidación no reconocida por la Administración y cuya cuantía no resulta, de forma incuestionable y clara, del contrato de obra. Resulta por ello patente que en

el presente caso no nos encontramos ante la existencia de prestaciones concretas a favor de una persona previamente establecidas, o reconocidas por la Ley o por actos o contratos administrativos, sino precisamente ante la reclamación de una pretensión no reconocida de forma clara y expresa por la Administración, por lo que no resulta aplicable el artículo 29 (...).”

Una cuestión interesante que resuelve la Sentencia es la petición de inadmisibilidad formulada por la Administración contratante, dado que el acto impugnado es la desestimación por silencio de la recepción de las obras y el pago de la cantidad, siendo dicha solicitud la segunda formulada por el contratista. La AN desestima dicha inadmisión, porque el silencio no puede beneficiar a la Administración. Tras ello, se afirma que la falta de recepción provisional formal de las obras es imputable exclusivamente a la Dirección Facultativa de la obra, no al contratista. Los intereses de demora los fija la SAN a partir de la fecha de la segunda reclamación, y no de la primera, dado que desistió del control judicial de ésta, en atención al principio de reparación integral.

c) Intereses de demora e iliquidez de la reclamación

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de julio de 2008, JUR 300092/2008, tras declarar la improcedencia de la reclamación por enriquecimiento injusto de la Administración contratante ante la mayor ejecución de obras por parte del contratista, reconoce que a éste no se le ha abonado la totalidad de lo ejecutado, pero al no coincidir dicha cantidad con la reclamada en su demanda, ésta debe considerarse ilíquida, puesto que no es la reclamada sino la fijada en sentencia, por lo que no genera intereses de demora desde la fecha de ejecución del contrato, sino únicamente los intereses devengados en los términos del artículo 106 LJCA desde la fecha de la sentencia.

d) Enriquecimiento injusto y ejecución deficiente

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de julio de 2008, RJCA 457/2008, ante la actuación municipal que sólo emite una primera certificación de obras tras comprobar que la obra de hormigonado de una calle (tras la ejecución de obras de abastecimiento de agua) presenta un espesor menor al especificado en el Proyecto, afirma que “(...) no se puede basar sólo en el incumplimiento contractual para que no emitiese más certificaciones, pues lo que debería haber hecho es poner de manifiesto esa deficiencia en el libro de órdenes y haber manifestado la importancia o no importancia de esta deficiencia en la obra y si la obra no podría cumplir su finalidad por este defecto (...)”. Ante este comportamiento, sumado a que la Administración contratista no indicó en ningún momento al contratista la existencia de una deficiente ejecución que impidiese la recepción de la obra, máxime cuando las calles han estado abiertas al público, permite afirmar la existencia de una recepción tácita de las obras. Este dato determina que la Administración contratista no pueda eximirse del pago de las obras realmente ejecutadas, a pesar del incumplimiento del contratista, dado que en ningún momento ha procedido a resolver el contrato y debe evitarse un enriquecimiento injusto de la Administración contratante.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Administración del Estado. La responsabilidad patrimonial imputable al Tribunal Constitucional debe reclamarse ante el Consejo de Ministros. 2. Administración local.

A) Autonomía Local. El control de la Administración autonómica en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento ha de respetar la autonomía local. B) Competencias municipales. a) Las corporaciones locales carecen de competencia para declarar la oficialidad de una lengua. b) La aprobación inicial de un plan general de ordenación urbanística puede someterse a consulta popular. C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. La Comunidad Autónoma puede impugnar la puesta en servicio *de facto* de un servicio de competencia municipal. **3. Organismos públicos. La CMT tiene potestad sancionadora respecto del incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia, no sólo en el mercado de las telecomunicaciones, sino también en el mercado audiovisual. 4. Consorcios. Un Ayuntamiento no puede fijar unilateralmente la valoración de ciertos derechos ni la forma de pago de su contribución al consorcio al que pertenece. 5. Colegios profesionales y profesiones tituladas. El artículo 23.2 CE no es aplicable a las Corporaciones de derecho público no territoriales.**

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL IMPUTABLE AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEBE RECLAMARSE ANTE EL CONSEJO DE MINISTROS

La SAN de 8 de julio de 2008 estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Resolución del Ministro de Justicia sobre responsabilidad patrimonial en relación con el funcionamiento anormal por dilaciones indebidas del Tribunal Constitucional (TC).

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el recurrente ante el Ministerio de Justicia estaba dirigida a obtener una indemnización de daños y perjuicios del Estado por las dilaciones indebidas en las que había incurrido el TC, y sólo subsidiariamente se reclamaba por un mal funcionamiento de la Audiencia Provincial de Albacete. En todo caso, el interesado consideraba que la responsabilidad era exigible al Estado, que debía responder a través del Ministerio de Justicia.

La AN afirma que el TC no está integrado en el Poder Judicial sino que se trata de un órgano constitucional, que aunque ejerce funciones jurisdiccionales (artículo 161 CE), se rige por lo dispuesto en la Constitución y en su propia Ley Orgánica, y como tal no forma parte de la Administración de Justicia, ni es posible articular una acción de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de dicho Tribunal al amparo de los artículos 292 y siguientes de la LOPJ. Por tanto, el Ministerio de Justicia no sería órgano competente para conocer de las reclamaciones que se dirijan contra el Estado por el pretendido mal funcionamiento del TC, pues su competencia aparece referida, tal y como dispone el artículo 293.2 de la LOPJ, a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por error judicial declarado y a los daños causados por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Sin embargo, en el caso de autos, si el Ministerio de Justicia consideraba que el cauce utilizado no era el adecuado y que era incompetente para resolver la reclamación, debió de razonar cuál era el apropiado, y al no hacerlo, incurrió en un vicio de falta de motivación e incongruencia (por infracción del artículo 89.1 y 4 de la Ley 30/1992), colocando a la parte en una situación de indefensión.

La AN afirma que existe un vacío legislativo en esta materia y que la determinación del procedimiento y el órgano competente para conocer de la responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas imputables al TC no ha sido objeto de un tratamiento propio y específico en nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, la AN anula las resoluciones administrativas impugnadas y pasa a analizar si existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de reclamar por los daños y perjuicios sufridos por las dilaciones indebidas en que eventualmente haya podido incurrir el TC en el ejercicio de sus funciones y, caso de llegar a una conclusión positiva, el órgano competente para resolver este tipo de reclamaciones. Respecto a la primera cuestión, el TC no constituye una excepción al principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos, pues, ni la Constitución ni su propia Ley Orgánica, lo configuran como un ámbito exento de responsabilidad.

Respecto al órgano competente para tramitar y resolver estas reclamaciones, cabría pensar que la solución adecuada sería residenciar este tipo de reclamaciones ante el propio TC, pero a falta de previsión legal expresa en la LOTC, no parece que éste sea un cauce adecuado. Finalmente, la AN, realizando una labor hermenéutica, resuelve, en virtud de lo establecido en la STS de 8 de enero de 1998, acerca de la responsabilidad del Estado-legislador, que declaró que el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad derivadas de un acto legislativo corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye la función ejecutiva conforme al artículo 97 de la Constitución”. La misma solución se aplica si la responsabilidad se origina por una actuación del TC.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía Local. El control de la Administración autonómica en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento ha de respetar la autonomía local

Mediante STS de 26 de junio de 2008, se desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 2004, que estimaba parcialmente el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Ascó contra el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Tarragona, de 10 de diciembre de 1997, relativo a la aprobación de las Normas Subsidiarias de Ascó.

Considera la citada Sentencia que la previsión de un espacio destinado a parque urbano y la ubicación de un paso inferior bajo la carretera C-230, constituyen dos prescripciones que la Comunidad Autónoma no puede introducir al aprobar definitivamente las expresadas normas, por no resultar afectados intereses públicos supramunicipales. La sentencia recurrida únicamente considera que resultan afectados intereses públicos superiores a los puramente locales en lo atinente al ensanchamiento de la carretera C-230 a su paso por el núcleo urbano. En consecuencia, la cuestión controvertida se refiere a la interpretación del principio de autonomía local y de las normas jurídicas que lo reconocen en relación con los límites y el alcance de la intervención de la Comunidad Autónoma en la aprobación definitiva de la Revisión de las Normas Subsidiarias de Ascó.

De acuerdo con el Tribunal Supremo,

“constituye reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, que la garantía institucional de la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 de la Constitución tiene un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el ‘derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias’ (STC 240/2006, de 20 de julio, recogiendo lo declarado en las anteriores SSTC 32/1981 y 40/1998). Se trata, por tanto, de una noción muy similar a la acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, ratificada por España a través de Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988, depositado el 8 de noviembre de 1988, y entrada en vigor para España el 1 de marzo de 1989”.

Pues bien, –continúa la Sentencia–

“la expresada autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias, como señala la citada STC 240/2006, recordando lo declarado en la también citada STC 40/1998. Ahora bien, en este ámbito sectorial confluyen intereses de diferente naturaleza y, por lo que aquí importa, de distinta intensidad y ámbito territorial, de suerte que únicamente cuando dichos intereses públicos a salvaguardar rebasan el ámbito puramente local, se legitima el control sobre el plan, en sus aspectos discrecionales”.

Concretamente, las posibilidades de control de las Comunidades Autónomas cuando, con motivo de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias pretendan introducir modificaciones no previstas originariamente en la aprobación inicial y provisional del plan, han de ser limitadas por elementales exigencias derivadas del citado principio de la autonomía local.

En materia urbanística, única que hace al caso, la competencia autonómica de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento municipal tiene un contenido preciso, derivado de la consolidación de la jurisprudencia de la propia Sala desde la conocida Sentencia de 13 de julio de 1990, que distingue según se trate de los aspectos reglados o discrecionales del plan.

En relación con los aspectos reglados, la Comunidad Autónoma tiene un control pleno, con alguna matización respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, como señala la STS de 25 de octubre de 2006.

Respecto a los aspectos discrecionales del plan, hay que distinguir entre las determinaciones que afectan a un interés puramente local o municipal, o superior a éste. Así, cuando el interés público concernido es municipal y no alcanza intereses que rebasen dicho ámbito, la competencia es estrictamente municipal, pues ha de prevalecer el modelo de ciudad que dibuja el Ayuntamiento, con la salvedad relativa al control tendente a evitar la lesión al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ex artículo 9.3 CE.

Las determinaciones discrecionales del plan, por otro lado, cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, sí permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento. Dicho de otra forma, “el posible control o modificación por la Comunidad Autónoma de todos aquellos aspectos discrecionales del planeamiento, estará en función de los intereses públicos concernidos, y aun en el caso de tratarse de intereses locales, únicamente, que no se haya lesionado la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

A la luz de lo anterior, la cuestión suscitada radica en conocer si, de un lado, la alteración de la calificación para destinar un espacio a parque en el suelo urbano, a pesar de constituir un aspecto discrecional del plan que afecta a intereses locales, resulta arbitrario, argumenta la parte recurrente; y, de otro lado, si la concreta ubicación de un paso de peatones inferior a la carretera pretende proteger intereses públicos locales, como concluye la Sentencia impugnada, o concurre un interés público de carácter supramunicipal como postula en casación la Generalitat de Cataluña.

En lo que se refiere a la calificación de espacio libre, la Sala entiende que ni estamos ante una materia de trascendencia supralocal, ni existe una lesión del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues la determinación cuestionada no tiene un carácter caprichoso o incoherente, por falta de razonabilidad. En lo relativo al paso inferior, la Sala considera que el interés público no traspasa los contornos puramente municipales, atendida la naturaleza del paso, la finalidad que cumple y la configuración y ubicación de la carretera. En consecuencia, desestima el recurso de casación.

B) Competencias municipales

a) Las corporaciones locales carecen de competencia para declarar la oficialidad de una lengua

Por STS de 4 de julio de 2008, se desestima el recurso de casación interpuesto por la organización política ANDECHA ASTUR contra la STSJ de Asturias de 3 de junio de 2005, que estimaba el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra el Acuerdo de 8 de junio de 2001 del Ayuntamiento de Nava, que aprobaba las Ordenanzas municipales sobre oficialidad de la Llingua.

El Tribunal Supremo recuerda lo afirmado por la STS de 17 de febrero de 2004, que declaró no haber lugar al recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Langreo contra una anterior Sentencia de la propia Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 25 de mayo de 2000, que estimó el recurso interpuesto también por la Abogacía del Estado contra el acuerdo plenario de la citada Corporación municipal de 25 de septiembre de 1997, que en el punto 7 del orden del día declaraba la oficialidad de la “Llingua Asturiana” dentro del Concejo. En dicha Sentencia se recordaba que el análisis del artículo 3 de la Constitución lleva a la conclusión de que lo trascendente en esta materia es lo que expresen los Estatutos de Autonomía y el Estatuto del Principado de Asturias no ha definido el bable como lengua oficial. Las Corporaciones Locales carecen de competencia para declarar la oficialidad de una lengua, dentro o más allá de los límites del municipio o concejo, pues no se halla entre las facultades que tienen atribuidas.

b) La aprobación inicial de un plan general de ordenación urbanística puede someterse a consulta popular

La STS de 23 de septiembre de 2008 estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Almuñécar contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de septiembre de 2006, por el que se denegaba al primero la preceptiva autorización para la celebración de una consulta popular relativa a la aprobación inicial del plan general de ordenación urbanística.

La decisión del Consejo de Ministros recurrida consideraba que no procede conceder la autorización solicitada al entender que no concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en concreto, que el objeto de la consulta popular sea un asunto de la competencia propia municipal, toda vez que, por ser el Plan General de Ordenación Urbana un instrumento de planeamiento, la competencia para su formulación y aprobación corresponde a los Ayuntamientos y a la Administración autonómica. El Ayuntamiento de Almuñécar, sin embargo, entendía que esa decisión del Consejo de Ministros infringe el principio de autonomía local consagrado en los artículos 137 y 140 de la Constitución española y en la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, puesto que la formulación y aprobación inicial de los planes generales de ordenación urbanística, según los artículos 31 y 32 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre, constituye una competencia que corresponde al Ayuntamiento, de donde se deduce que tratándose de una competencia propia municipal está legitimado para promover la convocatoria de consulta municipal propuesta al cumplirse los

requisitos establecidos en el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Para el TS, la decisión del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular municipal se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental, puesto que se exige para preservar el adecuado equilibrio entre el principio representativo y el principio de participación directa que la consulta sea a iniciativa del Alcalde, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación municipal, y de naturaleza material, consistente en admitir únicamente consultas populares referidas a asuntos en que concurren los presupuestos de tratarse de competencia propia municipal y de carácter local y que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, excluyéndose, en todo caso, los asuntos relativos a la Hacienda Local.

A la luz de todo lo anterior y teniendo en consideración la STC 51/2004, de 13 de abril, que delimita la competencia municipal en la ordenación urbanística, el Tribunal entiende lo siguiente:

“Desde los parámetros jurídicos expuestos procede declarar la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de septiembre de 2006, al fundarse en una interpretación *contra legem* del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, puesto que estimamos que identifica indebidamente el concepto de ‘asuntos de la competencia propia municipal’ a que alude dicha disposición legal con ‘asuntos de la competencia exclusiva del municipio’, sin atender que el artículo 25.2.d) de la mencionada Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local establece que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en la materia de ordenación urbanística y que la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2002, de 27 de diciembre, tras definir el Plan General de Ordenación Urbanística (...), dispone en su artículo 3 que corresponde a los municipios la formulación de proyectos de instrumentos de planeamiento de ámbito municipal, incluyendo la aprobación inicial, como Administración responsable de la tramitación de dicho Plan General, y la aprobación definitiva de las innovaciones de los Planes Generales de Ordenación Urbanística que no afecten a la ordenación estructural de éstos.

Por ello, cabe sostener que el Acuerdo de aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbanística del municipio de Almuñécar, que se somete a consulta de los vecinos, se corresponde con el ejercicio de una competencia propia municipal determinada específicamente por la Ley sectorial urbanística de la Comunidad Autónoma, que se ejerce en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación con las competencias de otras Administraciones Públicas, que se contraponen a las competencias impropias o atribuidas por delegación a las que se refiere el artículo 7 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

La lectura armonizadora de los artículos 1, 18.1.f) y 71 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y de los artículos 3 y 4 de la Carta Europea de Autonomía Local, rati-

VI. Organización Administrativa

ficada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988 (RCL 1989, 412), permite determinar que el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas Entidades locales, lo que no impide que, por la naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas, puesto que no necesariamente las competencias locales deben ser plenas o completas, de modo que quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aun teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los Entes locales”.

C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. La Comunidad Autónoma puede impugnar la puesta en servicio *de facto* de un servicio de competencia municipal

La STS de 8 de julio de 2008 estima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2005, ordenando la retroacción de actuaciones. El abogado de la Comunidad Autónoma había interpuesto inicialmente recurso contencioso-administrativo contra la creación y establecimiento del servicio municipal de prevención y extinción de incendios del Ayuntamiento de Martorelles.

La Sala de instancia había inadmitido el recurso, en la medida en que la entrada en funcionamiento del citado servicio se había realizado *de facto*. Sin embargo el Tribunal Supremo no comparte ese criterio ya que el artículo 65.1 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, es claro y preciso al facultar a la Administración del Estado y a las Comunidades Autónomas, para que en el ámbito de su competencia, puedan impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los actos o acuerdos de una entidad local cuando infrinjan el ordenamiento jurídico, siempre que previamente las hubieran requerido en escrito motivado, expresando la normativa que estimase vulnerada. En el presente caso, el Ayuntamiento de Martorelles creó un servicio de prevención y extinción de incendios sin comunicar su puesta en marcha a la Generalitat. Pero, además, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa amplió el objeto del recurso contencioso-administrativo contra las acciones materiales constitutivas de vía de hecho. Vía de hecho que contempla el artículo 30 de la citada Ley, en la que cabe subsumir la actuación del Ayuntamiento de Martorelles al crear *de facto* y poner en funcionamiento un servicio público municipal sin haberse adoptado previamente por el Pleno de la referida Corporación un acuerdo formal de la aprobación de aquel servicio.

En fin, la Sala afirma que “como quiera que la cuestión que se suscitó en la instancia versó sobre una materia de la estricta y exclusiva competencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como fue la prestación de un servicio municipal sin haberse seguido el procedimiento establecido para su creación, según establecen el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales aprobado por el Decreto de la Generalidad de Cataluña 179/1995, de 13 de junio, y la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña; de

acuerdo con el criterio sustentado por el Pleno de nuestra Sala, en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007, en el recurso de casación 7638/2002, debemos retrotraer, en el particular impugnado, las actuaciones al momento inmediato anterior al que se dictó sentencia por el Tribunal de instancia, a fin de que, por tratarse de una cuestión autonómica de la Comunidad de Cataluña, sea resuelta por el Juzgador *a quo* la cuestión controvertida”.

3. ORGANISMOS PÚBLICOS. LA CMT TIENE POTESTAD SANCIONADORA RESPECTO DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS INSTRUCCIONES DICTADAS PARA SALVAGUARDAR LA LIBRE COMPETENCIA, NO SÓLO EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, SINO TAMBIÉN EN EL MERCADO AUDIOVISUAL

La STS de 8 de julio de 2008 declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la SAN de 21 de octubre de 2005, que estimó el recurso interpuesto por “Telecinco” en relación con una sanción por incumplimiento de requerimientos hechos por la CMT. Tales requerimientos fueron efectuados en el marco de un expediente de competencia desleal, abuso de posición dominante y discriminación, en relación con las condiciones de acceso a los tiempos de emisión de televenta.

Si bien el régimen audiovisual está excluido por el artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), como argumentaba la Sentencia de instancia, no obstante, las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, estarán sujetas a lo establecido en esta Ley y, en especial, a lo dispuesto sobre interconexión y acceso. Por lo tanto, las infracciones definidas en la LGT, relativas a operadores de redes públicas, también pueden ser cometidas por operadores de radiodifusión y televisión, en tanto que estas infraestructuras de red están sometidas a la LGT.

La CMT tiene por objeto salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por lo que es titular de una serie de potestades, entre las que destaca la potestad sancionadora.

La Sentencia recurrida sostiene que los artículos 1.dos.2.1) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones y el 84 de la LGT atribuyen competencias sancionadoras a la Comisión CMT, pero que no establecen tipo infractor ni consecuencia sancionadora; y, en cuanto a los apartados 14 a 17 del artículo 79 de la LGT, que serían tipos sólo aplicables a las competencias sancionadoras de las conductas obstruccionistas a las competencias de la CMT por parte de operadores de televisión que presten servicios de soporte de difusión televisiva, pues lo contrario sería una interpretación analógica *in malam partem* en materia sancionadora. En definitiva, según la Sentencia de instancia la CMT no ostentaría competencia para imponer la sanción aplicada puesto que el único tipo infractor existente al respecto (el del artículo 79.17 de la LGT) no sería aplicable a los requerimientos dictados en el ámbito audiovisual.

VI. Organización Administrativa

Sin embargo, el TS entiende que ambas leyes atribuyen a la CMT la competencia sancionadora en materia de aseguramiento del cumplimiento de todas sus funciones, y que existe un preciso tipo infractor para el supuesto de los requerimientos. En efecto, en cuanto a la competencia sancionadora, ésta viene reconocida por dos veces; por un lado, en términos genéricos, en el artículo 1.dos.2.1) de la Ley 12/1997 y, por otro, especificando el órgano de la CMT que tiene atribuida la potestad sancionadora en función de la gravedad de la infracción, en el artículo 84 de la Ley 11/1998. En ambos casos está específicamente atribuida la potestad sancionadora para el incumplimiento de los requerimientos de información dictados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones –de cualquiera de sus funciones– de forma absolutamente clara y que en modo alguno queda condicionada a que tales requerimientos sean en ámbitos en los que también posea potestad sancionadora material, como afirma la Sentencia recurrida.

Tampoco es preciso dilucidar si la citada atribución de competencia sancionadora en ambos preceptos incorpora o no una definición suficiente del tipo infractor (la no atención a requerimientos dictados por la CMT en el marco de sus funciones), habida cuenta de que el artículo 79.17 de la LGT prevé una infracción consistente precisamente en dicha conducta. Baste reiterar aquí que el tipo –como los contenidos en los números 14 y 15 en relación con instrucciones y resoluciones, respectivamente– está referido a cualquier requerimiento de la CMT en el ejercicio de sus funciones, como lo eran en el supuesto de autos los que no fueron atendidos por la sociedad sancionada en relación con la función de garantizar la libre competencia en el sector audiovisual.

4. CONSORCIOS. UN AYUNTAMIENTO NO PUEDE FIJAR UNILATERALMENTE LA VALORACIÓN DE CIERTOS DERECHOS NI LA FORMA DE PAGO DE SU CONTRIBUCIÓN AL CONSORCIO AL QUE PERTENECE

La STS de 26 de septiembre de 2008 desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife contra la STSJ de Canarias de 11 de octubre de 2005, que desestimaba el recurso interpuesto por este Ayuntamiento contra el Acuerdo de 11 de abril de 2003, del Pleno del Consorcio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Isla de Tenerife, que aprobaba el presupuesto para el ejercicio 2003.

Al igual que hizo la Sala de Instancia, el Tribunal Supremo entiende que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no puede, por su actuación unilateral, obligar al Consorcio a abonar las cantidades que el citado Ayuntamiento ha fijado al margen del Consorcio y por su propia voluntad, ya que el Consorcio tiene su propio régimen y los Estatutos que lo rigen. Si el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife pretende cobrar una cantidad al citado Consorcio, lo habrá de someter a su consideración y si este Consorcio aprueba la deuda, entonces sí que podrá accionar al amparo de los artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pero no antes y en base a un acuerdo exclusivo y unilateral del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Por otro lado, si el Ayuntamiento dice que tiene derecho a cobrar por los servicios e instalaciones que presta, tendrá que interesarlo al Consorcio, que será el que deberá concretar si procede o no el abono de la deuda y el determinar su importe, y si el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no está conforme con la solución dada por el Consorcio podrá acudir a la vía jurisdiccional y una vez que por sentencia firme se haya concretado la procedencia de la deuda y su importe, podrá impugnar el presupuesto del Consorcio si no incluye el crédito suficiente para cubrir esa deuda y su importe, pero ello una vez admitida la deuda por el Consorcio o

concretada por sentencia firme. Pero no, como sucede aquí, por una acuerdo unilateral del Ayuntamiento que decide unilateralmente la procedencia de la deuda y su importe.

5. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS. EL ARTÍCULO 23.2 CE NO ES APLICABLE A LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO NO TERRITORIALES

La STSJ de Madrid de 5 de junio de 2008 resuelve el recurso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona interpuesto contra la actuación de fecha 30 de enero de 2007, del Consejo General de Colegios de Veterinarios de España, por la que se acuerda convocar elecciones a los cargos de Presidente, Vicepresidente, Secretario General y ocho Consejeros; habiendo sido parte demandada el Consejo General de Colegios de Veterinarios de España.

El 30 de enero de 2007, el Consejo General de Colegios de Veterinarios de España decidió la convocatoria de elecciones que habrían de celebrarse el día 31 de marzo de 2007, en las cuales se habrían de elegir, previa la pertinente presentación y proclamación de candidatos en el plazo señalado, 23 de febrero de 2007, los cargos de Presidente, Vicepresidente, Secretario General y ocho Consejeros. El recurrente alega que tuvo noticia de la citada convocatoria cuando recibió el 26 de marzo de dicho año, en mano, en la sede del Consejo General, la Revista oficial del citado Consejo, correspondiente al mes de marzo de 2007, y cuyo contenido —dice— acredita que en el citado ejemplar el Consejo anunció las candidaturas que habían sido presentadas, e integradas únicamente por los Presidentes provinciales, que eran los únicos que habían recibido la notificación de la convocatoria de 30 de enero, junto al Presidente saliente del Consejo, por lo que no pudo intentar, por motivos cronológicos evidentes, participar en el proceso electoral, a pesar de que al cargo de Presidente podía aspirar cualquier colegiado de España. Al no tener noticia de la convocatoria, no pudo ni tan siquiera optar a preparar y presentar su candidatura, sin perjuicio de que, tras estudio legal, estatutario y jurisprudencial de la candidatura del recurrente, hubiese decidido el Consejo sobre su admisión o rechazo, sin que sea objeto de este proceso si el actor está jubilado o no, o si ejerce (o no) la profesión de veterinario.

El Tribunal estima que el recurso no puede prosperar, pese a que el actor no pudo ni tan siquiera optar a preparar y presentar su candidatura. Su pretendido derecho fundamental a participar en condiciones de igualdad y a acceder a un cargo público en el seno del Consejo General de Colegios de Veterinarios de España no ha sido vulnerado puesto que este supuesto no tiene cabida en el invocado artículo 23.2 de la CE. Y, es que, efectivamente, es doctrina constitucional unánime que el artículo 23.2 CE no se aplica a las Corporaciones de derecho público no territoriales y entre ellas a los Colegios Profesionales, como estableció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 23/1984, de 20 de febrero.

JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. **DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos que no constituyen sanción. **2. Potestad sancionadora.**

A) Su ejercicio viene impuesto a la Administración por imperativo legal.

3. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad. A) No cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad. B) Principio de legalidad y ordenanzas municipales.

C) Principio de tipicidad. Concepto y consecuencias. D) Admisión de normas sancionadoras en blanco, aunque éstas se completen con normas reglamentarias. E) Admisión de conceptos jurídicos indeterminados, aunque impliquen una labor de apreciación por parte del órgano sancionador. **4. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.**

A) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco, incluso en sede judicial.

B) Se extiende también al plazo de prescripción. **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.**

A) Extensión del deber de diligencia. B) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber. C) Exclusión de la culpabilidad por la existencia de una incertidumbre jurídica sobre la licitud de la conducta y un cierto grado de confianza legítima. D) Exclusión de la culpabilidad por fuerza mayor o acciones de un tercero.

E) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad.

F) Amplitud en la admisión del error como causa excluyente de la culpabilidad en las autoliquidaciones tributarias. **6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.**

A) Concurso real: cada informe anual de auditoría es una acción distinta, aunque las normas técnicas incumplidas sean las mismas. B) Concurso real: cada corte en el suministro eléctrico es una acción distinta, pues distintas fueron las poblaciones afectadas y las causas. C) Hechos relacionados, aunque distintos.

D) Concurso de normas punitivas: se impone una única sanción aunque aplicando conjuntamente las previsiones sancionadoras de dos leyes distintas. **7. Competencia territorial sancionadora. 8. Procedimiento administrativo sancionador.**

A) Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son compatibles con ciertos deberes legales del imputado de informar a la Administración.

B) Autorización suficiente para permitir la entrada en el domicilio social de una per-

sona jurídica que no vulnera su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

C) La Administración puede investigar y sancionar hechos distintos de los denunciados. D) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia cuando

además sea titular de un interés legítimo. E) La especial celeridad en la tramitación del procedimiento no constituye ningún vicio invalidante siempre que se hayan respetado los derechos de defensa. **9. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.**

A) No hay vulneración del derecho a la prueba por denegar las propuestas si eran irrelevantes o se referían a hechos ya acreditados por otros medios.

B) El derecho a la presunción de inocencia no se opone a la ejecutividad de las sanciones una vez que hayan adquirido firmeza en vía administrativa. C) Los informes

técnicos emitidos de oficio y sin intervención del imputado respetan el principio de contradicción si después le son trasladados para que realice las alegaciones oportunas.

D) Valor probatorio insuficiente de ciertos documentos administrativos elaborados sobre la base de unas actas de inspección. E) Posibilidad o no de subsanar los vicios

probatorios cometidos en el procedimiento administrativo sancionador en sede jurisdiccional. **10. La resolución del procedimiento sancionador.**

A) En caso de que el imputado alegue una interpretación equivocada pero razonable de la norma aplicable, la resolución sancionadora debe contener una motivación específica sobre la culpabilidad y las pruebas de las que ésta se infiere. **11. Extensión de la sanción procedente**

en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones. A) Apreciación de circunstancias agravantes y atenuantes. **12. Extinción de la responsabilidad por**

prescripción. A) La prescripción de las infracciones tributarias: la interrumpe la iniciación de un procedimiento de comprobación e inspección. **13. Ejecución de las**

sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional. A) A las sanciones pecuniarias se aplican los mismos criterios que a cualquier acto administrativo a la hora

de resolver su suspensión en vía jurisdiccional. B) Suspensión de la sanción de publicación: rechazo. C) La carga de probar que procede la suspensión corresponde a quien

la solicita. **14. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) Imposibilidad de declarar la caducidad del procedimiento administrativo sancionador en vía con-

tenenciosa si no se ha requerido previamente su declaración a la Administración.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) Se mantienen los hechos y la infracción, aunque se modifica su calificación jurídica y se fija la sanción.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que no constituyen sanción

– Las “medidas de control especial” adoptadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en tanto que constituyen “medidas de supervisión para la salvaguarda del funcionamiento ordenado del mercado de seguros” (STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2008, Ar. 384).

– La cuota láctea. La STS de 10 de abril de 2008, Sección Segunda, Ar. 2724, siguiendo en gran medida la STS de 27 de septiembre de 2005, Ar. 7252, afirma que “la tasa láctea no tiene la naturaleza de una sanción administrativa”. Son interesantes los argumentos:

“no se está en presencia de una sanción porque tanto las normas comunitarias que la regulan como las nacionales no configuran la producción de leche por encima de la cuota asignada como una infracción. La producción por encima de este límite no permite el rechazo de la producción por los compradores sino su gravamen, lo que es una cosa radicalmente diferente (...) La nota esencial de toda infracción es la antijuridicidad de la conducta sancionada. Esta nota, desde luego, no concurre en la tasa cuestionada, puesto que producir por encima de la tasa asignada no es una conducta ‘ilícita’ sino una conducta ‘gravada’ lo que es cosa bien distinta (...) El hecho de que el tipo de la tasa alcance el 115% del valor del precio de la leche no modifica los razonamientos precedentes que son válidos per se con independencia de las cuantías que en cada caso se apliquen (...)”

Por tanto, la tasa suplementaria de la leche se configura así como un instrumento de control de la producción láctea en el mercado comunitario que busca desincentivar la producción, de forma que cada litro de leche producido en exceso no sea rentable (...) Se trata, pues, de una medida disuasoria (...) sin que de todo ello pueda deducirse que tenga naturaleza sancionadora, como reconoció la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Luxemburgo de 21 de junio de 2005”.

– Las medidas de policía adoptadas para garantizar la correcta prestación de los servicios públicos. De la STS de 13 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2752, se deduce, aunque no se dice expresamente, que no es sanción la orden dirigida a una empresa de que “se abstenga de ofertar y realizar servicios postales de los reservados al operador habilitado dada la prestación del servicio postal universal, procediendo a la retirada de todos los buzones e informaciones

relativas al citado servicio, bajo el apercibimiento de mandarlo ejecutar a su costa, ya que se trata de medidas que derivan de la potestad de policía de la Administración para que los servicios públicos sean prestados en adecuada forma”.

2. POTESTAD SANCIONADORA

A) Su ejercicio viene impuesto a la Administración por imperativo legal

Repite la STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2008, Ar. 364, en los mismos términos que otras sentencias de las que ya hemos dado cuenta [Justicia Administrativa, núm. 41, Crónica VII.1.A)], que “una vez apreciadas (situaciones que puedan ser sancionables) por la Administración actuante, el ejercicio de la potestad sancionadora no es discrecional para ella, no queda a su arbitrio sancionar o no, sino que ha de hacerlo por imperativo legal”.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) No cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad

Una entidad mercantil es sancionada por realizar actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión sin estar autorizada para ello. Alega una vulneración del principio de igualdad, pues afirma que en el propio expediente consta que otra entidad española ha desarrollado la misma actividad sin que haya sido sancionada. La STS de 1 de julio de 2008, Sección Tercera, Ar. 3401, reitera la doctrina conforme a la que “sólo se puede alegar la discriminación en la legalidad...”.

B) Principio de legalidad y ordenanzas municipales

Una sentencia del TSJ de Aragón había anulado diversos apartados de una Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza de 1998 reguladora de las Normas Comunes a los Textos Regulatorios de Precios Públicos por ocupación, utilización privativa y aprovechamientos especiales de la vía pública, porque contenían una serie de infracciones y sanciones. La STS de 20 de diciembre de 2007, Sección Segunda, Ar. 4087 de 2008, va a resolver el recurso de casación interpuesto siguiendo la doctrina sentada en la STS de 29 de septiembre de 2003, en la que se enjuiciaba también otra Ordenanza del mismo Ayuntamiento y de la que dimos cuenta en el núm. 24 de esta Revista, Crónica VII.4.B). En síntesis, se argumentaba que “existe una tensión entre el principio de autonomía local interpretado a la luz de la Carta Europea y la reserva de Ley que establece el artículo 25.1 de la Constitución para la tipificación de infracciones y sanciones, tensión que debe resolverse en virtud de una interpretación integradora favorable al principio de autonomía local”. Y se concluía que

“las Ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá

VII. Derecho Administrativo Sancionador

hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por Ley estatal o autonómica. En cualquier caso, al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las leyes. Por lo demás, la tipificación de que se habla no podrá hacerse por Ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación de uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o Comunidad Autónoma, no hayan hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad. Ha de tratarse, desde luego, de sanciones de carácter pecuniario (...)

Finalmente, la Sala recuerda que actualmente la posibilidad de tipificar mediante Ordenanza local infracciones y sanciones tiene plena cobertura legal en virtud de lo dispuesto en el Título XI de la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, y modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992.

C) Principio de tipicidad. Concepto y consecuencias

Haciendo un repaso de una jurisprudencia bien consolidada, la SAN de 16 de abril de 2008, Sección Primera, Ar. 264, afirma que “la tipicidad exige la predeterminación normativa de las conductas constitutivas de infracciones administrativas (artículo 129.1 de la Ley 30/1992) y de las sanciones aplicables a las mismas (artículo 129.2 de la expresada Ley). Esta predeterminación desempeña una función de garantía mediante la cual se tiene una predicción razonable de la conducta ilícita y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la comisión de dicha conducta, dicho de otra forma, la tipicidad es suficiente si consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra (STS de 5 de diciembre de 1990). En definitiva, la tipicidad es el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad que junto a la exigencia de una *lex previa* hay también una *lex certa* (STS de 20 de diciembre de 1999)”.

No obstante, este primer concepto de tipicidad se identifica, propiamente, con el principio de taxatividad, que puede ser distinguido del principio de tipicidad en sentido estricto. De este modo, y citando la STC 297/2005, la sentencia recuerda que el principio de tipicidad, en sentido amplio, contiene un doble mandato:

“el primero, es el de taxatividad, dirigido al legislador y al poder reglamentario, y ‘según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras, llevando a cabo el máximo esfuerzo posible (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones’ (STC 151/1997, de 29 de septiembre) (...) El segundo es un mandato que se dirige a los aplicadores del Derecho. En efecto, la garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene (...) ‘como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de la frontera que demarca la norma sancionadora’ (...). Desde la última perspectiva, resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria”.

D) Admisión de normas sancionadoras en blanco, aunque éstas se completen con normas reglamentarias

Un operador del sector eléctrico es sancionado por un retraso en el cumplimiento de las obligaciones de pago derivadas de una liquidación efectuada por la Comisión Nacional de la Energía. El precepto de la Ley del Sector Eléctrico aplicado tipifica el “incumplimiento de las obligaciones resultantes de la aplicación del sistema tarifario o de los criterios de recaudación”. La entidad sancionada alega una vulneración del principio de predeterminación normativa. Por el contrario, a juicio de la **STS de 1 de julio de 2008**, Sección Tercera, Ar. 3403, el motivo debe ser rechazado por los siguientes: la Ley del Sector Eléctrico establece que son obligaciones de los productores de energía “todas aquellas que puedan derivarse de la aplicación de la presente Ley y sus normas de desarrollo”; el régimen tarifario se concreta con claridad en una norma de carácter reglamentario, y “no cabe duda de que entre estas obligaciones se encuentra la de abonar dentro de plazo las liquidaciones”.

E) Admisión de conceptos jurídicos indeterminados, aunque impliquen una labor de apreciación por parte del órgano sancionador

Recuerda una vez más la **STS de 8 de abril de 2008**, Sección Tercera, Ar. 1893, en esta ocasión en relación con una sanción impuesta a la entidad Deloitte & Touche por la comisión de una infracción administrativa en el caso Gescartera, que “en la jurisprudencia de esta Sala hemos señalado ya que las normas técnicas de auditoría no incumplen el principio de *lex certa* pese a la frecuente inclusión de términos y cláusulas genéricas que implican una labor de apreciación por parte de los órganos reguladores como el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o la propia Administración (Sentencia de 20 de abril de 2006), cuyas actuaciones pueden ser objeto, en su caso, de una revisión jurisdiccional”.

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE**A) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco, incluso en sede judicial**

La **SAN de 31 de enero de 2008**, Sección Octava, Ar. 267, aplica, en sede judicial, el principio de retroactividad de la norma sancionadora a un tipo sancionador en blanco, en un supuesto idéntico al que tratamos detenidamente en *Justicia Administrativa*, núm. 38 Crónica VII.3.A). En esta ocasión, Antena 3 de Televisión, SA, había sido sancionada de nuevo por la comisión de seis infracciones graves del artículo 20.2 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por modificar su programación, durante el mes de febrero de 2004, sin avisar con la “antelación suficiente”. El concepto jurídico indeterminado “antelación suficiente” había sido desarrollado por el Real Decreto 1462/1999, de 17 de septiembre, fijando su duración en once días. Posteriormente, una vez cometidos los hechos y recaída resolución sancionadora, el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, modificó la redacción de este artículo, reduciendo el plazo a tres días.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

La sentencia señala que, en casos como el enjuiciado, “el precepto legal ‘en blanco’ permanece inalterado, cambiando sólo en sentido más beneficioso para el presunto infractor la norma que desarrolla ese precepto legal”, por lo que afirma que “a los efectos de la retroactividad de la Ley más favorable, una vez que el tipo existe, resulta intrascendente que su alteración o eliminación tenga lugar por modificación de la norma sancionadora en blanco o por modificación de la regla complementaria que viene a dar el último contenido al tipo. El fundamento de la retroactividad de la norma sancionadora más favorable se concreta en razones humanitarias o de estricta justicia, y opera siempre que una modificación normativa afecte a la norma en blanco o a la complementaria, (pues ello) evidencia que determinada costumbre ha dejado de ser socialmente reprochable”.

En consecuencia, anula una de las sanciones impuestas –manteniendo las demás–, toda vez que la alteración de la programación constitutiva del hecho punible fue “puesta en conocimiento a través de diferentes medios, con antelación de tres días de la emisión del programa en cuestión, circunstancia fáctica que determina la no realización del hecho típico”.

B) Se extiende también al plazo de prescripción

Así lo reitera la STS de 30 de junio de 2008, Sección Segunda, Ar. 3334, que, tras razonar que la prescripción es una institución sustantiva y no meramente procedimental, afirma que “la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior”. En el mismo sentido, la STS de 27 de mayo de 2008, Sección Segunda, Ar. 2870.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Extensión del deber de diligencia

Se había impuesto a una compañía eléctrica una multa de 100.000.000 de pesetas por considerar que los apagones producidos durante una quincena se debían a la falta de mantenimiento de sus centrales de producción e instalaciones. La sancionada alega que sus centros de producción habían superado las revisiones obligatorias. Sin embargo, la STS de 1 de abril de 2008, Sección Tercera, Ar. 2715, tras rechazar que los apagones se produjeran por causa de fuerza mayor, añade que el haber superado esas revisiones obligatorias no le exime de responsabilidad pues tiene “el deber de mantener con el debido cuidado y diligencia los elementos de producción de la energía eléctrica”. Más aún: “es sobre la compañía suministradora sobre quien recae la obligación de estructurar un sistema eléctrico con capacidad suficiente para cubrir las peticiones de consumo de la población”.

En la misma línea, la STS de 21 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2851, dice:

“No excusa la negligencia de dicha empresa el hecho de que hubiera efectuado las revisiones preceptivas, pues la realidad de lo acaecido (...) lo que vendría a probar es que las revisiones practicadas no tuvieron el nivel de comprobación exigible.”

B) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber

A propósito de diversas sanciones impuestas a una Agencia de Valores, la STS de 1 de julio de 2008, Sección Tercera, Ar. 3400, afirma que “la actuación en determinados campos de mercado supone el conocimiento de las reglas que lo rigen por parte de los que en él intervienen, sin que se pueda alegar ignorancia a este respecto. La singular cualificación de las personas físicas que administran o dirigen las entidades de que se trata lleva a presumir que su preparación les permite detectar las consecuencias probables de las prácticas que tales entidades desarrollan y si éstas son o no conformes al ordenamiento jurídico”.

C) Exclusión de la culpabilidad por la existencia de una incertidumbre jurídica sobre la licitud de la conducta y un cierto grado de confianza legítima

Una empresa venía prestando desde 1988 servicios transfronterizos de transporte de tarjetas postales en las principales localidades turísticas españolas mediante la colocación de buzones en hoteles, apartamentos, supermercados, etc., y venta de etiquetas prepago. Bastante tiempo después, la Secretaría General de Comunicaciones, sin requerimiento previo y sin resolver una petición de autorización de la referida empresa, la condenó como autora de una infracción de la Ley del Servicio Postal consistente en “la realización de servicios postales reservados al operador prestador del servicio postal universal sin su autorización, poniendo en peligro la prestación de éste” y le impuso multa de 10.000.000 de pesetas, además de ordenarle que “se abstenga de ofertar y realizar servicios postales de los reservados al operador habilitado para la prestación del servicio postal universal, procediendo a la retirada de todos los buzones e informaciones relativas al citado servicio”. Se planteó la duda de si la reserva a Correos de ese servicio era conforme con el Derecho comunitario, sobre todo porque no era parte del servicio universal sino porque la reserva se hacía por ser un servicio rentable que compensaba los no rentables a que se ve obligado el prestador del servicio universal. Tras cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la STS de 13 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2752, entiende que la conducta sancionada era realmente ilícita y típica. Pero anula la multa con este razonamiento:

“(…) en relación con la culpabilidad existen una serie de elementos que van a llevar a la Sala a la conclusión de que este elemento subjetivo del tipo no concurre en el presente caso. En efecto, en primer lugar, la existencia de la propia duda de que participó la Sala de que hubiera peligro para el servicio universal si se retiraba la reserva en favor de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, lo que llevó a plantear la cuestión prejudicial, supone una cierta incertidumbre sobre la legalidad de existencia de la infracción, que puede ser trasladada al comportamiento del sancionado, aumentada si cabe por la ausencia de un previo requerimiento de abstención y por el hecho de que solicitada autorización a la Administración, ésta no le haya dado respuesta, ni le haya requerido para que se abstuviera de continuar en su ejercicio, que venía realizando con anterioridad al establecimiento de la prohibición. La falta de este elemento culpabilístico lleva consigo que deba (...) anularse la sanción de multa que se le impuso. No obstante esto no implica que deban dejarse sin efecto las restantes medidas acordadas en el acto recurrido (...)”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

D) Exclusión de la culpabilidad por fuerza mayor o acciones de un tercero

Dos SSTs de 21 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2850 y 2851, se ocupan de dos multas de 1.202.024,21 y 2.404.048,42 euros impuestas por la Generalidad de Cataluña a FECSA (luego ENDESA) por los apagones sufridos en Barcelona capital y pueblos de su provincia en diciembre de 2001. Además, el Ministro de Economía y Hacienda impuso también multa de 60.101,22 euros a Red Eléctrica Española (REE), que comparece en este proceso como code mandada. El tipo aplicado está así descrito en la Ley del Sector Eléctrico: “la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica para una zona o grupo de población sin que medien los requisitos legales que lo justifiquen”. Las SSTs razonan que la infracción puede cometerse “sin elementos intencionales”, por “dolo o negligencia” siempre que no sean debidas a fuerza mayor o acciones de un tercero. En este caso, se considera que no hubo fuerza mayor pese a las fuertes nevadas y otras circunstancias adversas (se habla, incluso, de que cayó un rayo en un cable) ni intervención de un tercero que interrumpiera el nexo causal (pese a que también se sancionó a REE). Pero esto sí permite “minorar la sanción impuesta”, como de hecho se hizo por el Tribunal de instancia que rebajó la de 2.404.048,42 euros a sólo un millón.

Además, una de las dos sentencias mencionadas (Ar. 2850) es algo más explícita en cuanto a la fuerza mayor:

“la responsabilidad de la empresa distribuidora sólo podría quedar excluida si (...) los incidentes hubieran sido debidos en exclusiva a una situación meteorológica extraordinaria e imprevisible, constitutiva de fuerza mayor, ante cuya excepcionalidad cualquier red de distribución de energía eléctrica bien configurada y mantenida en condiciones aceptables hubiese padecido las mismas interrupciones”. Y añade: “La culpabilidad exigible en toda actuación infractora está correctamente apreciada pues la causa real de las interrupciones de suministro de electricidad, aun cuando éstas tuvieran su ‘origen’ en las nevadas, fue (...) la inadecuación de las instalaciones para garantizar (...) el citado suministro en condiciones climáticas difíciles pero no constitutivas de fuerza mayor”.

E) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad

Lo reitera una vez más la STS de 12 de diciembre de 2007, Sección Segunda, Ar. 1731 de 2008. En esta ocasión, se trataba de una sanción impuesta a una entidad mercantil por una infracción en materia del Impuesto de Sociedades al haber considerado como disminución patrimonial el resultado de la amortización de unas acciones propias. La sentencia destaca que la Administración tributaria daba por buenas las bases declaradas y que la operación litigiosa constaba suficientemente desglosada en los Registros de la entidad sancionada y en las Memorias publicadas y depositadas en los Registros públicos correspondientes. En consecuencia, considera que “estamos ante una cuestión interpretativa que debió dar lugar a la calificación del expediente como de ‘rectificación’ sin sanción”, anulando, en consecuencia, la sanción impuesta. En la misma línea, la STS de 16 de junio de 2008, Sección Segunda, Ar. 3250, que reitera que “no existe culpabilidad cuando la actuación del sujeto pasivo sancionado puede acogerse a una interpretación eventualmente razonable de la normativa aplicable, aunque no sea la definitivamente adecuada y correcta”. En el caso de autos se trataba de la consideración fiscal como minusvalía de las operaciones de compra de “bonos austríacos”,

percepción de intereses e inmediata venta de aquéllos. Al respecto la Sala destaca que las dudas sobre la calificación de estas operaciones “son evidentes” y que la misma Administración en otros supuestos precedentes había excluido que existiera una infracción tributaria sancionable.

En definitiva, “cuando la Ley obliga a una entidad a interpretar las normas tributarias y a aplicarlas mediante autoliquidación, es menester admitir que si ésta no oculta nada y actúa razonablemente, no existe, aunque luego la Administración discrepe, infracción tributaria. No puede partirse, pues, de la base de que toda falta de ingreso es culpable” (dos SSTSJ de Madrid de 28 de abril de 2008, Ar. 783 y 788, reiterando la STS de 3 de mayo de 2005). Es precisamente la concurrencia de esa ocultación, lo que origina que no se aprecie esa falta de culpabilidad, entre otros, en los siguientes supuestos:

– La entidad sancionada no declaró los ingresos resultantes de ventas de edificaciones, alegando que se debió a una interpretación incorrecta del criterio del devengo. La STS de 12 de diciembre de 2007, Sección Segunda, Ar. 1808 de 2008, estima que la ocultación de estos datos “pone claramente en evidencia la intención de ocultar y no ingresar la deuda tributaria procedente o, al menos, diferir su pago, lo que ni constituye una interpretación razonable de la norma tributaria, ni en definitiva acredita la creencia del sujeto pasivo de que obraba con arreglo a la ley, por un disculpable error en la comprensión de la materia cuya complejidad se presta a mantener posturas divergentes, por lo que tal conducta no puede ser calificada sino de voluntaria y culpable”.

– También la STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2008, Ar. 538, estima que en el supuesto enjuiciado “concorre la necesaria culpabilidad, pues el sujeto pasivo del impuesto no declaró la variación patrimonial derivada de la venta de parte de un inmueble de su propiedad. No presentó pues una declaración completa y veraz, ni frente a la claridad de la normativa contenida en los artículos 44 y siguientes de la Ley 18/1991 concreta (...) discrepancia interpretativa alguna que razonablemente ampare su proceder, limitándose genéricamente a invocar un supuesto error, sin que en momento alguno dé razón de los motivos que le llevaron a no declarar ni tributar por la citada venta (...)”.

F) Amplitud en la admisión del error como causa excluyente de la culpabilidad en las autoliquidaciones tributarias

La STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2008, Ar. 537, afirma la inexistencia de culpabilidad en la actuación de una entidad mercantil que incumplió la normativa tributaria al aplicar un único tipo de gravamen del 30% a la totalidad de la base declarada (26.120.825 pesetas) cuando, de conformidad con la normativa, habría de ser de un 30% sobre los primeros 15.000.000 de pesetas y un 35% sobre el resto. Estima la sentencia que “el contribuyente, aunque aplicó mal el tipo de gravamen, presentó su declaración en tiempo y forma, facilitando a la Administración tributaria todos los datos básicos necesarios para calcular la base y la cuota, por lo que la conducta de consignar un único tipo de gravamen no prueba por sí sola la necesaria culpabilidad, cuando además como alega la recurrente, el modelo de autoliquidación no facilita la correcta declaración al prever una única casilla al efecto y no recoger la posibilidad de distintos tramos de la base imponible con distinto tipo de gravamen”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) Concurso real: cada informe anual de auditoría es una acción distinta, aunque las normas técnicas incumplidas sean las mismas

La entidad Deloitte & Touche fue sancionada por la comisión de dos infracciones administrativas en materia de auditoría de cuentas (asunto Gescartera), referidas respectivamente a sus informes de auditoría de cuentas relativas a los ejercicios 1999 y 2000. La entidad sancionada estima que en ambos casos las sanciones fueron impuestas por la vulneración de las mismas normas contables, por lo que denuncia la infracción del principio *non bis in idem*. La STS de 8 de abril de 2008, Sección Tercera, Ar. 1893, rechaza este planteamiento y aclara que “lo que se sanciona en ambos casos es la incorrecta realización de sendos informes de auditoría independientes y diferentes cada uno de ellos. Se trata, por tanto, de dos conductas distintas que (...) suponen infracciones distintas y autónomas, por lo que no se ha vulnerado el principio invocado. A ello no obsta el que las normas técnicas incumplidas puedan haber sido las mismas, puesto que se trata de incumplimientos relativos a informes distintos sobre cuentas anuales de diferentes años. El que tales incumplimientos respondan a una identidad de criterios tampoco reconduce tales infracciones a una sola, puesto que no se le sanciona (...) por un determinado criterio interpretativo de la norma técnica 2.5.1, sino por el incumplimiento de esa y otras normas técnicas en dos distintas actuaciones profesionales”. En términos idénticos, STS de 8 de abril de 2008, Sección Tercera, Ar. 1892, recaída sobre el mismo asunto.

B) Concurso real: cada corte en el suministro eléctrico es una acción distinta, pues distintas fueron las poblaciones afectadas y las causas

Dos SSTs de 21 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2850 y 2851, se ocupan de dos multas de 1.202.024,21 y 2.404.048,42 euros impuestas por la Generalidad de Cataluña a FECSA (luego ENDESA) por los apagones sufridos en Barcelona capital y área metropolitana (el 14 de diciembre de 2001) y pueblos de su provincia (los días 14, 15, 16 y 17 de diciembre de 2001). La empresa alega violación de la prohibición de doble castigo por entender que las dos sanciones se corresponden con unos mismos hechos. Pero la Sala entiende que los hechos no son los mismos porque eran distintas las poblaciones afectadas y las causas. Ello se confirma al comprobar que respecto a uno de los hechos, pero no al otro, fue también sancionada Red Eléctrica Española. Además tiene en cuenta que en cada expediente se tuvieron en consideración sólo unos hechos y si se hubieran valorado todos habría “un incremento de la sanción impuesta en caso de que se hubiera optado por una única respuesta sancionadora”.

C) Hechos relacionados, aunque distintos

También se niega vulneración del *non bis in idem* en la STS de 21 de mayo de 2008, Sección Quinta, Ar. 2852, por la imposición de varias sanciones en materia de juego. Considera que hay tres actuaciones diferentes: alterar o modificar elementos del juego de las máquinas recreativas; explotar un juego incumpliendo los requisitos y condiciones que los reglamentos o las autorizaciones establecen, y utilizar documentos y aportar datos no conformes con la realidad para obtener permisos o autorizaciones.

D) Concurso de normas punitivas: se impone una única sanción aunque aplicando conjuntamente las previsiones sancionadoras de dos leyes distintas

Se había impuesto a una compañía eléctrica una multa de 100.000.000 de pesetas por considerar que los apagones producidos durante una quincena se debían a la falta de mantenimiento de sus centrales de producción e instalaciones. La resolución administrativa aplicó conjuntamente las previsiones sancionadoras de la Ley de Industria y de la Ley del Sector Eléctrico sin optar por una u otra Ley al entender que era posible armonizar su aplicación. Y así lo aceptó también la sentencia de instancia y la **STS de 1 de abril de 2008**, Sección Tercera, Ar. 2715. Aunque razonan sobre si la ley especial deroga a la general y la posterior a la anterior, finalmente admiten esa aplicación simultánea de ambas leyes sin decantarse por ninguna. En la sentencia recurrida se explica incluso que la multa de 100.000.000 de pesetas “está en el límite máximo de la primera de las leyes en aparecer y en el mínimo de la segunda”. Y el TS insinúa que si dejara de aplicar una de estas leyes se vería obligado a anular la sanción para instar a la Administración a que impusiera una multa mayor, lo que vulneraría la prohibición de *reformatio in peius*.

7. COMPETENCIA TERRITORIAL SANCIONADORA

La **STS de 21 de mayo de 2008**, Sección Tercera, Ar. 2851, sostiene que la competencia para sancionar a ENDESA por la interrupción del servicio eléctrico corresponde a la Generalidad de Cataluña cuando sólo afecta a esa Comunidad y se produce por el defectuoso funcionamiento de unas líneas de distribución que “no sobrepasan aquel ámbito”. Y ello aunque haya sido el Estado quien haya sancionado por hechos conexos a Red Eléctrica de España.

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son compatibles con ciertos deberes legales del imputado de informar a la Administración

En el procedimiento sancionador seguido a raíz de los apagones eléctricos sufridos en Barcelona en el año 2001, ENDESA alegó vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo porque simultáneamente al procedimiento sancionador se seguía un expediente informativo en el que se le requirió para que suministrara información después utilizada en su contra. La **STS de 21 de mayo de 2008**, Sección Tercera, Ar. 2851, rechaza la alegación por varias razones: 1ª) Al contestar el requerimiento, la sancionada no hizo reserva u objeción alguna, pese a que ya sabía que se había incoado expediente sancionador contra ella; 2ª) Los mismos hechos quedaron acreditados por otras vías. Y con carácter general afirma:

“Este (...) derecho no se vulnera (...) cuando la empresa accede sin reservas (...) a proporcionar a la Administración la información de unos hechos objetivos sobre su actividad y la situación de las redes e instalaciones de distribución de energía eléctrica. Datos objetivos e información que (...) en todo caso estaba obligada a facilitar a la Administración en virtud de su condición de distribuidora de la energía eléctrica, esto es, de prestadora

VII. Derecho Administrativo Sancionador

de un servicio esencial objeto de una regulación administrativa que así expresamente lo impone. El distribuidor debe contar con un sistema de registro de incidencias que está a disposición de la Administración y ésta no resulta ajena –sino garante en última instancia– al control de la continuidad del suministro y de la calidad del producto. La obligación de proporcionar toda la información requerida sobre las incidencias en el suministro es una condición asumida *ex ante* por cualquier empresa que quiera distribuir energía eléctrica, de modo que forma parte de su haz de deberes ante la Administración.”

B) Autorización suficiente para permitir la entrada en el domicilio social de una persona jurídica que no vulnera su derecho a la inviolabilidad del domicilio

La entidad mercantil Camposer, SL, fue sancionada por la comisión de una infracción tributaria grave en materia de IVA. Frente a esta sanción, la entidad alega la vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, denunciando que las actuaciones de los agentes tributarios en sus oficinas fueron autorizadas por la persona que explotaba las instalaciones de Bar, la cual carecía de potestad para autorizar la entrada en aquéllas. La **STSJ de Galicia de 30 de abril de 2008, Ar. 795**, rechaza esta alegación, indicando que el acceso a las oficinas se realizó merced al consentimiento de persona a la cual “se le niega otra condición que la de mero arrendatario de los servicios de Bar, cuando la realidad es que se trata de persona encargada de la realización habitual de parte de las actividades habituales de la empresa”. En consecuencia, estima que “la entrada en la sede social de la demandante fue consentida libremente por una persona que gozaba de facultades suficientes para autorizar”.

C) La Administración puede investigar y sancionar hechos distintos de los denunciados

A resultas de una denuncia presentada por la Asociación Española de Empresas de Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo, el Servicio de Defensa de la Competencia inició un expediente sancionador que concluyó con la imposición de dos sanciones de multa a Repsol Butano, SA. Alegada la falta de identidad entre los hechos denunciados y los hechos por los que finalmente se sancionó, la **SAN de 21 de enero de 2008, Sección Sexta, Ar. 364**, señala que

“no se deriva para la investigación que lleve a cabo el SDC ninguna limitación a los hechos que se describan en la denuncia y, desde luego, el artículo 36 LDC, que trata de las formas de iniciación del procedimiento, no establece ninguna clase de vinculación del SDC a lo denunciado, ni puede considerarse que la denuncia establezca un marco de investigación que el SDC no pueda sobrepasar, pues ni siquiera la denuncia tiene la condición de requisito para el inicio del expediente sancionador”.

D) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia cuando además sea titular de un interés legítimo

La **STS de 6 de febrero de 2008, Sección Tercera, Ar. 1883**, reconoce la legitimación de la Asociación de víctimas del robo del Banco Zaragozano para recurrir la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda que deniega su solicitud de que el Banco de España inicie un procedimiento disciplinario contra el Banco Zaragozano. Frente a la sentencia de instancia, que rechazó la legitimación “porque (la Asociación) no obtendría beneficio alguno de tal incoación, a la par que se quebraría la confidencialidad respecto de los datos, documentos e

informes que obran en poder del Banco de España”, el TS considera que “no es posible desconocer la legitimación de la Asociación recurrente para impugnar la resolución denegatoria de apertura de expediente sancionador contra el Banco objeto de robo, y que es propietario de las cajas fuertes, respecto de las cuales sus afiliados tienen contratos de alquiler. No se trata de meros denunciadores, sino de auténticos titulares de intereses legítimos en orden a la determinación de si las medidas de seguridad adoptadas han sido o no suficientes, pues indudablemente, la solución que se adopte va a influir de forma decisiva en los procesos seguidos en orden al establecimiento o no de las responsabilidades civiles, bien en forma directa o subsidiaria, de la entidad financiera”. La sentencia, en consecuencia, parece identificar los intereses de la Asociación, a pesar de ser una persona jurídica y autónoma, con los intereses de sus afiliados, que son personas distintas.

E) La especial celeridad en la tramitación del procedimiento no constituye ningún vicio invalidante siempre que se hayan respetado los derechos de defensa

La entidad Deloitte & Touche fue sancionada con sendas sanciones por la comisión de dos infracciones administrativas en materia de auditoría de cuentas (asunto Gescartera), referidas respectivamente a sus informes de auditoría de cuentas relativas a los ejercicios 1999 y 2000. Entre otras alegaciones, la sancionada denuncia la “inusitada celeridad del ICAC en la tramitación del procedimiento sancionador” como posible causa de indefensión. La STS de 8 de abril de 2008, Sección Tercera, Ar. 1892, considera, por el contrario, que “la reacción de las autoridades administrativas es coherente con la gravedad de los hechos y las circunstancias descritas por la demandante no son sino expresión del interés de aquéllas en depurar las conductas, a cuyo fin precisamente se incoa el procedimiento. Que ello se hiciera con ‘celeridad’ no es sino elogiable y lo cierto es que en el referido procedimiento se han observado las garantías de defensa obligadas”.

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) No hay vulneración del derecho a la prueba por denegar las propuestas si eran irrelevantes o se referían a hechos ya acreditados por otros medios

Lo afirma la STS de 21 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2851.

B) El derecho a la presunción de inocencia no se opone a la ejecutividad de las sanciones una vez que hayan adquirido firmeza en vía administrativa

Lo reitera la STS de 14 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 3000, con relación a la denegación de la suspensión de una sanción de publicación en el BOE de una multa de medio millón de euros impuesta por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores. A la alegación del sancionado de que la no suspensión vulnera su presunción de inocencia, la sentencia responde que “la proyección de este derecho fundamental en el ámbito del Derecho administrativo sancionador no promueve que no pueda ejecutarse la resolución sancionadora hasta que alcance definitivamente firmeza en vía jurisdiccional, según se desprende de la (...) doctrina

VII. Derecho Administrativo Sancionador

del Tribunal Constitucional, en una interpretación sistemática del contenido (...) (del) artículo 24.2 de la Constitución con el principio de ejecutividad de las resoluciones administrativas sancionadoras, que se desprende del artículo 103 de la Constitución, una vez que han adquirido firmeza en vía administrativa. Por todo ello, (...) este derecho (...) no resulta incompatible con la ejecución de la orden de publicación de la sanción”.

C) Los informes técnicos emitidos de oficio y sin intervención del imputado respetan el principio de contradicción si después le son trasladados para que realice las alegaciones oportunas

Se alega la vulneración del principio de contradicción en las pruebas practicadas de oficio por la Administración. Pero para la STS de 21 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2851, no hay tal vulneración “por el hecho de que la Administración solicite de oficio determinados informes técnicos y, una vez aportados al expediente sancionador, antes de adoptar su decisión definitiva, los someta a las observaciones de la sociedad expedientada”. El artículo 24 CE proclama “la interdicción de la indefensión y, dado que en el supuesto de autos el resultado de la actividad probatoria de oficio (cuya legitimidad no se discute en el seno de este género de expedientes) fue trasladado a la parte para que alegara sobre él, dicha parte no quedó indefensa en vía administrativa”.

D) Valor probatorio insuficiente de ciertos documentos administrativos elaborados sobre la base de unas actas de inspección

La empresa Sergesur Mantenimientos, SL, fue sancionada como autora de una infracción muy grave por prestar servicios de seguridad privada sin estar inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad del Ministerio del Interior. Los hechos que dieron lugar a la sanción consistieron en la identificación, por parte de dos agentes del CNP, de varias personas, vestidos con uniforme de color gris azulado, con escudo en el brazo de la camisa y pegatina de tela en el pecho con el nombre “Sergesur”, que realizaban funciones de vigilancia, para evitar robos, en un aparcamiento habilitado por el Ayuntamiento de Úbeda junto a un descampado donde se celebraba una “feria medieval” patrocinada por el propio Ayuntamiento. Tales hechos fueron recogidos en una comunicación presentada por un subinspector al Inspector Jefe de la Comisaría de Úbeda, lo que fue puesto en conocimiento del Subdelegado del Gobierno mediante escrito del Comisario Principal. Sin embargo, la SAN de 5 de marzo de 2008, Sección Quinta, Ar. 261, anula la sanción impuesta por vulneración de la presunción de inocencia al no constar en el expediente sancionador prueba de cargo suficiente. En concreto, destaca la sentencia que “todo el edificio probatorio de cargo utilizado por la Administración para entender que se ha incurrido por parte de la entidad hoy apelante en infracción (...) está basado en esos dos documentos. Sin embargo, en el expediente sancionador se ha omitido toda actividad probatoria de cargo para determinar la auténtica naturaleza de los servicios prestados, como son las ‘actas de inspección’, las ‘actas de declaración’ de los trabajadores de la Empresa sancionada, e incluso, la ‘ratificación’ de los policías actuantes”. A esta situación se sumaría el hecho de que el Ayuntamiento de Úbeda hubiese presentado un certificado en el que se indicaba que la contratación de Sergesur se había realizado para la prestación de un servicio de porteros, cuya misión se ceñía únicamente al “mantenimiento y revisión de lonas” y a la “ubicación de sillas dentro de cada una de las distintas carpas instaladas en el recinto”. En consecuencia, la sentencia estima que “no existe dato probatorio suficiente en el expediente administrativo para sostener que los servicios prestados por la Empresa Sergesur fueran de seguridad privada”.

E) Posibilidad o no de subsanar los vicios probatorios cometidos en el procedimiento administrativo sancionador en sede jurisdiccional

La STS de 16 de julio de 2008, Sección Quinta, Ar. 3443, declara que la falta de prueba de los hechos sancionados en el procedimiento administrativo no puede ser suplida posteriormente en vía judicial. Sin embargo, la STS de 21 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2851, frente a esta jurisprudencia que parece ser hoy la mayoritaria, admite la hipotética subsanación de los defectos probatorios en vía contencioso-administrativa:

“cualquier atisbo de hipotética indefensión material (...) quedaría desvirtuado por la posibilidad de acreditar los hechos en vía jurisdiccional mediante las pruebas propuestas y practicadas en el recurso contencioso-administrativo”.

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**A) En caso de que el imputado alegue una interpretación equivocada pero razonable de la norma aplicable, la resolución sancionadora debe contener una motivación específica sobre la culpabilidad y las pruebas de las que ésta se infiere**

Lo afirma la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2008, Ar. 503, con cita expresa de la STC 164/2005. En el caso enjuiciado, dice la sentencia, la Administración “ha tenido que llevar a cabo un detallado examen de los pactos contenidos en un contrato de compraventa (...), habiendo de acudir a las normas del Código Civil sobre interpretación de contratos y sobre los requisitos de la condonación, a efectos de determinar si un determinado crédito fue o no efectivamente condonado. A partir de ahí, nada se dice por el TEARC concretamente sobre el carácter no razonable de la interpretación llevada a cabo por la entidad recurrente, tanto de los contratos celebrados como de las normas legales aplicables (...). No hay ninguna motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere”. Se anula la sanción impuesta.

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES**A) Apreciación de circunstancias agravantes y atenuantes**

La STS de 21 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2851, de la que ya hemos dado cuenta más arriba [VII.5.D)], afirma que no se puede apreciar la agravante de reiteración si no queda acreditada la firmeza de las anteriores sanciones. Además, entiende que la agravante de “perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del servicio” no es inherente al tipo “interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica para una zona o grupo de población sin que medien los requisitos que lo justifican”. Pero acepta la reducción de la multa a menos de la mitad por la concurrencia de hecho de un tercero que también fue sancionado en otro expediente.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) La prescripción de las infracciones tributarias: la interrumpe la iniciación de un procedimiento de comprobación e inspección

Lo reiteran una vez más, en los mismos términos señalados en crónicas anteriores [por ejemplo, *Justicia Administrativa*, núm. 41, Crónica VII.15.A)], las SSTSJ de Cataluña de 16 de enero y 14 de marzo de 2008, Ar. 364 y 537, respectivamente. La primera de estas sentencias destaca, sin embargo, que la cuestión no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, mencionando sentencias que consagran la solución justamente contraria, como la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de julio de 2003, y recordando que no existe, por el momento, pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo en un sentido u en otro.

13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

A) A las sanciones pecuniarias se aplican los mismos criterios que a cualquier acto administrativo a la hora de resolver su suspensión en vía jurisdiccional

Así lo afirma la STS de 17 de junio de 2008, Sección Tercera, Ar. 3253, que añade que “la garantía de la tutela judicial efectiva se cumple con la posibilidad de interponer el correspondiente recurso jurisdiccional y obtener del órgano judicial una resolución sobre la procedencia de adoptar o no la medida cautelar”. A partir de ahí, razona que el criterio que la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece es el denominado *periculum in mora*, esto es, que la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Además, la apreciación de este requisito ha de efectuarse mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, de tal forma que “cuando la suspensión cautelar sea la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse, los intereses públicos a considerar en ese juicio de ponderación deberán ser muy relevantes, y la necesidad de la inmediata ejecución del acto recurrido para atender tales intereses deberá constar de manera inequívoca”. Llegados a este punto, la Sala argumenta que “la ponderación de los intereses en conflicto, en estos supuestos de imposición de multa, contemplados desde su aspecto puramente económico, más que desde el aspecto de la prevención general, se inclinaría en favor de los intereses privados, ya que es el patrimonio de las personas sancionadas el directamente afectado por la medida, mientras que el público no se alteraría por el retraso en el cobro, en su caso, de la multa”, pero añade: “aún producido este desbalance, no significa que la medida deba acordarse en todos los casos, pues es necesario que se produzca el requisito de *periculum in mora*”. Y finalmente concluye:

“Tratándose de desembolsos de cantidades pecuniarias, la existencia de este requisito debe derivar de una prueba que demuestre la existencia de daños de difícil o imposible reparación que se producirían con la inmediata ejecución de la sanción. La carga de esta prueba corresponde al que solicita la medida de suspensión, si bien no es necesaria una prueba absoluta y plena, pudiendo el juzgador apreciar las particulares circunstancias en cada caso, con el fin de deducir con la mayor aproximación posible, que aquel efecto puede producirse.”

Con todos estos argumentos, la Sala rechaza la suspensión solicitada. Se trataba de una multa a 11811 Nueva Información Telefónica, SAU, por un importe próximo al de su beneficio anual, “lo que permite colegir que el pago de la multa sólo supondrá merma de beneficios, pero no afectará a la sociedad, que es además unipersonal, lo que implica que durante la sustanciación del juicio la sociedad obtendrá unos menores beneficios a atribuir al socio único, pero no implicaría unos daños irreparables (...)”. Y añade: “tratándose de desembolsos pecuniarios, son susceptibles de devolución en caso de sentencia estimatoria del recurso, por lo que desaparece una posible ineffectividad de esa sentencia en el futuro dada la solvencia que hay que presumir de la Administración”.

B) Suspensión de la sanción de publicación: rechazo

La Federación Española de Asociaciones de Viajes es sancionada por el TDC con multa de un millón y medio de euros y con la publicación de la parte dispositiva de la resolución sancionadora en el BOE y en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional. Se solicita la suspensión de ambas sanciones en sede judicial, pero la Audiencia Nacional desestima tal pretensión. A la alegación en casación de que la ejecución inmediata de la sanción de publicación le causará daños insubsanables, la STS de 14 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 2999, responde que:

“la publicación de la parte dispositiva de la Resolución (sancionadora) del TDC no causa perjuicios irreparables, (pues) (...) el daño a la imagen de la Asociación (de agencias de viajes) recurrente puede ser reparado por la publicación de la sentencia que acoja sus pretensiones y anule la Resolución del TDC. A lo anterior se añade que, en todo caso, (...) debe prevalecer el interés público consistente en hacer llegar a los consumidores y usuarios de las agencias de viajes el Acuerdo del TDC y las medidas adoptadas para garantizar la competencia en el sector”.

Además, concluye la sentencia, “para juzgar sobre si la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, único en el que se fija la parte recurrente, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública”. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 14 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 3000.

C) La carga de probar que procede la suspensión corresponde a quien la solicita

Lo declara la STS de 14 de mayo de 2008, Sección Tercera, Ar. 3000:

“la petición de suspensión (de una sanción de publicación en el BOE de una multa en materia de mercado de valores) debe ir acompañada de una mínima y al menos indiciaria actividad probatoria pues la carga de la prueba sobre el perjuicio que puede causar la ejecución del acto corresponde a quien lo alega”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Imposibilidad de declarar la caducidad del procedimiento administrativo sancionador en vía contenciosa si no se ha requerido previamente su declaración a la Administración

Iniciado y notificado un expediente sancionador contra un ciudadano extranjero, la Administración dejó transcurrir el plazo máximo de seis meses previsto en la norma reguladora de éste sin resolver y notificar la resolución. Ante esta situación, se solicitó directamente a los jueces del orden contencioso-administrativo la declaración de caducidad del expediente sancionador, alegando que “una vez transcurridos seis meses desde la notificación de la resolución de incoación del expediente, la caducidad y el archivo del mismo nacen como consecuencia del simple transcurso del tiempo, y no porque la parte lo solicite o el órgano lo declare de oficio”. La STS de 30 de noviembre de 2007, Sección Quinta, Ar. 1867 de 2008, estima, sin embargo, que “la apreciación en sede jurisdiccional de la caducidad del procedimiento requiere una previa solicitud de su declaración en vía administrativa”, solicitud que no se había producido, por lo que desestima el recurso.

B) Se mantienen los hechos y la infracción, aunque se modifica su calificación jurídica y se fija la sanción

La STS de 4 de junio de 2008, Sección Quinta, Ar. 4114, rechaza la calificación de las infracciones realizada por la Administración –se trataba de dos infracciones en materia de aguas–, y, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes tenidas en cuenta por la Administración, fija la cuantía de cada multa en 20.000 euros –cada multa impuesta por la Administración era de más de 165.000 euros–.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M^a. BUENO ARMIGO
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial.** A) Distinción entre delimitaciones generales del derecho de propiedad y privaciones singulares del mismo: ocupación material de un terreno privado situado en un Parque Natural para destinarlo a aparcamiento de vehículos. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Necesidad de notificación del acuerdo que declara la ocupación urgente que, tratándose de interesados conocidos, no puede suplirse por la publicación. **4. Determinación y pago del justiprecio.** A) Valoración del suelo urbano y urbanizable conforme a los artículos 27 y 28 de la Ley 6/1998: interpretación del concepto legal de “pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales”. B) Sujeción del pago del justiprecio al impuesto de transmisiones patrimoniales cuando lo satisface un beneficiario que no tiene la condición de Administración Pública: inaplicación del artículo 49 de la LEF. **5. Garantías sustanciales.** A) Procede la reversión por inejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motiva la expropiación cuando tan sólo hay un cumplimiento parcial de la *causa expropriandi*. Régimen de ejercicio del derecho a interpretación antiformalista del requisito del preaviso del artículo 64 del REF.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comentamos en esta crónica la jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo en materia expropiatoria durante los cuatro meses que median entre el 1 de junio y el 30 septiembre de 2008. En relación con la distinción entre delimitaciones generales del derecho de propiedad y privaciones singulares de éste se comenta una sentencia relativa a la ocupación material de un terreno privado situado en Parque Natural del Cabo de Gata que es destinado a un fin dotacional público sin mediar la expropiación. Al hilo de este pronunciamiento nos hacemos eco de la más relevante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la espinosa distinción entre las limitaciones a la propiedad que resultan de la función social de

este derecho y los supuestos de privación o mutilación parcial de él. Asimismo, son de interés las sentencias que se comentan en relación con la determinación del justiprecio y su pago, referidas, respectivamente a la interpretación del concepto legal de “pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales” al que aluden los artículos 27 y 28 de la Ley 6/1998 del Suelo y valoraciones y al problema de la sujeción del pago del justiprecio al impuesto de transmisiones patrimoniales, que enfrenta la regulación específica de las exenciones de este impuesto con el artículo 49 de la LEF.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Distinción entre delimitaciones generales del derecho de propiedad y privaciones singulares del mismo: ocupación material de un terreno privado situado en un Parque Natural para destinarlo a aparcamiento de vehículos

Es conocido el modo desenvuelto pragmático con el que el legislador establece recortes más o menos intensos al derecho de propiedad al regular los distintos estatutos jurídicos de ésta, sin preocuparse por la categorización y el *nomen* de las medidas limitativas o ablativas. Unas veces se emplea el género (deber-obligación, límite-delimitación, restricción-limitación) para calificar la especie y, otras, ésta (carga real, obligación *propter rem*, habilitación modal, condición, servidumbre, expropiación, etc.) se confunde con el género. El reto del jurista es hallar la justificación de cada concreta restricción o privación fijada por el legislador, porque está en juego la garantía patrimonial –base de toda la cuestión– y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en función de cual sea la figura limitativa que *realmente* se está configurando en términos jurídicos.

En la dogmática civilista tradicional, la limitación es un género que encierra distintas especies en función del alcance e intensidad con el que penetran en el derecho, afectando de forma variable a lo “absoluto”, a lo “exclusivo” o a lo “perpetuo” del dominio. En este contexto, la doctrina civilista señala comúnmente como límites naturales del dominio los que imponen las relaciones de vecindad entre fundos y los que derivan de la doctrina del abuso del derecho y los actos de emulación, de otro. Y como limitaciones externas, en sentido propio: los derechos reales, las servidumbres forzosas, y las limitaciones y prohibiciones sobre la facultad de disponer. El punto de inflexión de este planteamiento civilista clásico, que es el que luce en el Código Civil, es la formulación iuspublicista de la propiedad de la se hace eco la Constitución de 1978, y que trae consigo el reconocimiento de la existencia de límites que configuran el derecho “desde dentro”, con un carácter “constitutivo” que es inmanente al propio derecho y configura su esencia interna. Se acoge así la teoría de la propiedad como derecho-deber en la que, frente a la tesis tradicional del derecho subjetivo, el deber nace de la función social interna a la propiedad. El concepto de función social del artículo 33.2 de la CE implica una profunda modificación de la estructura y del contenido de la propiedad. No se trata ya de reconocer una cierta dimensión “transindividual” del derecho que el propietario estaría obligado a satisfacer, sino de afirmar que es la propia esencia de la institución de la propiedad la que contiene y exige esa orientación. Esta visión se opone dialécticamente a la garantía patrimonial frente a las privaciones singulares de la propiedad por razón de utilidad pública

VIII. Expropiación Forzosa

o de interés social, que generan el correspondiente derecho a indemnización (artículo 33.3 de la CE).

Planteada así la cuestión, el problema más trascendente que generan las intervenciones sobre la propiedad desde la óptica constitucional radica en trazar la frontera entre lo que el Tribunal Constitucional llama “delimitación general del derecho” y “privaciones o supresiones” del mismo. Las esferas respectivas del artículo 33.2 y 3 de la CE representan la frontera entre las intervenciones “delimitadoras” no indemnizables y aquellas otras que por vulnerar el contenido esencial del derecho e implicar un despojo de todo o parte de él, suponen una invasión en la esfera patrimonial del propietario que habría que indemnizar. La Constitución proporciona la clave ordenadora de esta cuestión: el contenido esencial del derecho de propiedad como límite a la legitimidad constitucional de las leyes (artículo 53.1 de la CE). Si el legislador introduce en la regulación del derecho de propiedad privaciones de derechos o facultades que integran ese contenido esencial estará acordando una medida indemnizable de naturaleza expropiatoria. El contenido esencial se erige así en el punto de inflexión, en el fiel de la balanza, entre las actuaciones “delimitadoras” del artículo 33.2 CE y las “expropiatorias” del 33.3 CE. En palabras de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Aguas,

“es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas no toleradas por la norma constitucional salvo que medie la indemnización correspondiente” (FJ 11°).

Llegados a este punto hay que hacer dos precisiones importantes. En primer lugar, no debe perderse de vista que una de las razones que más dificultan el trazar la línea divisoria entre los conceptos de “delimitación” y “expropiación” es que esta última puede ser parcial. El sacrificio del contenido esencial del derecho de propiedad puede reconocerse con cierta facilidad en los supuestos de privación total. Pero el problema se agudiza en los supuestos de “mutilación” o sacrificio parcial del derecho que se llevan a cabo bajo la cobertura de una regulación general de éste, hasta el punto de poder afirmar que el tope de la invulnerabilidad del contenido esencial no está establecido en la CE como garantía frente a hipotéticas expropiaciones, sino frente a regulaciones del ejercicio que pudieran suponer una restricción o sustracción de facultades. De otro lado, debe tenerse presente que la garantía del contenido esencial tiene un valor declarativo, no constitutivo, ya que lo que sea el contenido esencial del derecho no es para la Constitución un *quid datum*, sino algo sólo determinable a la vista del grado de onerosidad que cada forma de intervención o regulación legal del derecho conlleve para el propietario. En todo caso, el contenido esencial del derecho de propiedad ha de traducirse inexcusablemente en una utilidad individual para el propietario, que constituirá, junto a la función social del derecho, un núcleo irreductible del contenido esencial de la propiedad. Estas dos dimensiones de la propiedad, la función social y la utilidad individual, tendrán mayor o menor extensión en razón de múltiples variables que expresarán en cada caso la intención del legislador de apurar o no al máximo el destino social del derecho, lo que hace de la utilidad individual un concepto maleable llamado a soportar el peso variable que sobre él ejerce la función social. Pero al afirmar la existencia de un núcleo inabitable constituido por una cierta utilidad o rendimiento individual se está señalando un límite cierto a

la fuerza expansiva de la función social, de modo que la consideración de la función social como conformadora del contenido mismo del derecho obliga al legislador y al intérprete a indagar la proporcionalidad o razonabilidad de la medida en relación a ese núcleo resistente que representa la utilidad individual.

El resultado de aplicar este método al caso concreto no puede ser más incierto, como prueba la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. Buen ejemplo de ello son la STC 14/1998, de 22 de enero, sobre la Ley extremeña que reguló los “aprovechamientos cinegéticos privados” como un régimen de concesión sin previa demanialización de los terrenos destinados a la caza, o la STC 248/2000, de 19 de octubre. En este último supuesto, el Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra la Ley balear de Ordenación y Protección de las Áreas Naturales de Interés Especial, que imponía numerosas restricciones a los propietarios afectados, y la que declaró “S’a punta de N’amer” como Área Natural de Especial Interés sin prever ninguna indemnización, declarando que

“el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos. A lo que cabe agregar que el Parlamento de las Islas Baleares en la Ley 1/1991, de espacios naturales y régimen urbanístico de las Áreas de Especial Protección, expresamente establece en su Disposición Adicional Sexta que en los proyectos presupuestarios de la Comunidad Autónoma se preverán los recursos precisos para afrontar la responsabilidad económica que pueda suponer las calificaciones urbanísticas de los terrenos. El mismo criterio resulta, según lo dicho, aplicable a la Ley 8/1985, pues de existir responsabilidad económica anudada a los perjuicios derivados del nuevo régimen urbanístico correspondiente al espacio territorial de ‘S’a Punta de N’amer’, habría de estarse a la normativa general correspondiente. En conclusión, las Leyes 1/1984 y 8/1985 no conculcan el artículo 33.3 CE” (FJ 4º).

Resuelta en este sentido la cuestión de inconstitucionalidad planteada, el Tribunal Supremo dictó Sentencia estimatoria de las pretensiones resarcitorias de los reclamantes con fecha 30 de junio de 2001, Ar. 8220.

Como consecuencia de la inseguridad e imprecisión de un criterio que –como el expuesto– depende de su aplicación al caso concreto, el legislador y la jurisprudencia han buscado refugio en la mayor seguridad jurídica que ofrecen los criterios formales de distinción, que no toman tanto en consideración (o, al menos, no en primer término) el grado de penetración de la medida en el contenido del derecho sino que se fijan en la forma de plasmación de la medida y su mayor o menor proyección sobre el conjunto de titulares del derecho, que es el camino que ha sustentado la teoría de la indemnización en Derecho Administrativo sobre la idea de lesión individualizada o privación singular. Este criterio atiende a la generalidad o singularidad de la intervención examinada para calificarla como “delimitadora”, si la medida es generalmente aplicable a todos los propietarios, o “expropiatoria” (y por tanto indemnizable) si tal medida tiene –por el contrario– carácter singular y sólo afecta a un grupo individualizado o singularizado de aquéllos. Se trata de un criterio tradicionalmente empleado por el legislador.

VIII. Expropiación Forzosa

No en vano es el que luce en la definición del objeto de LEF, que comprende “cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos”. Asimismo, el arraigo de este criterio formal de distinción entre intervenciones “delimitadoras” y “expropiatorias” es proverbial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Valga como ejemplo la STS de 20 de enero de 1999, Ar. 1081, que resolvió la reclamación sobre responsabilidad patrimonial por la prohibición permanente de toda actividad cinegética en una finca particular situada en el Parque Nacional de Monfragüe (Cáceres) que trae causa en la antes mencionada Ley extremeña 8/1990, de 21 de diciembre, reguladora del derecho de caza. Para determinar si la citada prohibición supone un quebranto del contenido esencial del derecho de propiedad, la citada sentencia sigue el criterio establecido por la anterior STS de 6 de julio de 1982, Ar. 5349, que enjuició las medidas indemnizatorias que a tal efecto previó el Real Decreto 1927/1979, de 4 de abril, de creación del Parque Natural de Monfragüe. En aplicación de las previsiones del citado Real Decreto y en la legislación estatal sobre Espacios Protegidos (que permitían la limitación de los recursos cinegéticos de los terrenos afectados y su eventual prohibición de si resultaban incompatibles con la finalidad de preservación de los recursos naturales), el Tribunal Supremo declaró que no cabía reconocer derecho a indemnización en los supuestos de aplicación de una “reglamentación general de los usos y aprovechamientos generales”; pero dicha indemnización sería procedente “en caso de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos”. Este mismo parámetro de distinción singular-general es el que aplica la STS de 20 de enero de 1999 para dilucidar si cabe o no indemnización en un caso concreto de privación del derecho de caza. Enmarcando su razonamiento en la teoría de la responsabilidad del Estado legislador y en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la “recognoscibilidad” del derecho para comprobar si hay o no quebranto de su contenido esencial, la sentencia sostiene que

“del análisis del conjunto normativo examinado, se infiere la existencia de normas que suponen intervención y limitación en los derechos de los particulares, que irrumpen en situaciones jurídicas previamente existentes y que imponen cargas y sacrificios especiales, como es la privación del reconocimiento del derecho de caza, que en la cuestión examinada, no excluye la correspondiente indemnización (...). La Ley autonómica de la Caza en Extremadura 8/1990, de 20 de diciembre, incide en los derechos patrimoniales de los propietarios de los terrenos incluidos en el Parque Natural de Monfragüe, entre los que se encuentra la parte recurrente, pues de la lectura de los preceptos anteriormente examinados, no puede extraerse la conclusión de que exista una privación de propiedad de los terrenos incluidos en el Parque, pero lo que sí realiza la Ley es una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos, que no supone privación de propiedad sino el establecimiento de unas limitaciones generales y específicas respecto de los usos y actividades que han de establecerse en función de la conservación de los espacios a proteger, por lo que si las exigencias que impone la protección de dicho espacio natural llevase al poder público a estimar necesaria la expropiación, ésta se vería sujeta a la legislación vigente en materia expropiatoria, criterio que contiene la previsión establecida en el Decreto de constitución del Parque (...), y lo mismo ha de decirse respecto de cualquier otra limitación singular de un derecho patrimonial susceptible de provocar daños, que legitima, como en este caso, la necesidad de su adecuado resarcimiento”.

Así, pues, la constatación de que en este caso se ha producido una privación singular del derecho de caza que representa una circunstancia individualizada y más incisiva de que la que supone la reglamentación general de uso y aprovechamiento de los terrenos afectados por la

declaración de Parque Natural se erige en el argumento decisivo del fallo estimatorio. Idéntico criterio ha manejado el Tribunal Supremo en otros supuestos en los que la norma establecía intervenciones encuadrables en el concepto de “privación singular”, erigiendo así al criterio de la singularidad o individualidad de la lesión como un elemento esencial para la aplicación de la garantía indemnizatoria pública, tanto en los supuestos de concreción de la definición legal del objeto expropiable, como en la determinación de los requisitos del daño en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. Es especialmente significativa, en este sentido, la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo en relación a la suspensión de la explotación del acuífero de riego del “Campo de Montiel” acordada por el RD 393/1988, de 22 de abril. Al resolver por primera vez los recursos planteados por los afectados, las SSTs de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, Ar. 4368, reconocieron la existencia de responsabilidad patrimonial por la concurrencia del requisito de la singularidad del daño, apreciando que el

“RD 393/1988 tiene un claro significado expropiatorio y, por consiguiente (la reclamante), ha de ser adecuadamente indemnizada según establece el artículo 120 de la LEF (...). No podemos admitir (...) que no se haya producido una privación singular de derechos por haberse impuesto la prohibición de regar a una generalidad de usuarios, puesto que solamente sufrieron tal privación los titulares de aprovechamientos de aguas subterráneas con destino a regadíos incluidos en la delimitación fijada por el Real Decreto que ordena la suspensión temporal de las extracciones, de manera que se produjo una lesión individualizada a determinados usuarios.”

Sin embargo, una reconsideración de la aplicación que en estos casos tiene el criterio singular-general ha motivado la corrección de esta jurisprudencia en las SSTs de 18 de marzo de 1999, Ar. 3153, 19 de septiembre, Ar. 7426 y 15 de noviembre de 2000, Ar. 395, en las que se hace eco del voto particular que el Magistrado Peces Morate formuló a la citada STS de 14 de mayo de 1996 para resolver justamente lo contrario que en aquella, que

“no cabe entender que estamos ante privación singular en los supuestos en que se limite el aprovechamiento para usos agrícolas en situaciones de sequía por estimar necesario el uso del agua para abastecimiento de poblaciones. Tal decisión no es sino el ejercicio de la previsión contenida en Ley de Aguas de 1985 para la superación de las situaciones de sequía, de modo que la privación del riego acordada constituye una delimitación ordinaria del dominio privado. Siempre que esta clase de medidas se adopte con la debida generalidad, como ha sucedido en este caso, no constituye privación singular de derechos, sino tan sólo aplicación de una previsión legal que forma parte del estatuto jurídico de las aguas de dominio privado” (la cursiva es nuestra).

En este contexto hermenéutico, ciertamente impreciso, se inserta la **STS de 17 de junio de 2008** (recurso 7215/2004), que resuelve el recurso de casación deducido contra la Sentencia de 31 de mayo de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la desestimación por parte de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de la petición de iniciar un expediente expropiatorio respecto de una finca de los recurrentes sita en el Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, parcialmente ocupada para establecer un aparcamiento público para los numerosos vehículos que, fundamentalmente en verano, se dirigen a las playas semi-vírgenes de la zona.

VIII. Expropiación Forzosa

La Junta de Andalucía funda su recurso de casación en la indebida aplicación de la LEF en relación con los artículos 2.3, 3, 4.4.c), 5.2, y 13 de la Ley de Espacios Naturales de 27 de marzo de 1989 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, que –a juicio de la Junta de Andalucía– llevaría a anular el fallo de instancia por una serie de razones que se resumen en las siguientes: a) la improcedencia de aplicar la LEF al caso, porque no habría aquí una privación singular sino una simple “delimitación o configuración del contenido de un derecho” como consecuencia de la inclusión de la finca dentro del citado Parque Natural, ya que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la aprobación de la Ley que consagra un espacio protegido no implica por sí sola la aplicabilidad de la garantía expropiatoria (SSTC 170/1989 y 248/2000); b) los citados preceptos de la Ley de Espacios Naturales otorgan a la Administración una serie de facultades de intervención en los terrenos protegidos, tendentes a planificar su utilización, establecer sus posibles aprovechamientos, asegurar su conservación, etc., que es lo que se ha hecho sobre una porción de la finca de los recurrentes; c) la expropiación de las fincas situadas dentro de un Parque Natural es una mera posibilidad, y no un deber de la Administración, como se deduce del artículo 3 de la Ley de Espacios Naturales y de las SSTS de 20 de junio de 2002 y de 24 de febrero de 2003.

A juicio del Tribunal Supremo, ninguno de estos argumentos sirve para justificar la ocupación material de la finca, por lo que el recurso de casación no puede prosperar. Comenzando por la afirmación de que en el presente caso ha habido una “delimitación o configuración del contenido de un derecho”, el Tribunal Supremo comienza por reconocer que

“No le falta razón a la Junta de Andalucía cuando dice, citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la aprobación por Ley de un espacio protegido no trae consigo automáticamente la aplicabilidad de la garantía expropiatoria, establecida en el artículo 33 CE y desarrollada en la Ley de Expropiación Forzosa. Cuando se crea legalmente un espacio protegido, lo que ocurre es que las fincas incluidas en el mismo quedan sometidas a unos determinados aprovechamientos, a ciertas reglas de conservación, a facultades administrativas de control, etc. Dicho brevemente, la inclusión en un espacio protegido implica, efectivamente, una ‘delimitación o configuración del contenido de un derecho’; y no una ‘privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos’, que es el rasgo definitorio de la expropiación forzosa. Ahora bien, en el presente caso no se había impugnado la inclusión de la creación del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, ni la inclusión en el mismo de la finca en cuestión. Lo que se había impugnado es la ocupación material por la Junta de Andalucía de una parte de dicha finca, a fin de habilitarla como zona de aparcamiento para los visitantes del parque. Y esto ya no es mera sumisión al régimen jurídico propio del parque, que por cierto vincula a todas las fincas comprendidas dentro del mismo, sino la utilización de una finca determinada para un fin de interés general. Por ello, la ocupación de la finca para usarla como zona de aparcamiento ha constituido una privación singular de derechos y entra, en principio, dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa.

Por lo que hace a los artículos de la Ley de Espacios Naturales citados por la Junta de Andalucía, ninguno de ellos da cobertura para, al margen del procedimiento expropiatorio, ocupar la finca y establecer en ella una zona de aparcamiento. El artículo 2.3 se refiere al deber de la Administración de velar por la conservación de los recursos naturales, que nada tiene que ver con la ocupación de una finca en concreto.

El artículo 4.4.c) dice que los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales contendrán la ‘determinación de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger, con especificación de las distintas zonas en su caso’. Es verdad que este precepto permite establecer reglas específicas para las distintas zonas de un mismo parque; pero esas reglas han de tener como objeto los usos y actividades permitidos a los particulares, lo que no es lo mismo que la ocupación de una finca por la Administración. Hay que tener presente, además, que la Junta de Andalucía no ha acreditado en ningún momento que el correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales previese la utilización de la mencionada finca como zona de aparcamiento.

El artículo 5.2 también hace referencia a los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, para decir que son obligatorios y ejecutivos y que prevalecen, en caso de colisión, sobre cualesquiera otros instrumentos de ordenación del territorio. No hay aquí nada que justifique la ocupación de una finca al margen del procedimiento expropiatorio.

El artículo 13 se ciñe a dar una definición legal de los parques naturales y a prever que se podrá limitar el aprovechamiento de sus recursos. Añade que ‘en los Parques se facilitará la entrada de visitantes con las limitaciones precisas para garantizar la protección de aquéllos’. Pero esta genérica posibilidad legal de que los parques naturales reciban visitantes no habilita a la Administración a ocupar una finca concreta de un concreto parque, a fin de habilitar una zona de aparcamiento de vehículos. Cuando la entrada de visitantes en un parque natural suponga un sacrificio especial para los propietarios de una o varias fincas en concreto, ello no podrá justificarse sobre la base de la genérica sumisión de todas las fincas del parque natural a una regulación de los aprovechamientos posibles, sino que será preciso acudir al procedimiento expropiatorio por tratarse de una privación singular de derechos.”

En consecuencia, y al igual que sostenían algunas de las sentencias que anteriormente citábamos, el Tribunal Supremo viene a reconocer que cuando la aplicación de las restricciones del derecho de propiedad establecidas genéricamente por la Ley al configurar el alcance de la función social sobre un tipo de propiedad dé lugar a un “sacrificio especial” para alguno de los propietarios en su concreta aplicación al caso, de forma que se produzca una “privación singular” de todo o parte de su derecho de propiedad, surge el correspondiente derecho de indemnización conforme al artículo 33.3 de la CE.

Finalmente, sobre el argumento basado en el artículo 3 de la Ley de Espacios Naturales, según el cual “las actividades encaminadas al logro de las finalidades contempladas en los preceptos de esta Ley podrán ser declaradas de utilidad pública o interés social, a todos los efectos y en particular a los expropiatorios, respecto de los bienes y derechos que puedan resultar afectados”, la Sala afirma que

“Esta norma legal implica, sin duda, que la creación de un parque natural trae consigo la posibilidad de considerar de utilidad pública o interés social las actividades a realizar dentro del mismo, sin necesidad de que una Ley ulterior declare la *causa expropriandi*; es decir, hace una declaración genérica de utilidad pública, en el sentido del artículo 10

VIII. Expropiación Forzosa

LEF, que luego deberá ser aplicada a bienes concretos por la Administración competente. En este sentido, es indiscutible que, como dice la Junta de Andalucía, la expropiación de fincas situadas dentro de un parque natural es una posibilidad, no un deber de la Administración; y esto es precisamente lo que afirman las sentencias de esta Sala citadas por la propia Junta de Andalucía. Ahora bien, de aquí –esto es, del dato incuestionable de que la Administración no está obligada a expropiar todas las fincas comprendidas dentro de los parques naturales– no se sigue que la Administración no esté obligada a acudir al procedimiento expropiatorio cuando pretende hacer una privación singular de derechos sobre una finca concreta de un concreto parque natural y más aun cuando, como ocurre en el presente caso, ya ha ocupado de hecho la finca.”

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Necesidad de notificación del acuerdo que declara la ocupación urgente que, tratándose de interesados conocidos, no puede suplirse por la publicación

El artículo 52 de la LEF no impone la notificación personal de los interesados de la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, limitándose la regla 2ª de dicho precepto a exigir la notificación a los interesados afectados del “día y hora en que ha de levantarse el acta previa a la ocupación”. No obstante, el Tribunal Supremo tiene declarado que la notificación personal de la declaración de la urgente ocupación debe producirse en los supuestos en los que, de conformidad con la regla 1ª del artículo 52 LEF, dicha declaración cumple la función de declaración de necesidad de ocupación (dado que para ésta el artículo 21.3 LEF exige específicamente notificación personal) y existen interesados cuyo domicilio es conocido. Por tanto, la publicación oficial de la relación definitiva de propietarios y bienes afectados no es modo suficiente ni válido de notificación en estos casos.

Al analizar la naturaleza de las declaraciones de urgente ocupación en las expropiaciones de urgencia, la STS de 24 de abril de 2003 (Ar. 3733, comentada por nosotros en el número 22 de esta Revista) afirmaba que el acuerdo de declaración de la urgente ocupación no es una disposición de carácter general, puesto que carecen de la característica indispensable de entrar a formar parte del ordenamiento, sino que se agota con su cumplimiento (criterio de la ordinalidad). Al no ser disposiciones generales para cuya eficacia bastaría la publicación oficial (artículo 52.1 de la Ley 30/1992), dichos acuerdos han de considerarse actos administrativos a los efectos de la aplicación del régimen de notificación como requisito de eficacia (artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992), salvo que concurriese alguna de las excepciones del artículo 59 de la propia Ley, entre las que se encuentran los actos administrativos en masa, cuyos destinatarios sean desconocidos o indeterminados, para cuya eficacia habría que proceder a la publicación a la que se refieren los apartados 5 y 6 del citado artículo 59 de la Ley 30/1992.

En este orden de consideraciones, el Tribunal Supremo ha apreciado que tratándose de interesados conocidos la referida notificación no puede suplirse por la publicación de edictos o en los Boletines oficiales correspondientes a la que se refiere al artículo 59.5 de la Ley 30/1992. Asimismo, también ha sostenido que la publicación sustitutiva prevista en el artículo 59.6 de la Ley 30/1992 queda limitada en estos casos a los supuestos en los que el acto tenga por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas o estemos ante un supuesto de publicación adicional, es decir, complementaria y no necesariamente sustitutoria “cuando la

Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es improcedente para garantizar la notificación a todos, siendo en este último caso, adicional a la notificación efectuada” (véase, por ejemplo, la STS de 31 de mayo de 2003, Ar. 4392, que comentábamos en el número 23 de esta Revista). Lo anterior pone de manifiesto que en los supuestos de declaración de urgente ocupación estamos –podría decirse– ante un caso de publicación concurrente con la notificación individualizada a los interesados, lo que se explica por la posibilidad –perfectamente común y constatada por la práctica expropiatoria– de que, además de los propietarios cuyos datos personales y domicilio son conocidos, haya otros cuya existencia o paradero se ignore o que, siendo conocida su existencia, no se disponga de los datos necesarios para que la notificación pueda ser practicada en forma.

La STS de 1 de febrero de 2008, Ar. 1348 y, en idéntico sentido, la posterior **STS de 4 de junio de 2008**, Ar. 3115, reiteran esta doctrina al analizar la declaración de urgente ocupación contenida en el Acuerdo del Gobierno valenciano, de 23 de septiembre de 2003, por el que se iniciaba la expropiación urgente de los terrenos afectados por una obra de canalización. En las referidas sentencias se afirma lo siguiente:

“La cuestión a dilucidar es la de si el acuerdo de declaración de urgente ocupación de 23 de septiembre de 1997 del Consejo de Gobierno de la Generalitat Valenciana entra en la categoría de disposiciones generales y por tanto no necesita ser notificado siendo bastante su publicación en el periódico oficial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley 30/1992 o, por el contrario, es un acto administrativo y por tanto le es de aplicación al artículo 58 de la Ley 30/1992 con las excepciones a que se refiere al artículo 59.5 de la misma (actual artículo 59.6), entre las que se encuentra el ser un acto que tenga por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas.

Que no estamos ante una disposición de carácter general parece evidente dado que la característica indispensable para que estemos ante una disposición del tal naturaleza es que ésta forme parte del ordenamiento en tanto que no acontece así con el acto administrativo que se agota con su cumplimiento lo que, por otra parte, no sucede en la disposición general. La disposición general es un acto ordinal que crea derecho en tanto que el acto se limita a aplicarlo. En el caso de las declaraciones de urgente ocupación no estamos ante el desarrollo de una potestad reglamentaria sino ante la declaración y aprobación de una resolución administrativa dirigida a una pluralidad de personas pero que ni crea derecho ni se integra en el ordenamiento jurídico como parte del mismo.

Resuelta así la cuestión, el acuerdo que nos ocupa debió ser notificado salvo que concuriesen alguno de los supuestos de los artículos 59.5 de la Ley 30/1992 (actual artículo 59.6). Es evidente que no estamos ante el supuesto previsto en el apartado b) del citado artículo (...) ni tampoco en aquel a que se refiere el segundo inciso del apartado a), que es aplicable sólo en los supuestos de procedimientos incoados para una pluralidad de personas y sea de aplicación el artículo 33 de la propia Ley 30/1992.

La cuestión se limita en consecuencia a decidir si estamos ante un acto administrativo que tiene por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas o si por el contrario los destina-

VIII. Expropiación Forzosa

rios del acto están perfectamente determinados. En el primer caso sería suficiente la publicación y no se habría producido la infracción invocada por la recurrente, en tanto que en el segundo la notificación es requisito necesario y, por tanto, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, el plazo para recurrir no empieza a contarse en su defecto hasta el momento en que el afectado tiene conocimiento del mismo, y por tanto el recurso debería haber sido admitido.

De lo que resulta en las actuaciones, el Acuerdo de Declaración de Urgente ocupación del Consejo de Gobierno de la Generalitat Valenciana es de fecha posterior al acuerdo de necesidad de ocupación y por tanto cuando se dictó estaban perfectamente identificados los propietarios afectados. En consecuencia debió, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 30/1992, haberseles notificado tal acuerdo y al no hacerse así el plazo para recurrir no puede computarse desde la publicación del acto sino, habida cuenta que no consta lo contrario, desde el momento en que se le notifica por la Administración demandada la interposición de otros recursos contenciosos contra dicho acuerdo, tal y como afirma. Consecuencia de lo anterior es que el recurso debió ser admitido a trámite y al no hacerse así se han infringido los preceptos invocados por el recurrente.”

4. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Valoración del suelo urbano y urbanizable conforme a los artículos 27 y 28 de la Ley 6/1998: interpretación del concepto legal de “pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales”

Se recordará que los artículos 27 y 28 de la hoy derogada Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen de suelo y valoraciones, establecían un método valorativo del suelo urbano y del urbanizable para el que se hubiese aprobado las condiciones de desarrollo consistente en la aplicación al aprovechamiento correspondiente del valor básico de repercusión recogido en las ponencias catastrales para el terreno de que se trate; valor que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Haciendas Locales, reflejaría el de mercado, puesto que, según dicha Ley, las valoraciones catastrales se fijan a partir de un estudio previo del mercado. Subsidiariamente, la Ley 6/198 disponía que para el caso de que no existiesen o no fueran aplicables los valores de las ponencias catastrales por haber perdido vigencia o haberse modificado el planeamiento, el valor básico de repercusión se calcularía por el método residual comúnmente utilizado en el ámbito inmobiliario.

La STS de 22 de septiembre de 2008, Ar. 4542, resuelve en casación la pretensión de un expropiado que perseguía acreditar que el valor real de mercado del terreno que le fue expropiado era muy superior al derivado de la aplicación de las ponencias catastrales que se aplicaron para su valoración, como el propio Jurado de Expropiación admitió al rechazar el valor derivado de la aplicación de la ponencia catastral “por hallarse muy alejado del valor real de mercado”. Ante ello, el Tribunal Supremo afirma que

“el punto crucial estriba aquí, sin duda, en determinar si la valoración de acuerdo con las ponencias catastrales, que es el método primariamente previsto por los citados artículos 27 y 28, puede y debe ser evitada por el mero hecho de que el Jurado Provincial de Expropiación considere que arroja un valor muy alejado del valor real del mercado. Ambos preceptos utilizan exactamente la misma formulación para establecer las condiciones en que no procede

la valoración de acuerdo con las ponencias catastrales: ‘los supuestos de inexistencia, pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales o inaplicabilidad de éstos por modificación de las condiciones urbanísticas tenidas en cuenta al tiempo de su fijación’. Es claro que, en el presente caso, no cabe hablar de ‘inexistencia’, ya que había ponencias catastrales; y tampoco de ‘modificación de las condiciones urbanísticas’, ya que no consta que hubiera ninguna modificación de la clasificación del suelo con posterioridad a la aprobación de las ponencias catastrales. Por ello, el único modo de evitar su aplicación es entender que hubo “pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales”.

Como se dijo más arriba, es pacífico que las ponencias catastrales habían sido revisadas poco más de dos años antes de la iniciación del expediente de fijación del justiprecio: se habían aprobado el 26 de junio de 1995, con efectos a partir del 1 de enero de 1996. Ello significa que una pérdida de vigencia formal no se había producido, pues estaba muy lejos de haber transcurrido el plazo máximo de diez años que el artículo 28.3 de la Ley del Catastro Inmobiliario establece para la revisión de las ponencias catastrales. De aquí que, para llegar a la conclusión querida por el recurrente, haya que entender la expresión ‘pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales’ en un sentido puramente material o fáctico; es decir, habría que entenderla como inadecuación *de facto* al valor del mercado. Ocurre, sin embargo, que esta Sala ha rechazado tal interpretación, como se desprende de sus Sentencias de 24 de enero de 2005 y 30 de enero de 2008. Dicha interpretación supondría aceptar que cabe apartarse del método de valoración legalmente previsto cuando éste arroje un resultado alejado del valor que se tiene por real, que es exactamente lo contemplado por el artículo 43 LEF; pero ello no es posible porque, como es sabido, el artículo 23 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones lo impide expresamente cuando dispone: ‘A los efectos de expropiación, las valoraciones de suelo se efectuarán con arreglo a los criterios establecidos en la presente Ley, cualquiera que sea la finalidad que la motive y la legislación, urbanística o de otro carácter, que la legitime’.

A mayor abundamiento, no está de más añadir que la citada interpretación de la expresión ‘pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales’ como inadecuación *de facto* al valor del mercado tropezaría, aun si no existiera el mencionado artículo 23, con una grave dificultad: ¿cuán grande habría de ser la desviación del valor del mercado para tener a las ponencias catastrales por inaplicables? Es evidente que este interrogante no tendría respuesta fácil en ausencia de una intervención del legislador”.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo apoya la interpretación de la Sala de instancia que estimaba que el concepto legal de “pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales” no es fáctico sino formal, declarando que no hay infracción de los artículos 27 y 28 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 y desestimando el recurso de casación.

B) Sujeción del pago del justiprecio al impuesto de transmisiones patrimoniales cuando lo satisface un beneficiario que no tiene la condición de Administración Pública: inaplicación del artículo 49 de la LEF

El artículo 49 de la LEF dispone que “El pago del precio estará exento de toda clase de gastos, de impuestos y gravámenes o arbitrios del Estado, Provincia o Municipio, incluso el de pagos

VIII. Expropiación Forzosa

al Estado”. Las SSTS de 16 y 19 de septiembre de 2008, resolutorias de los recursos de casación para la unificación de la doctrina 489/2004, 32/2005 y 64/2005, respectivamente, interpretan esta previsión a la luz del vigente Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que califica como transmisiones patrimoniales sujetas al impuesto todas las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas [artículo 7.1.A)], entre las que, en principio, se encuentran las expropiaciones, que no son objeto de exención a tenor de la Disposición Transitoria Primera del Texto Refundido de dicho impuesto, según la cual “quedan sin efecto cuantas exenciones o bonificaciones no figuren mencionadas en este Texto Refundido”, por lo que no sería de aplicación el citado artículo 49 de la LEF. Justamente por ello, el artículo 45.1.A) del mencionado texto Refundido dispone que gozarán de exención del impuesto los sujetos en él contemplados, entre los que se cita al “Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos”, añadiendo que esta exención “será igualmente aplicable a aquellas entidades cuyo régimen fiscal haya sido equiparado por una Ley al del Estado o al de las Administraciones públicas citadas”. Sin embargo, cuando quien abona el justiprecio es un sujeto privado que tiene la condición legal de beneficiario de la expropiación, no puede considerarse Administración Pública a los efectos de beneficiarse de tal exención fiscal. A diferencia de lo que cabría deducir del artículo 49 de la LEF, en la regulación del impuesto de transmisiones el motivo de exención es la condición personal de quien abona el justiprecio (ser Administración Pública) y no el objeto del pago (el justiprecio).

El impuesto de transmisiones patrimoniales examinado en los recursos de casación para la unificación de la doctrina que resuelven las sentencias del Tribunal Supremo que arriba citábamos se devenga por ocupaciones de fincas urbanas a cargo de una sociedad mercantil de promoción del suelo, beneficiaria de un procedimiento de expropiación para la ejecución de un área de expansión urbanística en Gijón, que dicha sociedad materializa por actas de ocupación del año 1998, lo que, como se ha visto, constituyen hechos imponderables al efecto del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Pese a ello, la sociedad beneficiaria se opone al devengo del impuesto, lo que a la postre fuerza los pronunciamientos que ahora comentamos.

Como el propio Tribunal recuerda al resolver estos recursos, la cuestión planteada ya ha sido resuelta por SSTS de 3 de mayo de 2006, Ar. 6115, y 22 de diciembre del mismo año, Ar. 9316, dictadas también en la misma modalidad casacional de unificación de doctrina y en recursos interpuestos por la misma sociedad recurrente frente a sentencias de la Audiencia Nacional desestimatorias de sendos recursos contencioso-administrativos contra resoluciones del TEAC, que, a su vez, rechazaron los recursos de alzada promovidos contra las del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Asturias, que al igual que en los casos que ahora se resuelven por el Supremo, confirmaban liquidaciones giradas por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

En aquellos pronunciamientos, que el Tribunal Supremo confirma plenamente en esta nueva ocasión, la beneficiaria ya pretendió que se declarara aplicable la exención del artículo 49 de la LEF al igual que el propio Tribunal Supremo había hecho en las sentencias de contraste que la recurrente aportaba, referidas al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (o “plusvalía”), en las que se declaraba la procedencia de la exención aunque no estuviera el tri-

buto entre los que mencionaba el artículo 49 de la Ley de Expropiación Forzosa por no recaer propiamente sobre el precio de la expropiación ni gravar la transmisión en sí misma sino el incremento de valor o plusvalía producida en el inmueble desde su adquisición anterior hasta su actual enajenación.

Al resolver los recursos para la unificación de la doctrina jurisprudencial ahora planteados, el Tribunal Supremo advierte que la cuestión esencial consiste en determinar si la adquisición de bienes por vía de expropiación forzosa constituye o no el hecho imponible a que se refiere el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Y lo cierto es que de la lectura del precepto, que antes transcribíamos, se desprende claramente que el elemento configurador principal del hecho consiste en una “transmisión”, en torno a la cual giran el resto de los elementos que la cualifican; así la transmisión debe ser “onerosa”, por “actos inter vivos” y tener por objeto “bienes y derechos de contenido patrimonial”. Todos estos elementos concurren en las expropiaciones pues la transmisión por título de expropiación en nada se diferencia de una compraventa. Problema distinto, declarada la sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de las adquisiciones por expropiaciones forzosas, es la procedencia o no de aplicar una exención, sobre el que el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

“Resulta evidente, desde luego, la inaplicabilidad del artículo 49 de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuanto se refiere al pago del precio que es percibido por el expropiado, no gravándose en este caso el citado precio, sino, como se ha dicho, la adquisición del bien objeto de expropiación por el beneficiario de ésta, por lo que habrá que acudir a las exenciones previstas en el Texto Refundido del Impuesto de 1980.

De su lectura se desprende que el artículo 48.1.A.a) (artículo 45 del vigente texto de 1993) sólo contemplaba una exención subjetiva en favor del Estado y las Administraciones Públicas Territoriales e Institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos, suprimiendo las antiguas exenciones objetivas cuando la transmisión en virtud de expropiación se realizaba en favor de personas, con determinadas condiciones y requisitos.

No cabe olvidar que el artículo 6.A).60 del antiguo Reglamento de Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de bienes, aprobado por Decreto de 15 de enero de 1959, concedía exención a ‘los actos y contratos referentes a terrenos, solares o edificaciones que afecten a proyectos de ordenación urbana con arreglo a la Ley de 12 de mayo de 1956, Ley 3 de diciembre de 1953 y disposiciones que establezcan el ámbito de su aplicación, Leyes de 26 de julio de 1892 y 18 de marzo de 1895, comprendidos en los apartados siguientes. Las adquisiciones que por el sistema de expropiación forzosa a que se refiere el artículo 121 de la Ley 12 de mayo de 1956 realicen las personas privadas siempre que se acredite la autorización y, en su caso, la edificación en el tiempo y modo previstos en el proyecto que haya legitimado la enajenación forzosa’.

También el artículo 65 del Texto Refundido, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, concedía en su artículo 65.1 exención objetiva a ‘las transmisiones que por expropiación

VIII. Expropiación Forzosa

forzosa y para obras de desecación y saneamiento de marismas, lagunas y terrenos pantanosos y encharcadizos se causen a favor del concesionario, conforme a la Ley de 24 de julio de 1918' (núm. 25) y 'las transmisiones que, en virtud de la expropiación forzosa a que se refiere el artículo 121 de la Ley 12 de mayo de 1956, se realicen a favor de personas privadas siempre que se acredite la autorización y, en su caso, la edificación en el tiempo y modo previstos en el proyecto que haya legitimado la expropiación forzosa' (núm. 35).

Sin embargo, ni el Texto Refundido de 1980, ni el vigente de 1993, contemplan exenciones objetivas en relación con la expropiación, por lo que si el beneficiario es un particular queda sujeta al Impuesto de Transmisiones y no exenta la adquisición, salvo que el sujeto expropiado sea un empresario o profesional y la finca expropiada esté afecta a su actividad, al considerarse en el IVA como una entrega de bienes (artículo 8.Dos 3 de la vigente Ley 37/1992, de 28 de diciembre), que establece que también se considerarán entregas de bienes 'las transmisiones de bienes en virtud de una norma o de una resolución administrativa o jurisdiccional, incluida la expropiación forzosa'."

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Procede la reversión por inejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motiva la expropiación cuando tan sólo hay un cumplimiento parcial de la *causa expropriandi*. Régimen de ejercicio del derecho a interpretación antiformalista del requisito del preaviso del artículo 64 del REF

La STS de 23 de junio de 2008, Ar. 3265, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura contra la Sentencia del TSJ de Extremadura de 13 de octubre de 2004, que estimó la pretensión reversional de dos fincas, de propiedad de la demandante y de su causante, que fueron expropiadas por la Consejería de Obras Públicas y Turismo de Extremadura para la ejecución del proyecto de construcción de presa y zona regable en la dehesa boyal de Aldea del Cano (Cáceres). Tramitado el procedimiento expropiatorio por la vía de urgencia, el acta previa a la ocupación se extendió en junio de 1985, concediéndose autorización para inicio de trabajos y disposición de los terrenos en marzo de 1986. En mayo de 1989 se procedió a la recepción definitiva por parte de la Administración autonómica de la Presa para cuya construcción se expropiaron los terrenos. No obstante, las actuaciones encaminadas a la transformación de la zona regable se demoraron más de cinco años desde la ocupación, por lo que en noviembre de 2000 los propietarios afectados solicitaron la reversión de sus terrenos por inejecución del proyecto [artículo 54.3.b) de la LEF], lo que fue denegado por la Consejería actuante mediante resolución del 22 del mismo mes. Posteriormente, el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura aprobó el Decreto 5/2002, de 15 de enero, que declara de interés para la Comunidad Autónoma la transformación económica y social de la dehesa boyal y área limítrofe del término municipal de Aldea del Cano como zonas de regadío, delimitando el perímetro de actuación en el que quedaban incluidas las fincas de los reversionistas. Por sendas resoluciones de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente, de 31 de julio de 2002 y 13 de mayo de 2003, se procede a la contratación de las obras de normas de explotación de la Presa y proyecto de transformación de la zona regable. Los propietarios expropiados interpusieron un recurso contencioso-administrativo para combatir estas decisiones posteriores a la denegación de su petición reversional, que

fue estimado por la Sala de instancia argumentando que aunque la presa fue iniciada y efectivamente terminada antes de que hubiesen transcurrido cinco años desde la ocupación de las fincas expropiadas, la puesta en regadío no se realizó jamás. De hecho, declara probado que tales obras sólo comenzaron tras adoptarse el Decreto 5/2002 antes mencionado, que es posterior a la solicitud de reversión. Para el Tribunal de instancia, la construcción de la presa y la puesta en riego son dos elementos de un mismo proyecto unitario, por lo que no bastaría cumplir sólo uno de ellos para tener por satisfecha la *causa expropriandi*. A lo cual añade que el Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, otorga a la Administración un año de plazo desde la declaración de interés nacional del bien a ocupar para redactar el correspondiente plan de regadío, que no puede considerarse hecho hasta el mencionado Decreto 5/2002. Ello determina, a juicio del Tribunal *a quo*, que deba reconocerse el derecho de reversión por inejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motivó la expropiación al que se refiere el artículo 54.1 de la LEF.

Frente a esta sentencia, la Junta de Extremadura formula un recurso de casación basado, en su primer motivo, en la incongruencia de la sentencia de instancia, que no se pronuncia sobre la alegación procesal de la Junta de Extremadura de que la reversión fue solicitada sin hacer el preaviso previsto por el artículo 64 del REF. En un segundo motivo, invoca vulneración del citado artículo 64 REF y la jurisprudencia relativa al mismo, por entender que la solicitud de reversión se hizo sin dar a la Administración la oportunidad de enmendar la falta de puesta en funcionamiento del regadío. En un tercer motivo alega vulneración del artículo 54 de la LEF en un triple sentido: a) vulneración del apartado primero del citado precepto porque la obra de construcción de la presa fue iniciada —y concluida— dentro del plazo legalmente previsto, mientras que —a juicio de la recurrente— el derecho de reversión sólo nace cuando hay una inactividad total de la Administración con respecto al fin que justifica la expropiación; b) vulneración del apartado segundo del artículo 54 de la LEF, porque la obra está en uso para otro fin de utilidad pública, como es el abastecimiento de agua a la población; c) vulneración del apartado tercero del artículo 54 LEF, porque la solicitud de expropiación fue presentada fuera de plazo. Entiende la recurrente que una vez transcurridos los cinco años señalados en dicho precepto legal y nacido, por tanto, el derecho de reversión caben dos interpretaciones sobre cuál sea el plazo para el ejercicio de dicho derecho. La primera interpretación sería que el plazo es el de tres meses, establecido por la Ley para el supuesto normal en que la Administración comunica al expropiado las circunstancias que permiten la reversión. La segunda interpretación sería que el plazo es el de dos años previsto en el artículo 64.2 REF. Según la recurrente, cualquiera que sea la interpretación que se adopte, la solicitud de reversión fue extemporánea. Finalmente, en un cuarto y último motivo casacional, la recurrente invoca vulneración del artículo 62 de la Ley 30/1992 sobre nulidad de disposiciones generales y resoluciones administrativas, sosteniendo que la Administración puede siempre ejercer las potestades que tiene legalmente atribuidas aunque haya procedimientos en curso, por lo que la sentencia impugnada no podía anular el Decreto 5/2002.

Merece la pena transcribir en lo sustancial los fundamentos séptimo a duodécimo de la sentencia resolutoria del recurso de casación para no perder el hilo argumental que traba el Tribunal Supremo al pronunciarse sobre los motivos planteados y, pese a declarar que hay lugar a la casación solicitada, acabar rechazando la argumentación de la recurrente:

VIII. Expropiación Forzosa

Séptimo.— Entrando ya en el examen de los motivos invocados (...), el primero debe prosperar, pues la sentencia impugnada ha incurrido efectivamente en incongruencia al no pronunciarse sobre la alegación de que la reversión fue solicitada sin hacer el preaviso previsto por el artículo 64 REF. Tratándose de una ‘vulneración de las normas reguladoras de la sentencia’, procede ahora resolver lo que corresponda, tal como dispone el artículo 9.2.d) LJCA.

Octavo.— El motivo segundo no puede ser acogido. Es verdad que la demandante no hizo el preaviso previsto por el artículo 64 REF. Pero esta Sala ha venido manteniendo una interpretación antiformalista del mencionado requisito del preaviso, que debe entenderse como el otorgamiento a la Administración de una posibilidad de enmendar su inactividad antes de que el derecho a la reversión se perfeccione. Así, el requisito del preaviso del artículo 64 REF ha de entenderse satisfecho cuando desde el momento en que se pidió la reversión —por haber transcurrido cinco años sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio, como prevé el artículo 54.3.b) LEF— hayan pasado, al menos, otros dos años sin que la Administración haya iniciado la ejecución de la obra o la implantación del servicio (...).

Noveno.— El motivo tercero (...) se subdivide en tres argumentos. El primero de ellos es que no se da el supuesto de hecho de la reversión, que el artículo 54.1 LEF define como ‘no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación’. Conviene partir aquí de dos datos incuestionables: uno, la obra pública —es decir, la presa— fue efectivamente construida dentro de plazo; dos, luego la presa no fue utilizada para la puesta en regadío, como estaba previsto. El problema, así, es si el cumplimiento únicamente parcial del fin que justificó la expropiación es suficiente para enervar la pretensión de reversión.

La STS de 6 de noviembre de 2000, citada por la recurrida, efectivamente afirmó que el cumplimiento de una parte del fin perseguido (reparto de tierras a colonos) y el incumplimiento de la segunda parte (puesta en regadío) implica que no se alcanzó el objetivo último perseguido por aquel procedimiento expropiatorio, de manera que concurre el supuesto de hecho del artículo 54.1 LEF. En el presente caso, hay que llegar a una conclusión similar, ya que de los hechos declarados probados por la sentencia impugnada se desprende que el objetivo último de la expropiación era la puesta en regadío, objetivo último que no ha sido cumplido durante todo el tiempo transcurrido desde entonces. No está de más añadir que, en el caso resuelto por mencionada STS de 6 de noviembre de 2000, aún cabía una sombra de duda, en la medida en que el fin estaba enunciado en términos alternativos; es decir, como reparto de tierras a colonos o puesta en regadío. En el presente caso, por el contrario, la construcción de la presa aparece como un medio para la consecución del fin de la puesta en regadío (...).

Décimo.— El segundo argumento recogido en el motivo tercero del recurso de casación no puede prosperar. La Junta de Extremadura dice que la obra pública cuya realización justificó la expropiación ha sido luego destinada a otro fin de utilidad pública, como es el abastecimiento de agua a la población. Pero, aparte de que ello no figura entre los hechos declarados probados por la sentencia impugnada, para que la nueva destinación del bien expropiado pudiese enervar el ejercicio del derecho de reversión habría sido preciso, en

todo caso que se hubiera acordado justificadamente y que se hubiera dado al expropiado la posibilidad de hacer alegaciones [artículo 54.2.a) LEF]. Nada de esto ocurrió en el presente caso.

Undécimo.— El tercero y último de los argumentos en que se subdivide el motivo tercero es el relativo a la extemporaneidad de la solicitud de reversión. No puede ser acogido. Cuando la reversión se solicita porque no se ha ejecutado la obra o establecido el servicio previsto y, además, la Administración no lo ha notificado al expropiado, hay que estar al artículo 54.3.b) LEF, que dispone que el derecho de reversión podrá ejercerse ‘cuando hubieran transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio’. Este precepto legal impone claramente un *dies a quo* para el ejercicio del derecho de reversión: es necesario que hayan pasado cinco años desde la ocupación del bien expropiado, término que el legislador ha reputado razonable para que se inicien los correspondientes trabajos. Pero, según tiene establecido esta Sala, dicho precepto legal no establece un *dies ad quem* o plazo máximo para el ejercicio del derecho de reversión (...).

Duodécimo.— En cuanto al motivo cuarto (...) debe ser desestimado. (...) sólo los actos provenientes de la Consejería de Obras Públicas y Turismo fueron anulados por la sentencia impugnada. Ello significa que el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 5/2002, por el que se declara de interés de la Comunidad Autónoma de Extremadura la transformación económica y social de parte de la Dehesa Boyal y área limítrofe a la misma del término municipal de Aldea del Cano, así como los actos de aplicación del mismo —es decir, las resoluciones de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de 31 de julio de 2002 y 13 de mayo de 2003— no han sido anulados, de manera que deben entenderse válidos y eficaces.

Conviene observar, no obstante, que el citado Decreto 5/2002 tiene un objeto y un ámbito territorial más amplio que la expropiación aquí examinada. Por ello, no cabe excluir que la eficacia del Decreto 5/2002 y de sus actos de aplicación pueda tropezar con el obstáculo consistente en el derecho de la recurrida a la reversión, el cual no podrá en ningún momento ser puesto en duda. Este derecho a la reversión ha quedado definitivamente declarado por la presente sentencia, sin que contra ella pueda prevalecer el mencionado Decreto 5/2002 o sus actos de aplicación. Ello implica, dicho sea para mayor claridad, que, si la Junta de Extremadura tuviera necesidad de las fincas cuya reversión ha sido declarada para llevar a cabo lo previsto en el Decreto 5/2002, habría de incoar un nuevo procedimiento expropiatorio; pero, entretanto, deberá proceder sin dilación a la retrocesión a la demandante de las fincas cuya reversión ha sido acordada (...).”

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. A) Concurrencia de causas entre la Administración y la víctima. B) Daños causados por un tercero y responsabilidad administrativa por omisión. Contraste de soluciones. C) Daños derivados de actos posteriormente anulados. Antijuridicidad del daño y teoría del margen de tolerancia. **3. Acción y procedimiento. Relación entre acción penal y responsabilidad extracontractual y dies a quo para el ejercicio de la segunda cuando se ejercitó previamente la primera. 4. Responsabilidad del legislador. Dies a quo a contar desde la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional que anula la ley cuando el daño deriva directamente de la misma sin que tenga relevancia la fecha de una norma reglamentaria que la desarrolla.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período de esta crónica, las sentencias recaídas en materia de responsabilidad administrativa han sido extrañamente escasas, si bien algunas de ellas de destacable importancia por la problemática jurídica que abordan, referidas a la apreciación del nexo casual cuando concurre la conducta de la propia víctima o de terceros, la relación entre la vía penal y la vía administrativa o la determinación de cuál sea el causante del daño en los casos en que éstos derivan de leyes inconstitucionales que han sido objeto de desarrollo normativo.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD**A) Concurrencia de causas entre la Administración y la víctima**

El supuesto de la STS de 30 de abril de 2008, Ar. 2738, es el de un motorista que yendo a más velocidad de la legalmente establecida en un tramo de carretera con curvas pronunciadas y gravilla en el pavimento, sufre una caída e impacta con un poste de sujeción de quitamiedos, con resultado de amputación de una pierna.

El Tribunal de instancia estableció la existencia de concurrencia de causas, con mayor peso al exceso de velocidad que a la existencia de gravilla, reduciendo por ello la parte de indemnización a cargo de la Administración al 25% del total del perjuicio, sin entrar a valorar en qué medida había de ponderarse la existencia de quitamiedos cuyos anclajes, como es sabido, producen efectos a menudo devastadores en los accidentes de motos, argumento este que había sido de hecho el principal en el razonamiento del reclamante.

El Tribunal Supremo admite la argumentación de incongruencia omisiva, pero descarta que se haya acreditado que la existencia de quitamiedos no estuviera aconsejada en dicho tramo, en definitiva, la existencia de un funcionamiento anormal que, como sabemos, constituye en el fondo el *quid* para la resolución de la casi totalidad de los recursos.

“Ninguna duda hay de la existencia de tales postes en el lugar de los hechos, como tampoco la hay de que dicho lugar, según refleja el Atestado de la Guardia Civil, y el informe de la Demarcación de Carreteras era una zona de bajada en un tramo de curva de muy poco radio y con evidente peligrosidad, lo que sin ninguna duda se deduce de la señalización de ‘velocidad recomendada 30 km/h’. El actor se limita a aportar unas fotografías de las que únicamente resulta la existencia de los postes, pero que no permiten apreciar el trazado de la carretera y por tanto la posibilidad de estimar una innecesariedad de una instalación, cuya procedencia se deduce por el contrario, de los datos técnicos que sobre el trazado se recogen en las dos documentales mencionadas.

Al actor incumbía acreditar que la Administración incurrió en una acción u omisión que podría determinar su responsabilidad patrimonial, por instalar o mantener aquellos postes en un lugar absolutamente innecesario o de forma perturbadora para el tráfico y al no hacerlo así es evidente que dicha falta de prueba debe perjudicarle y más teniendo en cuenta la configuración del trazado, que exigía la máxima prudencia a los conductores a los que se recomendaba circular a una muy reducida velocidad.

Debe concluirse por tanto que la existencia de aquellos postes en el concreto lugar del accidente no puede considerarse presupuesto indispensable para configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los términos en que se postulaba.”

B) Daños causados por un tercero y responsabilidad administrativa por omisión. Contraste de soluciones

Traemos a colación dos sentencias en que se enjuicia la posibilidad de imputar a la Administración un daño causado directamente por un tercero en virtud de un supuesto funcionamiento anormal por omisión. En la primera de ellas, el Tribunal Supremo descarta la existencia de nexo casual; en la segunda, por el contrario, la afirma, en contra de la apreciación efectuada por el tribunal de instancia.

– La STS de 23 de junio de 2008, Ar. 3264, enjuicia la demanda de indemnización de un miembro de la Guardia Civil en concepto de daños y perjuicios derivados de las secuelas psicológicas que soporta a consecuencia de un atentado perpetrado por la organización terrorista ETA, en el que fueron asesinados dos compañeros con los que acababa de cenar. El

IX. Responsabilidad Administrativa

nexo causal pretendía extraerlo de dos consideraciones. En primer lugar, trayendo a colación el artículo 104 de la Constitución, sostiene que el Estado está obligado a velar para que no se ejecuten atentados como los que perpetró la banda terrorista ETA, de modo que, cuando tiene lugar alguno con resultados lesivos para los ciudadanos, se produce un incumplimiento de ese deber abstracto, generador de responsabilidad en virtud de los artículos que invoca. En segundo término, que el vínculo entre los daños psíquicos y la actuación de la Administración se explicaba porque se le destinó al País Vasco, pese a conocer su complicado perfil psicológico, y porque no se atendieron sus peticiones de traslado, manteniéndole en el destino, aunque era sabido su especial estado, causante de repetidos accidentes de tráfico.

El Tribunal Supremo rechaza ambas argumentaciones.

Sobre la primera, deja claro que no puede imputarse causalmente a la Administración cualquier daño derivado de un atentado contra la integridad de las personas, sino sólo aquellos casos en los que concurre un mal funcionamiento de la Administración por omisión del deber de actuar o de poner los medios necesarios para garantizar un nivel de seguridad adecuado a las circunstancias del caso. El razonamiento es el siguiente:

“Parece indiscutible que la tutela del libre ejercicio de los derechos y libertades, así como la garantía de la seguridad ciudadana constituyen tareas primarias del Estado, no sólo porque tal sea la misión que a sus fuerzas y cuerpos atribuye el artículo 104, apartado 1, de la Constitución, sino porque la salvaguardia de la vida y de la integridad física, presupuesto de los demás derechos, y la seguridad personal, sin la que no cabe hablar de libertad, constituyen garantías fundamentales de nuestro sistema jurídico (artículos 15 y 17, apartado 1, de la Constitución), a las que todos los poderes públicos se encuentran singularmente vinculados por la cláusula general del artículo 9, apartado 1, y la específica del artículo 53, apartado 1, ambos también de la Constitución. Por tal circunstancia, en su artículo 149, apartado 1, materia 29ª, el texto fundamental atribuye al Estado la competencia sobre seguridad pública, sin perjuicio de la creación de policías por las Comunidades Autónomas, concepto de seguridad pública que, como apuntamos en la Sentencia de 28 de octubre de 1986 (recurso directo 408.793, FJ 4º), alcanza también a la protección de otros derechos personales de dimensión constitucional como las libertades de expresión, de reunión, de manifestación y de asociación (artículos 20, 21 y 22).

Ahora bien, la construcción del recurrente da un salto en el vacío y, basándose en esa incontestable competencia pública, obtiene la conclusión de que los daños derivados de un atentado terrorista son siempre imputables a la Administración, que debe repararlos, por haber fracasado en la tarea de proteger a sus ciudadanos. Esa construcción abstracta, que se independiza de las circunstancias presentes en cada lance, olvida que la responsabilidad ex artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992 emana del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, por lo que debe existir un nexo causal entre el resultado lesivo y ese funcionamiento, que, como admite unánimemente la jurisprudencia, se rompe cuando media el hecho de un tercero que, de modo brutal e irracional en el caso de los atentados terroristas, impide atribuir las consecuencias fatales al desenvolvimiento del servicio público de la seguridad. Por lo tanto, si, desvirtuados los medios adecuados de prevención para una situación como la que se padecía en el

País Vasco en noviembre de 1991, acontece un atentado terrorista, no cabe imputar a la Administración sus resultados, salvo que se acredite, en atención a las circunstancias concurrentes, la ausencia de medidas adecuadas (véase en este punto la citada Sentencia de 28 de octubre de 1986, FJ 4º).

En congruencia con este planteamiento, hemos admitido la existencia de aquel vínculo, haciendo responsables a los poderes públicos de las consecuencias, cuando se ha comprobado cierta dejación por parte de la Administración, que no puso en marcha los medios preventivos pertinentes para evitar o, al menos, dificultar la comisión de acciones terroristas, o para disminuir sus efectos. Tal es el caso de la Sentencia de 18 de julio de 1997 (casación 2794/96, FFJJ 3º y 4º), relativa al atentado del establecimiento ‘Hipercor’ de Barcelona, en la que se apreció una conducta pasiva consistente en no evacuar el edificio pese al ‘aviso de bomba’. En la misma línea se encuentra la Sentencia de 27 de marzo de 1998 (casación 1770/94, FFJJ 3º y 4º), referida a la Exposición Universal de Sevilla 1992 y a la falta de medios detectores de explosivos en las oficinas del Comisario de la Exposición. En fin, también pertenece a esta categoría la Sentencia de 20 de marzo de 2003 (casación 10950/98, FJ 1º), relativa a unas lesiones sufridas por un miembro de los cuerpos y fuerzas de seguridad al que no se le facilitaron los instrumentos protectores de los oídos necesarios para el desarrollo de su actividad.

Ahora bien, ninguno de los anteriores supuestos conviene a la situación del Sr. Luis Antonio, en la que no se atisba desmayo alguno en la prestación del servicio público de la seguridad y en el que el reclamante anuda su pretensión a la genérica situación del orden público en el País Vasco y al mero hecho de la comisión del atentado.”

En cuanto al segundo argumento, el Tribunal Supremo considera que no hay prueba de la veracidad de las afirmaciones del demandante en torno a su estado previo de salud mental y a sus repetidas demandas de cambio de destino por dicho motivo.

– La STS de 24 de junio de 2008, Ar. 3271, aprecia relación de causalidad en el supuesto de un niño que sufre quemaduras al pisar a las quince horas de un domingo unas brasas escondidas por desconocidos en la arena de una playa.

El tribunal de instancia había considerado que las brasas debían haber sido encendidas por la mañana, pues no hubieran resistido desde la noche anterior, y por eso no pudieron ser detectadas por los servicios de limpieza, que funcionaron correctamente, sin que sea exigible una diligencia mayor, so pena de entender que el servicio municipal tiene que ser prestado de forma que la Administración tenga conocimiento inmediato de toda incidencia que se produzca.

Por el contrario, el Tribunal Supremo da la razón al reclamante.

“En este caso y teniendo en cuenta los hechos ocurridos según se establece en la instancia, produciéndose las lesiones del niño, menor de tres años en aquel momento, al pisar la arena de la playa y resultar con quemaduras por unas brasas existentes enterradas en la misma,

IX. Responsabilidad Administrativa

todo ello a las quince horas del domingo 16 de junio de 1991, en plena jornada de playa, entiende esta Sala que la presencia de las brasas en estas circunstancias revelan el deficiente funcionamiento de los servicios municipales de control y limpieza de la playa, en cuanto las brasas no fueron correctamente eliminadas si se encontraban allí al momento de la limpieza o no se controló el ejercicio de una actividad peligrosa para los usuarios en un momento posterior, como es el encendido de hogueras, sin que pueda exonerarse la responsabilidad por la sola justificación de la limpieza diaria, cuando ello no ha impedido la situación de riesgo para la salud de los usuarios, para lo cual sería preciso que la Administración, que tiene la facilidad de la prueba, acreditase de manera concreta el correcto funcionamiento de tales servicios en dicha jornada, lo que los hechos ponen en cuestión.”

C) Daños derivados de actos posteriormente anulados. Antijuridicidad del daño y teoría del margen de tolerancia

El caso que enjuicia la STS de 19 de febrero de 2008, Ar. 1738, es el de una empresa dedicada a la importación de conservas vegetales en España, a cuyos productos comenzó a aplicárseles un porcentaje arancelario posteriormente declarado erróneo por sentencia firme. Solicitaba indemnización por avales y costes financieros de las reclamaciones económico-administrativas y judiciales, honorarios profesionales devengados en la defensa procesal, pérdida del fondo de comercio, costes laborales con ocasión de la suspensión de la actividad empresarial, lucro cesante por la pérdida del mercado y daño directamente producido a la propia actividad empresarial que cristaliza en el cierre de la actividad conservera.

La sentencia de instancia consideró que era razonable la interpretación de la legislación aduanera llevada a cabo por la Administración, pese a que fuera posteriormente anulada, por lo que no había habido actuación irregular que convirtiera la conducta de la Administración en antijurídica. Además, cuestionaba la relación de causalidad, en la medida en que las liquidaciones habían sido suspendidas mediante presentación de aval, cuyo importe de hecho se reclamaba. Por ello, reconoció indemnización tan sólo por el coste de dichos avales.

El Tribunal Supremo recuerda el sentido del requisito de la antijuridicidad, que se refiere al daño sufrido por la víctima y no a la legalidad o ilegalidad de la conducta de la Administración, y cómo, en los casos de daños derivados de actos administrativos, la antijuridicidad conecta con el carácter “excusable” del error de derecho, esto es, la tan conocida por el lector de estas crónicas “teoría del margen de tolerancia”. No es necesario decir que ambas afirmaciones simultáneas suponen, a nuestro juicio, una patente contradicción.

“(…) la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es, en el actuar de la Administración (…)

Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño (...) que en definitiva condiciona la exclu-

sión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados”.

Aplicando esta doctrina, estima la impugnación de la afirmación de la instancia que excluía la antijuridicidad por conexión con la legalidad de la actuación administrativa. Emprende el Supremo una nueva línea argumental, en la que toma en consideración que la sentencia del propio Tribunal Supremo que anuló las liquidaciones, si bien reconoció que la interpretación de las autoridades aduaneras tenía un punto de apoyo normativo para gravar el producto con un arancel, en ningún caso lo tenía para hacerlo con el tipo aplicado, que consideró una interpretación ilógica que conducía a una solución absurda. Por ello, considera que el daño sí es antijurídico, en lo que no es sino una aplicación de la teoría del margen de tolerancia. Como puede observarse, una nueva argumentación que gira de nuevo sobre la valoración en términos de reproche de la conducta de la Administración, paradoja esta a la que la jurisprudencia que interpreta nuestro sistema de responsabilidad supuestamente objetivo nos tiene ya acostumbrados.

Por lo demás, y esta vez sí en línea con el Tribunal de instancia, considera que al tratarse de liquidaciones suspendidas, no queda acreditado que el bajo coste de los avales fuera el causante de que la actividad se tornara antieconómica, por lo que llega al mismo resultado que el Tribunal de instancia, reconociendo el derecho a indemnización tan sólo por el coste de dichos avales.

3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. RELACIÓN ENTRE ACCIÓN PENAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y *DIES A QUO* PARA EL EJERCICIO DE LA SEGUNDA CUANDO SE EJERCITÓ PREVIAMENTE LA PRIMERA

La STS de 10 de abril de 2008, Ar. 1771, tiene una notable relevancia. Analiza la relación entre la acción penal y la acción administrativa de responsabilidad derivadas de unos mismos hechos. Se trata, en este caso, de un incendio en un hospital psiquiátrico con resultado de graves lesiones para la demandante. La acción penal acabó con una condena a la Administración a indemnizar en la cantidad de veintidós millones de pesetas en concepto de responsable civil subsidiario. No obstante, la víctima emprendió a continuación la vía administrativa, en la que se le denegó la indemnización por entender prescrito el plazo de reclamación, sin tomar en consideración a efectos interruptivos la acción penal emprendida por el reclamante. Acudió entonces a la jurisdicción contencioso-administrativa, que consideró que concurría la excepción de cosa juzgada, habida cuenta la existencia de una sentencia penal firme por los mismos hechos que, como hemos dicho, reconocía el derecho a indemnización del reclamante.

La sentencia comienza negando que haya existido indefensión por el dato de que el Tribunal de instancia hubiera inadmitido por impertinentes pruebas periciales propuestas por el reclamante a los efectos de determinar el carácter definitivo o no de las secuelas.

IX. Responsabilidad Administrativa

El Tribunal Supremo estima la alegación de la víctima, y considera que en estos supuestos no puede hablarse de cosa juzgada. El razonamiento es el siguiente:

“Y es que la cosa juzgada material, no es otra cosa que la vinculación que en un nuevo proceso produce la parte dispositiva de la sentencia dictada en otro anterior. Se basa esta causa de inadmisión en la triple identidad exigida por el artículo 1252 del Código Civil, hoy derogado por la Ley 1 de 2000 de Enjuiciamiento Civil, y que exigía que concurriera la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (...)

A la luz de esta doctrina debemos considerar que, en el caso que nos ocupa, no concurren las identidades precisas para apreciar cosa juzgada toda vez que, la acción que en el proceso penal se ejercita y la responsabilidad que en él se trata de depurar, son distintas a las que dan lugar al procedimiento de responsabilidad patrimonial que, con fundamento en un funcionamiento normal o anormal de un servicio público, permite ventilar una responsabilidad patrimonial, directa y objetiva, de la Administración, distinta tanto de la penal como de la civil *ex delicto*.

Esta responsabilidad a tenor de los artículos 121 de la Ley de Expropiación forzosa y 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se configura como una responsabilidad directa, no como un simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de funcionarios y agentes de los entes públicos. Por otra parte, se prescinde en ella del elemento tradicional de ilicitud o culpa para articularse como una responsabilidad puramente objetiva, en la que la Administración responde de toda lesión que los particulares sufran siempre que sea a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es por ello una responsabilidad compatible con la responsabilidad criminal y con la civil *ex delicto* (...)

Por tanto, cabe concluir que la sentencia recurrida cuando desestima el recurso contencioso interpuesto en reclamación de responsabilidad patrimonial, por apreciar la concurrencia de cosa juzgada, incurre en la infracción denunciada del artículo 1252 Código Civil, toda vez que no existe la identidad que el citado precepto exige entre las cosas, las causas, las personas y la calidad en que lo fueron, lo que obliga a estimar el presente recurso sin que por ello sea preciso resolver acerca de las restantes infracciones denunciadas en este motivo segundo, en las que difícilmente pudo incurrir la sentencia de instancia toda vez que, por apreciar cosa juzgada no entró a resolver la cuestión de fondo.”

Entra, pues, a conocer del fondo del asunto, y analiza si cuando se interpuso la reclamación administrativa la acción estaba o no prescrita. Analiza el régimen de la LRJAP-PAC, tanto en su redacción inicial, como en la actual tras su reforma por Ley 4/1999. La argumentación es la que sigue:

“Resulta obligado dar la razón a la parte recurrente en el limitado aspecto que se refiere a la interrupción del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad como consecuencia de las actuaciones penales pues, de conformidad con la doctrina de la Sala, expresada, entre otras, en la Sentencia de 29 de enero de 2007: La redacción inicial del artículo 146.2

de la Ley 30/92 decía: 'La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial'.

En la interpretación de dicho precepto, la jurisprudencia ha mantenido el criterio de que el ejercicio de la acción penal interrumpía el plazo de ejercicio de la reclamación de responsabilidad a pesar de lo que literalmente resultaba del artículo 146.2 de la Ley 30/1992, y ello pues se basaba la jurisprudencia en el principio de la *actio nata* (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo prescriptivo; según dicho principio la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y eso sucede cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2001 entiende que: la adecuada interpretación de este precepto legal exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración (...)

Por ello se impuso la interpretación de que cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendency del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal.

En consecuencia dicho precepto, en la redacción originaria que le atribuyó la Ley 30/1992 sólo podía interpretarse en sentido de que la no interrupción de la prescripción por el proceso penal de exigencia de responsabilidad a los funcionarios de la Administración únicamente se producía cuando existía un apartamiento de la acción no de responsabilidad civil subsidiaria frente a la Administración.

La Ley 4/1999 ha modificado de modo sustancial el referido artículo 146.2 de la Ley 30/1992, precepto que, en la actualidad, tiene la siguiente redacción: 'La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial'.

Se ha eliminado pues, la referencia a que la exigencia de responsabilidad penal 'no interrumpirá el plazo de prescripción'. Por lo tanto, a partir de la aplicación de la nueva redacción de este precepto, no cabe duda de que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con

IX. Responsabilidad Administrativa

carácter general y ello pues aunque, en una interpretación literal, dicha eficacia interruptiva sólo debía ser efectiva para el caso de que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, ésta viene siendo la regla general.

La jurisprudencia de esta Sala es clara en esta materia, por todas citaremos la Sentencia de esta misma Sección de 18 de enero de 2006 donde se afirma:

‘Como hemos dicho en Sentencia de esta Sala de 23 de enero de 2001, la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en tal supuesto en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos; tal criterio tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de la *actio nata* para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esa coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, de tal suerte que la pendency de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común’.

Todo ello no es sino reflejo de la aceptación por esta Sala del principio de la *actio nata*, conforme al cual solamente cabe exigir la actividad del administrado en orden a impetrar el reconocimiento de responsabilidad por parte de la Administración cuando ello sea posible, una vez culminado el proceso penal en que se dilucidan los hechos determinantes de la responsabilidad.

Así las cosas, y toda vez que las diligencias penales se instruyeron por el mismo hecho que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración que ahora examinamos, es preciso reconocer su eficacia interruptiva de la prescripción.”

No obstante, considera que en este caso la acción sí estaba prescrita, toda vez que se presentó justo en el límite de un año desde la fecha en que se declaró la firmeza de la sentencia penal, y no es ése, como alegaba el recurrente, el *dies a quo*, sino la fecha –anterior– de notificación de la sentencia.

Por lo demás, la sentencia cuenta con un voto particular, que formula la Magistrada doña Margarita Robles Fernández, quien estima que las pruebas denegadas sí eran pertinentes precisamente para determinar el carácter definitivo o no de las secuelas y, por ende, para considerar si la acción estaba o no prescrita.

Queda sin resolver una cuestión esencial: en caso de no haber sido entendida prescrita la acción de responsabilidad y haber estimado la demanda en su fondo, ¿qué consideración debía haber tenido la cantidad ya abonada por la Administración como consecuencia de la condena como responsable civil subsidiario? A nuestro juicio, la admisión de que en estos casos no concurre la excepción de cosa juzgada –que es opinable– no oculta, en todo caso, la circunstancia de

que los daños han sido ya indemnizados y han debido serlo, en buena teoría, en su integridad. La Sala de lo Contencioso-administrativo, al admitir la acción, parece partir de que no es necesariamente así, de modo que pudiera ella considerar que la reparación integral exige un montante más elevado. Aun en este razonamiento –como decimos, cuestionable– parece que en caso de que el orden contencioso-administrativo fijara la indemnización en una cuantía superior debiera minorarse la cuantía de la indemnización, pues de lo contrario se produciría una indemnización excesiva y, por ende, un enriquecimiento injusto de la víctima.

4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. *DIES A QUO A CONTAR DESDE LA FECHA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE ANULA LA LEY CUANDO EL DAÑO DERIVA DIRECTAMENTE DE LA MISMA SIN QUE TENGA RELEVANCIA LA FECHA DE UNA NORMA REGLAMENTARIA QUE LA DESARROLLA*

El lector de estas crónicas conoce sobradamente la serie de casos de responsabilidad del legislador que tiene como presupuesto la imposición inconstitucional de un gravamen de aplicación retroactiva sobre la tasa fiscal aplicable a las máquinas recreativas. La **STS de 26 de febrero de 2008**, Ar. 1747, enjuicia una pretensión indemnizatoria que pretendía anudar el perjuicio, no ya a la Ley 5/1990, de 30 de junio, sino a la Orden de 6 de septiembre de ese mismo año que reiteró el importe del gravamen complementario y que éste debía satisfacerse en los 20 primeros días del mes de octubre de 1990, y además estableció normas para su ingreso, relativas al modelo de declaración-liquidación que debía utilizarse, forma de cumplimentarlo y lugar de presentación. Alegaba el reclamante que fue la Orden la que especificó la cuota que fijó en una concreta cantidad y reguló un procedimiento hábil para hacer efectivo el pago del gravamen, entendiendo que sin ella no se hubiera producido el pago.

El Tribunal Supremo, al igual que el Tribunal de instancia, desestima esta argumentación por considerar que

“(…) la Ley 5/1990 señala con precisión el alcance del gravamen complementario que se impone, las máquinas y aparatos automáticos a los que es de aplicación, anualidad a la que se refiere, sujetos pasivos, la cuantía del gravamen, momento del devengo y período en el que ha de hacerse efectivo, de manera que la colaboración de la Orden de 6 de septiembre de 1990 se limita a la forma de hacer efectivo el gravamen, aspecto formal que evidentemente no introduce nada nuevo a su alcance y efecto lesivo, que deriva en todos sus aspectos, incluidos temporales, de la previsión legal declarada inconstitucional. La Orden en cuestión, que se limita a cumplir las previsiones de la Ley, como los actos de aplicación de dicha Ley, no resultan ilegales por vicios intrínsecos de los mismos sino en cuanto son recta consecuencia de la ejecución o aplicación de una norma declarada inconstitucional, que por lo tanto es la única causa determinante de la lesión producida en el patrimonio de los particulares”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

- 1. Acceso.** A) Del artículo 23.2 CE no deriva que la estimación del recurso contencioso-administrativo de un aspirante obligue a la Administración a modificar el acto resolutorio del proceso selectivo para los aspirantes que consintieron dicho acto.
- B) Proceso de consolidación de empleo temporal en el Ministerio de Justicia. No vulnera el principio de igualdad la falta de valoración como mérito de los servicios prestados en órganos judiciales. C) Proceso de funcionarización. Supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública. D) El personal interino no tiene derecho a un proceso de acceso restringido al empleo público. La opción por distintos sistemas de acceso en cada Comunidad Autónoma no vulnera el principio de igualdad.
- E) La apreciación mediante sentencia firme de un error material en la corrección de un ejercicio obliga a la Administración a revisar de oficio la relación definitiva de los aspirantes que habían superado el proceso selectivo.
- 2. Carrera.** A) Provisión de puestos de trabajo. La exclusión a limine de determinados Cuerpos de funcionarios de los concursos de provisión para determinados puestos de la Administración vulnera el artículo 23.2 CE.
- 3. Derechos colectivos.** A) Derecho a la libertad sindical. La falta de prestación efectiva de servicios del liberado sindical no impide que el tiempo correspondiente se compute como experiencia a efectos de su baremación en un concurso. B) Negociación colectiva. a) El derecho de petición no puede ser utilizado como vía alternativa a la negociación colectiva funcionarial. b) La audiencia a los sindicatos a través de determinados órganos colegiados no equivale a la negociación, por ser esta última cualitativamente distinta y de mayor intensidad que aquélla.
- c) No es negociable la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo en cuanto a las funciones y retribuciones del personal eventual. d) Por Acuerdo en la negociación colectiva las Corporaciones Locales pueden contribuir a planes y fondos de pensiones

creados a favor de su personal. e) La clasificación de los puestos de trabajo debe ser objeto de negociación colectiva. f) De los planes de igualdad sólo se negocian los actos futuros que puedan ser adoptados con la finalidad de plasmar alguna de sus medidas sólo genéricamente enunciadas. **4. Derechos retributivos.** A) Complemento de destino. No es objetivo ni razonable diferenciar a través del nivel profesional unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido. B) Complemento de productividad. a) Al titular del Departamento ministerial le corresponde la fijación de los criterios generales, no la asignación de los concretos complementos de productividad. b) No existe un derecho individual previo de cada funcionario a la percepción de una concreta cantidad, desvinculada de las condiciones subjetivas del desempeño de su puesto de trabajo. C) Indemnización por residencia eventual. Se devenga por la realización de un curso selectivo de capacitación convocado por la Administración en localidad distinta a la del puesto de trabajo. **5. Derechos laborales.** A) Derecho a la reducción de jornada. La función social de este derecho impide su aplicación si uno de los progenitores no trabaja o lo hace a jornada parcial los fines de semana. **6. Extinción de la relación laboral. Discriminación por razón de sexo. Embarazo. La extinción de los contratos temporales en la fecha y condiciones previstas al efecto no siempre permite desvirtuar el indicio probatorio de vulneración del derecho fundamental de igualdad aportado por el demandante.**

1. ACCESO

A) Del artículo 23.2 CE no deriva que la estimación del recurso contencioso-administrativo de un aspirante obligue a la Administración a modificar el acto resolutorio del proceso selectivo para los aspirantes que consintieron dicho acto

Un aspirante que resultó excluido del acceso al Centro de Formación de la Guardia Civil interpuso recurso de amparo mixto contra determinadas resoluciones administrativas y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por estimar que éstas, que no le reconocieron el derecho de acceso que imploraba pese a encontrarse en idéntica situación a la de otro aspirante que sí obtuvo un pronunciamiento favorable del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, vulneraban los artículos 14 y 23.2 CE.

X. Función Pública

La **STC 87/2008, de 21 de julio**, Sala Primera, recurso de amparo, deniega el amparo solicitado por concluir que ni la Administración ni el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha vulnerado derecho fundamental alguno del demandante. La Administración dispuso al demandante el mismo trato que al aspirante que impugnó ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra la resolución que ponía fin al procedimiento selectivo, ya que, de conformidad con las bases de la convocatoria, ambos fueron declarados no aptos tras la realización de las dos fases previstas. Si uno de los aspirantes accedió finalmente a la Centro de Formación de la Guardia Civil fue porque así lo dispuso el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y no a consecuencia de una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria por la Administración. Sin embargo, el demandante en amparo no impugnó el acto resolutorio del procedimiento selectivo, por lo que tampoco pudo obtener un pronunciamiento judicial que obligase a la Administración a permitir su ingreso en el citado Centro de Formación. Y es que, tal como declara la **STC 87/2008**, del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas no deriva necesariamente que la estimación del recurso contencioso-administrativo planteado por un aspirante obligue a la Administración a modificar el acto resolutorio de un procedimiento selectivo en lo que afecta a aspirantes que consintieron dicho acto. Del mismo modo, tampoco el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley faculta a los Tribunales para imponer tal alteración a la Administración.

La doctrina mencionada es reiterada en la **STC 121/2008, de 15 de octubre**, Sección Primera, que enjuicia un supuesto sustancialmente idéntico al que dio lugar a la **STC 87/2008**.

B) Proceso de consolidación de empleo temporal en el Ministerio de Justicia. No vulnera el principio de igualdad la falta de valoración como mérito de los servicios prestados en órganos judiciales

Así lo declara la **STS de 17 de septiembre de 2008**, Sala Tercera, Sección Séptima, por estimar que, en estricta aplicación de las bases de la convocatoria del proceso selectivo, no había por qué valorar los méritos de los recurrentes, que prestaron servicios como oficiales o auxiliares interinos en diversos órganos judiciales, y esta situación queda fuera del ámbito de “funcionario interino del Grupo D, en el Ministerio de Justicia”, ya que la normativa vigente en el tiempo de los hechos permitía entender que el personal que prestaba servicios en Juzgados y Tribunales no lo era del Ministerio de Justicia, que no ejercía funciones de dirección sobre dicho personal, con independencia de que existiesen otras relaciones de dependencia económica o de gestión de tales órganos judiciales respecto del Ministerio de Justicia. En otras palabras, el proceso de consolidación de empleo se convocó para el Ministerio de Justicia, en tanto que departamento ministerial de la Administración General del Estado, y no para el ámbito de la Administración de Justicia donde los recurrentes prestaron servicios.

C) Proceso de funcionarización. Supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública

La Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública contempla una vía excepcional para el acceso a la función pública del personal laboral de la Administración que, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 (el 30 de julio de 1988), además de tener tal condición, se hallase prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios. Tal como recuerda la **STS de 16 de julio de 2008**, Sala Tercera, Sección Séptima, el principio de igualdad en el acceso a la función pública obliga a interpretar restrictiva-

mente vías de acceso que, como la prevista por la Disposición Transitoria Decimoquinta de la LMRFP, tienen carácter excepcional. En consecuencia, la STS de 16 de julio de 2008 declara que el recurrente no puede acogerse a un proceso de funcionarización en la Administración del Estado, ya que ha venido prestando servicios en las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, en unos puestos de trabajo sometidos al régimen jurídico laboral.

D) El personal interino no tiene derecho a un proceso de acceso restringido al empleo público. La opción por distintos sistemas de acceso en cada Comunidad Autónoma no vulnera el principio de igualdad

La STS de 9 de julio de 2008, Sala Tercera, Sección Séptima, resuelve un recurso en el que los actores alegaron que la diferente regulación dispuesta en las Comunidades Autónomas de Aragón y Castilla y León para valorar los méritos correspondientes a servicios prestados en sus respectivas Administraciones sanitarias y, en especial, la previsión en Aragón de un sistema de concurso-oposición para el acceso de quienes hubiesen prestado servicios como funcionarios sinterinos frente al sistema de concurso seguido en la Administración castellano-leonesa, podría ser expresiva de la aplicación de un trato desigual a situaciones idénticas.

La Sentencia desestima el recurso, y lo hace empezando por negar que exista identidad de circunstancias en las dos Comunidades Autónomas mencionadas que, además, en ejercicio de su autonomía pueden desarrollar diferentes políticas de personal, sin que ello implique vulneración del principio de igualdad.

Por otra parte, la Sala señala que, si bien los sistemas de acceso restringido para el personal interino pueden resultar ajustados a la Constitución (STC 12/1999), este personal no tiene un derecho incondicional a un sistema de acceso restringido, ni mucho a menos a que tal sistema de acceso consista en un concurso y no en la celebración de pruebas de conocimiento. De aceptarse la pretensión de los recurrentes se otorgaría a la interinidad un peso excesivo que impediría el acceso al empleo público a quienes no hayan prestado servicios previos en las Administraciones Públicas, circunstancia esta que sí resultaría contraria al principio de igualdad en el acceso al empleo público.

E) La apreciación mediante sentencia firme de un error material en la corrección de un ejercicio obliga a la Administración a revisar de oficio la relación definitiva de los aspirantes que habían superado el proceso selectivo

Mediante prueba pericial practicada en un proceso seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana quedó acreditada la existencia de un error material en el proceso de corrección informática del segundo ejercicio para el acceso al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia. En ejecución del mencionado pronunciamiento judicial fueron nombrados funcionarios los aspirantes recurrentes que, a consecuencia del error, habían sido excluidos de la lista de aprobados. A la vista de estos hechos, otros funcionarios en la misma situación solicitaron a la Administración que procediese con ellos de la misma forma, sugiriendo la posibilidad de acceder a su pretensión mediante revisión de oficio. Su solicitud fue denegada por la Administración de Justicia y, posteriormente, fue desestimado el recurso que interpusieron ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

X. Función Pública

Sin embargo, la STS de 21 de julio de 2008, Sala Tercera, Sección Séptima, estima el recurso planteado por los actores, erróneamente excluidos de la lista de aprobados, por apreciar que la Administración había vulnerado el artículo 23.2 CE. Asimismo la Sala declara la infracción del artículo 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que la mencionada infracción del derecho fundamental de igualdad en el acceso al empleo público permitía la revisión de oficio solicitada.

En virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley, las SSTS de 22 de julio de 2008, ambas de la Sala Tercera, Sección Séptima, resuelven en el mismo sentido los recursos presentados por otros participantes en el mismo proceso selectivo.

2. CARRERA

A) Provisión de puestos de trabajo. La exclusión *a limine* de determinados Cuerpos de funcionarios de los concursos de provisión para determinados puestos de la Administración vulnera el artículo 23.2 CE

La STC 118/2008, de 13 de octubre, Sala Primera, recurso de amparo, reiterando la fundamentación jurídica realizada por otros pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional, recuerda que la exclusión general de los funcionarios de los Cuerpos docentes de los concursos para la provisión de determinados puestos de la Administración vulnera el artículo 23.2 CE, al establecer, de forma injustificada y sin la necesaria cobertura legal, una presunción de inidoneidad para el desempeño de la función de personas que podrían reunir las condiciones necesarias para el óptimo desempeño de tales funciones.

3. DERECHOS COLECTIVOS

A) Derecho a la libertad sindical. La falta de prestación efectiva de servicios del liberado sindical no impide que el tiempo correspondiente se compute como mérito de experiencia profesional a efectos de su baremación en un concurso

La STC 137/2008, de 27 de octubre, ha otorgado el amparo solicitado al funcionario recurrente. Se trataba de un funcionario de la Junta de Extremadura que había desempeñado funciones como liberado sindical a tiempo completo durante varios meses. Cuando se presentó a un concurso para la provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario, en el que se indicaba que el mérito de la experiencia profesional debía ser acreditado por el interesado mediante certificación expedida por el Secretario General de la Consejería correspondiente, el tiempo en que permaneció como liberado sindical le fue excluido de la certificación por no haberse producido durante esos meses una prestación efectiva de trabajo.

El TC aplica la doctrina sentada desde la temprana STC 38/1991, de 23 de noviembre, en la que se hace referencia a la necesidad de articular garantías a fin de preservar el ejercicio de la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 CE. Entre ellas figura la “garantía de indemnidad” que integra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa; menos-

cabo que se produce cuando concurren perjuicios en sus condiciones económicas derivados, precisamente, de la falta de prestación de servicios profesionales consustancial a la condición de liberado sindical. Recuerda el Tribunal que, en estos casos, más allá del concreto perjuicio causado al trabajador, que ve limitadas sus posibilidades de promoción profesional, su efecto disuasorio se proyecta sobre la organización sindical correspondiente en detrimento de la función de representación y defensa de los trabajadores que la Constitución encomienda a los Sindicatos.

Pues bien, la aplicación de dicha doctrina a este caso lleva al TC a apreciar la vulneración del artículo 28.1 CE, pues el recurrente ha sufrido un menoscabo en su carrera profesional al no poder alegar como mérito, para su valoración en el concurso, el tiempo dedicado a realizar esas específicas funciones representativas, por haberse considerado que la falta de prestación efectiva de servicios es incompatible con la experiencia exigida. Se le obliga, así, indirectamente, a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical ya que sólo reincorporándose a su puesto de trabajo podría optar a la aplicación de las bases de la convocatoria del concurso relativas a la evaluación de méritos del mismo modo que se aplican al resto de trabajadores.

Ante un caso similar y exactamente en el mismo sentido se ha pronunciado también la STC 90/2008, de 21 de julio.

B) Negociación colectiva

a) El derecho de petición no puede ser utilizado como vía alternativa a la negociación colectiva funcionarial

La STS de 21 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso interpuesto por los funcionarios recurrentes acerca de la posibilidad de reconocer el derecho fundamental de petición colectiva como vía alternativa para la modificación de las retribuciones complementarias.

Efectivamente, los funcionarios de la Administración de Justicia adscritos al Tribunal Constitucional habían interpuesto un recurso contencioso-administrativo por el cauce del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, contra la resolución del Pleno del Tribunal Constitucional que declaró la inadmisibilidad de las solicitudes que aquéllos habían formulado, en función del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución, y por las que se pretendía la modificación del Acuerdo que regulaba las retribuciones del personal a su servicio, en especial en lo relativo a las retribuciones complementarias, y la relación de puestos de trabajo.

Ante esta situación se plantea la duda de si es posible que los funcionarios ejerzan de forma colectiva el derecho de petición para intentar modificar el régimen de retribuciones complementarias previsto, a pesar de ser ésta una materia sometida a la obligatoriedad de la negociación. Así centrado el objeto del procedimiento, entiende el Tribunal que las pretensiones de los recurrentes deben ser desestimadas, por cuanto que existen diversas razones de tipo

X. Función Pública

sustantivo que abonan esta solución. Por una parte, hay que tener en cuenta el carácter residual del derecho de petición, que excluye que pueda fundarse en él cualquier solicitud que pretenda basarse en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, toda vez que el derecho de petición ha de referirse a decisiones discrecionales o graciabiles. Por otra, hay que tener en cuenta la existencia en nuestro ordenamiento jurídico funcional de un procedimiento para dar cauce a las pretensiones de los recurrentes, en este caso, el procedimiento de negociación colectiva. Al respecto, recuerda el TS que se trata de un “procedimiento obligatorio e ineludible impuesto por los artículos 30 a 38 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuyos artículos 31 y 32.b) y d) establecen el procedimiento a seguir para que los funcionarios públicos intervengan en la determinación de las condiciones de trabajo. Debiendo imperativamente ser objeto de negociación, la determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios y la clasificación de los puestos de trabajo, entre otras cuestiones. De modo que existiendo un cauce específico, regulado por los artículos 30 a 38 de la citada Ley 9/1987, para canalizar el ejercicio de los derechos e intereses legítimos en que los actores fundaban su petición, ello justificaba la referencia que en la resolución recurrida se hace al artículo 8 de la Ley Reguladora del Derecho de Petición, que dispone la inadmisibilidad de las peticiones “cuyas resoluciones deban ampararse en un procedimiento distinto del establecido por esta ley, que deban ser objeto de un procedimiento administrativo singular y propio”.

b) La audiencia a los sindicatos a través de determinados órganos colegiados no equivale a la negociación, por ser esta última cualitativamente distinta y de mayor intensidad que aquella

La STS de 2 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso interpuesto por la Administración Regional de Cantabria contra sentencia del TSJ de dicha Comunidad Autónoma que reconocía el derecho del Sindicato de Funcionarios Independientes a la negociación colectiva y declaraba la nulidad del Decreto de aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo del Centro de Estudios de la Administración Pública Regional de Cantabria.

Alegaba la Administración recurrente la falta de obligación de negociar la creación, modificación y extinción de puestos de trabajo en el Decreto cántabro por el que se aprobaba la Relación de Puestos de Trabajo, al entender que se trataba de aspectos meramente organizativos que afectan de forma directa a las potestades de autoorganización de las Administraciones Públicas. Asimismo, impugnaba la mencionada sentencia por entender que ya se le había dado participación a los sindicatos a través de la audiencia de determinados órganos colegiados en los que aquéllos participaban, toda vez que se le había dado previamente audiencia a los sindicatos a través de la Comisión Superior de Organización y Función Pública Regional y de la Comisión de Retribuciones.

La STS, sin embargo, desestima dichas pretensiones. En primer término porque la audiencia no equivale a la negociación, que es un término cualitativamente distinto y de mayor intensidad que aquél, de manera que la participación del sindicato recurrente, en compañía de otros, en los órganos colegiados que tienen como misión legal y reglamentaria la emisión de informes preceptivos y de propuestas, es distinta del deber de negociar que le imponen los artículos 30 y siguientes de la Ley 9/1987. Además, en segundo término, debe añadirse un

argumento de interpretación sistemática. La audiencia de estos órganos, que incluyen en su composición a representantes sindicales, lo es sin menoscabo ni sustitución del régimen de negociación legalmente previsto, pues se trata de instituciones que no son excluyentes, sino que vienen determinadas por ámbitos objetivos no plenamente coincidentes y, en cualquier caso, no incompatibles entre sí. “Interpretar lo contrario sería tanto como privar de contenido efectivo al derecho de los funcionarios, por medio de sus representantes sindicales, a participar en el establecimiento de las condiciones de trabajo, emanado del derecho a la libertad sindical, pues aquél quedará suplantado mediante la mera audiencia, no ya de los sindicatos en cuanto tales, sino de órganos de composición plural donde los mismos podrían hacer oír su voz. Una visión constitucional del problema nos exige considerar que el empleo de tales trámites de preceptiva audiencia no exonera a la Administración del deber legalmente impuesto en los artículos 30 y siguientes de la Ley 9/1987”.

En segundo lugar, entiende el TS que una interpretación extensiva del artículo 34 de la Ley 9/1987 que impidiera la negociación colectiva en todos aquellos supuestos en que la Administración ejerciera su potestad autoorganizativa vaciaría de contenido el artículo 32 de la Ley 9/1987, pues la mayor parte de los supuestos de negociación afectan a dicha potestad. La potestad de autoorganización, y los intereses públicos a los que la Administración ha de servir, quedan a salvo, pues el sistema de negociación obligatoria que prevé el artículo 32 no impide que, de no existir acuerdo, la Administración siga ejerciendo libremente su potestad. Por ello, ha dicho ya esta Sala (STS de 29 de mayo de 1997) que “la negociación es el instrumento principal y el repertorio de materias negociable, nominalmente muy extenso, se halla contenido en el artículo 31 de la Ley 9/1987, cuya forma imperativa (será objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública...), sugiere el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración; y, consiguientemente la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se haya omitido este requisito formal, de carácter esencial para la correcta formación de voluntad del órgano autor de la norma”.

c) No es negociable la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo en cuanto a las funciones y retribuciones del personal eventual

La STS de 6 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Gijón frente a la STSJ de Asturias que había anulado un Acuerdo de dicho Ayuntamiento que modificaba su Relación de Puestos de Trabajo para el personal eventual, en la medida en que no había sido previamente objeto de negociación con los representantes sindicales.

Al respecto, y siguiendo la línea jurisprudencial establecida en la STS de 25 de abril de 2008, parte de la consideración de que el personal eventual, como integrante del concepto de empleado público que establece la Ley 7/2007, de 12 de abril, tiene entre los derechos que se ejercen colectivamente el de la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo, independientemente de que no tenga la consideración de elector ni elegible.

X. Función Pública

En el presente caso, se deduce del contenido del Acuerdo que las modificaciones operadas en la RPT se insertan en el ejercicio de la potestad organizativa de la entidad local recurrente, que se limita a ratificar el número de personal eventual o de confianza establecido en su RPT, por lo que debe quedar al margen de la negociación colectiva. Entiende la Sala que en el caso analizado no se discute la naturaleza de los puestos como de personal eventual, sino que las modificaciones realizadas afectan más a la organización de los servicios que a las condiciones de trabajo de éstos, en cuanto disponen el cambio de denominación, reforzamiento del carácter directivo de algunos puestos, asignación de funciones de coordinación de otros y creación de dos Direcciones de Área, tras asignar los puestos de Inspección General de Servicios y Oficina de organización y sistemas inicialmente cubiertos por personal eventual, a funcionarios. Ciertamente, aunque el artículo 32 de la Ley 9/1987 somete el incremento retributivo entre las condiciones sujetas a negociación, aquí no se ha acordado tal, sino que, como consecuencia del reforzamiento del carácter directivo de algunos puestos de personal eventual, se ha homologado su retribución al nivel correspondiente de los puestos respectivos en la estructura municipal, consecuencia de la reorganización efectuada.

d) Mediante Acuerdos en la negociación colectiva las Corporaciones Locales pueden contribuir a planes y fondos de pensiones creados a favor de su personal

La STS de 22 de septiembre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado el recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Pontevedra y la Confederación Intersindical Galega contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que ha anulado. Se dilucidaba en ésta la posibilidad de que las Entidades Locales pudieran realizar aportaciones a los planes de pensiones de sus empleados. Aunque la Sentencia de instancia había anulado el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo por haber creado un fondo de pensiones y haber previsto determinadas aportaciones a favor de sus funcionarios, el TS entiende que dicha posibilidad está permitida por nuestro ordenamiento jurídico. “Si bien es cierto que inicialmente no se permitía que las corporaciones locales contribuyeran a los planes o fondos de pensiones creados a favor de su personal, tiene declarado esta Sala que, a partir de 1995, cambia el régimen jurídico y dichas entidades no sólo pueden constituir tales planes o fondos, sino también contribuir a ellos, aunque sólo dentro de los límites legalmente establecidos”.

e) La clasificación de los puestos de trabajo debe ser objeto de negociación colectiva

La STS de 25 de junio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado el recurso promovido por el recurrente, funcionario del Cuerpo de Gestión de Hacienda Pública, especialidad de Subinspector de Tributos, contra la Relación de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que había sido parcialmente estimado por Sentencia de la Audiencia Nacional.

La impugnación se fundamenta en la falta de negociación de la clasificación de puestos de trabajo que correspondía previamente a la aprobación de la RPT, por aplicación de lo establecido en el artículo 32.d) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, que señala “la clasificación de puestos de trabajo” como una de las materias que serán objeto de negociación. Acoge el TS dicho motivo e impone a la Administración que lleve a cabo esa negociación con carácter previo a la aprobación de la clasificación mencionada. Añade el Tribunal que, por una parte, tratándose de una relación de puestos de trabajo, que no es una actuación de alcance individualizado,

no es de aplicar el trámite de audiencia previsto para los procedimientos administrativos dirigidos a dictar actos administrativos que sí tengan ese contenido individualizado; y, por otra, que la negociación, dentro de la materia de que aquí se está tratando, equivale a la audiencia de los afectados o interesados en la clasificación.

f) De los planes de igualdad de género sólo se negocian los actos futuros que puedan ser adoptados con la finalidad de plasmar alguna de sus medidas sólo genéricamente enunciadas

Varios representantes sindicales de la Administración General del Estado interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2005 que aprobaba el Plan de Igualdad, toda vez que la formación sindical recurrente, aun siendo mayoritaria en el seno del sector y estar presente en la Mesa General de Negociación, no fue convocada para su negociación. La argumentación desarrollada para sostener ese reproche es que, por afectar el contenido del Acuerdo impugnado a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y no concurrir ninguno de los supuestos de exclusión negociadora prescritos en el artículo 34 de la Ley 9/1987, resultaba obligado someter la aprobación de dicho Acuerdo al preceptivo proceso de negociación y a la decisión final en la Mesa General de Retribuciones y Empleo.

Por su parte, la Abogacía del Estado sostiene que el Plan debe enmarcarse dentro de las funciones de dirección política que el artículo 97 CE asigna al Gobierno y, con este punto de partida, razona que su control jurisdiccional deberá circunscribirse a determinar si el Gobierno con dicho Plan ha rebasado algún límite legal en el ejercicio de esa su función de dirección política. A juicio de la Sala, la respuesta tiene que ser negativa. Lo primero que debe subrayarse es que la finalidad del Plan tiene un claro amparo constitucional, ya que todo lo que en él se define está en línea con el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución y también con el mandato a los poderes públicos de una acción efectiva para lograr dicha igualdad, que se contiene en el artículo 9.2 del mismo texto constitucional. A partir de ahí la **STS de 24 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, desestima la impugnación por entender que la mayoría de las medidas del Plan tienen una significación de mera directriz y no de decisión concreta directamente aplicable, que sólo se exteriorizarán cuando se lleven a la práctica. Las medidas contenidas en el Plan son previsiones genéricas que para que afecten a las condiciones económicas, de jornada u otras de prestación de servicio de los funcionarios públicos deberán ser después concretadas, siendo entonces cuando deberá realizarse la negociación.

4. DERECHOS RETRIBUTIVOS

A) Complemento de destino. No es objetivo ni razonable diferenciar a través del nivel profesional unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido

El eje central de esta controversia tiene como fundamento la desigualdad que se produce en el puesto ocupado por el demandante y sus retribuciones. Simplemente por tratarse de un funcionario de nuevo ingreso se le había asignado a un puesto de nivel 26, mientras que el

X. Función Pública

funcionario había reclamado el reconocimiento de un nivel 27 por venir realizando idénticas funciones a las que realizaban otros funcionarios que ocupan plazas de dicho nivel. La sentencia de instancia estimó la pretensión del recurrente argumentando que se había producido una discriminación contraria a la Constitución y ahora la **STS de 17 de octubre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, confirma dicha sentencia.

En la Relación de Puestos de Trabajo había dos grupos de Inspectores de Trabajo: uno con el nivel 26 y otro con el nivel 27 y la Sala consideró acreditado, tras valorar las pruebas incorporadas al recurso, que los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social adscritos a la Inspección Provincial donde estaba destinado el funcionario recurrente, a pesar de tener esos diferentes niveles y de percibir distintos complementos retributivos, venían cumplimentando de forma habitual las mismas órdenes de servicio, realizando las mismas funciones y cometidos y asumiendo las mismas responsabilidades, sin que existiera ningún elemento diferenciador, tanto en la atribución de estas funciones como en la naturaleza de éstas. Ante ello, confirma la Sala que, efectivamente, “se ha producido una discriminación carente de justificación objetiva y razonable, pues no es objetivo ni razonable diferenciar a través del nivel profesional y del complemento específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido, lo que no es una situación que pueda reducirse a una mera irregularidad administrativa compatible con las exigencias del artículo 23.2 de la Constitución y con el derecho fundamental que reconoce a acceder y permanecer en la función pública en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes”.

Por el contrario, en la **STS de 22 de septiembre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, se ha considerado que, a falta de prueba de que las tareas desarrolladas eran las mismas, la adscripción de los puestos de trabajo a diferentes estructuras organizativas es razón suficiente para justificar distintos complementos y que esa diversa ubicación no debe considerarse ajena a la superior complejidad o responsabilidad de las tareas propias de algunos puestos de trabajo.

B) Complemento de productividad

a) Al titular del Departamento Ministerial le corresponde la fijación de los criterios generales, no la asignación de los concretos complementos de productividad

La Asociación Profesional de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social del País Vasco interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la Instrucción sobre reglas para el devengo del complemento de productividad, que fue estimado por Sentencia del TSJ de Madrid. La Administración General del Estado recurre dicha sentencia y la **STS de 16 de julio de 2008**, Sala Tercera, Sección Séptima, desestima finalmente sus pretensiones, confirmando la sentencia de instancia por considerar que, efectivamente, a la vista de la estructura y organización del Ministerio, no se puede admitir que corresponda la fijación de los complementos de todo su personal al titular del Departamento ministerial, porque lo procedente será que se fije una cantidad máxima y sean los otros órganos, como el Director General, a quienes, respecto del personal sobre el que ostenta la jefatura, compete dentro de los importes presupuestariamente aprobados fijar los criterios generales a seguir en la atribución del complemento de productividad.

b) No existe un derecho individual previo de cada funcionario a la percepción de una concreta cantidad, desvinculada de las condiciones subjetivas del desempeño de su puesto de trabajo

El recurrente, funcionario de carrera de la Administración General del Estado, perteneciente al Cuerpo Técnico de Hacienda, y actualmente destinado en la Delegación de la AEAT de Pontevedra, Dependencia de Gestión Tributaria, tras poner de manifiesto que su complemento de productividad no se ajustaba a las previsiones legales y se abonaba en menor cuantía en concretas áreas, solicita que se declare nulo el acto impugnado y se ordene un nuevo reparto de productividad que, en “ausencia de criterio”, sea exactamente igual para todos los funcionarios de la Delegación Especial de Galicia, perteneciente al mismo Cuerpo Técnico de Hacienda integrados en el Área de Inspección.

Aunque existía un Acuerdo de 1998 por el que la AEAT se comprometía a la equiparación retributiva media global de las distintas áreas funcionales para estos funcionarios, considera la STSJ de Galicia de 23 de julio de 2008, JUR 2008\265141, que ello no puede llevar en ningún caso aparejado el reconocimiento de un derecho individual anticipado de cada funcionario a la percepción de una concreta cantidad, desvinculada de las condiciones subjetivas del desempeño por aquél de su puesto de trabajo. El devengo de dicho complemento no puede anudarse a un puesto de trabajo concreto, sino a la forma en que se realice su desempeño, exteriorizado a través de un especial rendimiento, actividad o dedicación, en el ejercicio de los cometidos que se tienen asignados y un especial interés o iniciativa al desarrollar dicha actividad. En virtud de las potestades organizativas, “la Administración dispone de un cierto margen o ámbito de apreciación o valoración del funcionario, enmarcable en el concepto de discrecionalidad técnica, que conlleva que no se pueda, por su propia naturaleza, aplicar o reconocer dicho complemento por igual a todos los funcionarios, aunque pertenezcan al mismo Cuerpo o Escala, ni en todo momento, obviando los criterios que fijados normativamente configuran y delimitan dicho ámbito de discrecionalidad”.

c) Indemnización por residencia eventual. Se devenga por la realización de un curso selectivo de capacitación convocado por la Administración en otra localidad distinta a la del puesto de trabajo

El funcionario demandante, funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda, impugna la resolución del recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada por el Director General del Instituto de Estudios Fiscales, desestimando su solicitud de indemnización por residencia eventual. Antes de aprobar la oposición de acceso al Cuerpo Técnico al que ahora pertenece y al que accedió por turno de promoción interna, tenía destino en la Delegación Especial AEAT en Barcelona, pero mediante una permuta pasó a desempeñar sus servicios en la localidad de Mataró. Al acceder al Cuerpo Técnico realizó un curso selectivo de formación, en la sede del Instituto de Estudios Fiscales, lo que le obligó a residir de nuevo en Barcelona durante el mencionado curso.

La STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2008, JUR 2008\315010, ha estimado la pretensión del recurrente al entender que la realización de un curso selectivo de capacitación convocado por la Administración Pública en un proceso selectivo de promoción interna que se desarro-

X. Función Pública

lla en otra localidad distinta a aquélla en la que se ubica la oficina o dependencia en que se desarrollen las actividades ha de conllevar el derecho a percibir indemnización por residencia eventual, sin que sea obstáculo para ello la permuta, pues, a estos efectos, la localidad a tener en cuenta es la de Mataró.

5. DERECHOS LABORALES

A) Derecho a la reducción de jornada. La función social de este derecho impide su aplicación si uno de los progenitores no trabaja o lo hace a jornada parcial los fines de semana

La STSJ de Cataluña de 7 de julio de 2008, JUR 2008\315505, ha interpretado los requisitos de la Ley 6/2002, de 25 de abril, de medidas relativas a la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal de las Administraciones Públicas de Cataluña, que prevé el derecho a la reducción de un tercio de la jornada de trabajo por razón de guarda legal de un niño o niña con un 100% de la retribución hasta que el niño o niña tenga un año como máximo. Ahora bien, el Tribunal ha entendido que la aplicación de la norma exige como presupuesto legal que la reducción de jornada venga determinada por “razón de guarda legal”, es decir, que el menor exija unos cuidados del funcionario (padre, madre o incluso tutor no progenitor o persona que tenga una obligación de cuidar directamente al menor derivada de la Ley) que hagan difícil conciliar la vida laboral y familiar. Por ello, no se reconoce en los supuestos en que uno de los progenitores no trabaja puesto que, y salvo que se halle incapacitado o imposibilitado por cualquier causa, éste puede dar plena satisfacción a las necesidades que plantea el cuidado del hijo, de modo que la función social del derecho, ahora retribuido en los términos previstos en la Ley, desaparece.

Pues bien, en el presente caso se desestima la pretensión de la funcionaria recurrente porque su jornada laboral era a tiempo parcial en cómputo semanal de 24 horas y se realizaba en sábados y domingos, es decir, en fin de semana, “no desprendiéndose la causa que determina la dificultad de conciliar la vida familiar y laboral, puesto que el trabajo se desarrolla en fines de semana y es lógico pensar que el otro progenitor puede hacerse cargo del hijo en este período, pues nada se acredita sobre si su jornada se extiende al fin de semana, siendo una situación que podría equipararse a la del supuesto de que uno de los progenitores no trabaja”.

6. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. EMBARAZO. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES EN LA FECHA Y CONDICIONES PREVISTAS AL EFECTO NO SIEMPRE PERMITE DESVIRTUAR EL INDICIO PROBATORIO DE VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD APORTADO POR EL DEMANDANTE

El Tribunal Constitucional tiene declarado que el trato desfavorable en el trabajo basado en el embarazo o en la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo, que afecta exclusivamente a la mujer, es un ejemplo de discriminación directa por razón de sexo. También ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional que cuando el trabajador aporta indicios de conducta discriminatoria corresponde al empresario probar que su decisión obedece a

motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho fundamental de igualdad (artículo 14 CE), incluso en los supuestos de decisiones empresariales discrecionales, que no necesitan ser motivadas. Por ello, la **STC 74/2008, de 23 de junio**, Sala Primera, recurso de amparo, otorga el amparo solicitado por la demandante, tras concluir que su contrato temporal fue extinguido por la Administración Local empleadora con motivo de la situación de baja por embarazo de la trabajadora. Si bien la extinción del contrato se hizo coincidir con la llegada de su término, el Ayuntamiento no aportó la existencia de ninguna otra causa real y fundada suficiente para ofrecer la suficiente convicción sobre la falta de cualquier propósito discriminatorio.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
BELÉN MARINA JALVO

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Planeamiento urbanístico. A) Requisitos formales de la aprobación por silencio de planes urbanísticos. B) Aprobación por silencio de las Normas Subsidiarias que cumplieran los requisitos exigibles por la normativa aplicable en ese momento. **2. Régimen urbanístico del suelo.** A) Los multicines y centros comerciales tienen la condición de equipamiento urbanístico y han de incorporar una instalación para el suministro de carburante a vehículos. B) Nulidad de la utilización de los ingresos obtenidos con el patrimonio municipal del suelo para la realización de actuaciones públicas en redes de infraestructura, equipamiento y servicios públicos. C) La clasificación del suelo no urbanizable. D) La clasificación del suelo no urbanizable ha de ser motivada. **3. Ejecución del planeamiento.** A) Cambio de sistema de actuación. B) Proyecto de urbanización: instrumento de planeamiento nulo.

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO**A) Requisitos formales de la aprobación por silencio de planes urbanísticos**

La aprobación de instrumentos de ordenación urbanística por silencio administrativo positivo está sometida a exigentes condiciones formales y materiales, algunas de las cuales se abordan en las sentencias siguientes.

Así, la STS de 31 de julio de 2008, JUR 2008/313536, confirma la improcedencia de tener por aprobado un Plan Parcial, por dos motivos. El primero, la falta de publicación de la modificación del PGOU relativa al sector, es decir, al no estar vigente y no ser ejecutiva la normativa urbanística que tenía que desarrollar el Plan Parcial. El segundo fue que el Ayuntamiento no había solicitado los informes preceptivos, en especial el de la Dirección General de Costas:

“Estos trámites, impuestos por un precepto estatal, no fueron cumplidos por el Ayuntamiento competente para la aprobación del Plan Parcial, de manera que, aun

cuando efectivamente la norma básica, contenida en el artículo 16.3 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, no puede quedar a merced de lo que en cada Comunidad Autónoma se legisle ni menos al correcto cumplimiento de los deberes que pesan sobre las distintas Administraciones urbanísticas, tampoco la institución puede desnaturalizarse para tener aprobados por silencio positivo planes de desarrollo en los que se ha incumplido flagrantemente el trámite previsto para su aprobación, como ha sucedido en este caso, en que el Ayuntamiento no recabó los informes según era su deber, impuesto no sólo por el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias sino por la Ley estatal de Costas 22/1988, de 28 de julio (...)"

Parecido problema surge en la **STS de 25 de junio de 2008**, JUR 2008/250249, pues, al no haber recabado el Ayuntamiento el informe preceptivo de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura antes de remitir el expediente a la Consejería, hasta que dicho trámite no se cumplió no comenzó el cómputo de seis meses para entender aprobada por silencio la modificación del PGOU, plazo que no había transcurrido cuando la Consejería denegó su aprobación definitiva.

B) Aprobación por silencio de las Normas Subsidiarias que cumplan los requisitos exigibles por la normativa aplicable en ese momento

Desde un punto de vista material, el escollo habitual que impide la aprobación por silencio es la prohibición legal de poder adquirir "por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en las Leyes o en el planeamiento urbanístico".

La **STS de 15 de julio de 2008**, JUR 2008/249886, casa la STSJ de Castilla y León y, estimando el recurso, reconoce la aprobación de una modificación de Normas Subsidiarias por silencio administrativo, al haber transcurrido el plazo de tres meses. A ese respecto, el Tribunal rechaza que a dicha aprobación pudiera oponerse una Orden por la que se catalogó el paraje de autos como de Área Crítica para la conservación de la cigüeña negra, al ser de una fecha posterior al momento de haberse producido el silencio positivo.

2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO

A) Los multicines y centros comerciales tienen la condición de equipamiento urbanístico y han de incorporar una instalación para el suministro de carburante a vehículos

La **STS de 16 de julio de 2008**, JUR 2008/249871, casa la de instancia al entender que los grandes centros comerciales tienen la condición de equipamiento urbanístico y, por imperativo legal, han de incorporar, al menos, una instalación para el suministro de productos petrolíferos a vehículos, en virtud del artículo 3 del RD-Ley 6/1000, de 23 de junio. Al contemplarse un uso compatible comercial mediante la ubicación de un hipermercado, estima la Sentencia que se viene a permitir, por imperativo del precepto citado, el uso compatible terciario de suministro de carburantes.

XI. Urbanismo

Además, conforme al artículo 6.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, el equipamiento comercial constituye una dotación de una zona determinada.

A juicio del Tribunal Supremo, también comparten la condición de dotaciones las salas de cine o multicines, de acuerdo a la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía.

B) Nulidad de la utilización de los ingresos obtenidos con el patrimonio municipal del suelo para la realización de actuaciones públicas en redes de infraestructura, equipamiento y servicios públicos

Aparte de reiterar la conocida línea jurisprudencial en la materia, la STS de 3 de julio de 2008, RJ 2008/3342, tiene el interés de deslindar un heterogéneo grupo de actuaciones o inversiones para las que sí se pueden aplicar los ingresos obtenidos con la venta de bienes pertenecientes al patrimonio municipal del suelo, al encuadrarse en los fines prevenidos en el artículo 176 de la Ley Territorial 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de Madrid: a) obras de zonas verdes, reformas en parques, pues se refieren a actuaciones de conservación o mejora del medioambiente, b) desvío de colector de aguas, ampliación de estación de bombeo, instalación de recogida neumática de basuras, infraestructuras en el casco urbano, conexión de un emisario, infraestructuras en vías públicas, las obras de saneamiento para las aguas residuales, que pueden comprenderse en actuaciones públicas para la ejecución, en su caso, de las redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos.

Por el contrario, el resto de las inversiones no pueden encuadrarse en los fines prevenidos en la citada disposición: adaptación de columnas de iluminación a la normativa, numeración de farolas, reposición ordinaria de alumbrado y otros, reposición de tapas, válvulas de depósito, reguladores, obras de cerramiento del hueco de la escalera, ajardinamiento, cerramiento de acceso a biblioteca y otros, obras de impermeabilización de la cubierta, revestimientos exteriores y climatización de la Casa de la Cultura, obras en caseta de voley playa, cubierta de gradas pista de atletismo, cerramientos del campo municipal polideportivo, pista de baloncesto, rocódromo y pista de patinaje, megafonía, aire acondicionado, bomba de calor y cerraduras, vestuarios, pues entiende el Tribunal que se trata de meras reparaciones que tampoco pueden conceptuarse como actuaciones de interés social.

C) La clasificación del suelo no urbanizable

Los vaivenes sufridos por el precepto legal que regulaba los terrenos que debían o podían ser clasificados como suelo no urbanizable en la legislación anterior a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, obligó a la STS de 11 de mayo de 2007, RJ 2007/8321, a un ejercicio de clarificación, que luego ha servido de pauta para resolver numerosos recursos. La cita, aunque larga, merece la pena:

“Segundo.— La cuestión jurídica sobre la que debemos pronunciarnos es, por tanto, si tras entrar en vigor el Real Decreto-Ley 4/2000, y hasta que lo hizo la Ley 10/2003, de 20 de mayo, que volvió a incluir en aquel artículo 9.2 esa causa o razón, su interpretación jurídica era, debía ser, una según la cual el planificador, a través del planeamiento general,

no podía clasificar un suelo como no urbanizable por la repetida causa o razón, esto es, por considerarlo inadecuado para un desarrollo urbano. Interpretación que, de ser cierta, desplazaría y haría inaplicable al caso enjuiciado la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 1/1997, de 18 de junio, entonces vigente, que incorporó a su ordenamiento autonómico una norma, la contenida en el artículo 11.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, cuya interpretación, *a sensu contrario*, excluía del suelo urbanizable los terrenos que el Plan General no considerara adecuados para ser urbanizados. Desplazamiento e inaplicación derivados del carácter de legislación básica estatal y, en su caso, de condiciones básicas del ejercicio de los derechos, atribuido a aquel artículo 9 por la Disposición Final Única de la citada Ley 6/1998.

Centrada así la cuestión, conviene tener presentes cuáles han sido las sucesivas redacciones de aquel artículo 9.2 de la Ley 6/1998 cuando definía qué terrenos (además de los previstos en el número 1 del mismo artículo) debían tener la condición de suelo no urbanizable:

(1) Según su redacción originaria, vigente desde el 5 de mayo de 1998 al 24 de junio de 2000, debían tenerla los terrenos ‘que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano’.

(2) Según la introducida por el repetido Real Decreto-Ley 4/2000, redacción vigente desde el 25 de junio de 2000 al 21 de mayo de 2003, debían tenerla los terrenos ‘que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales’. Y

(3) Según la introducida por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, redacción cuya vigencia comenzó el 22 de mayo de 2003, debían tenerla los terrenos ‘que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística’.

Tercero.— Pues bien, abordando ya la cuestión que nos ocupa, son varias las razones que nos conducen a entender que la supresión del inciso ‘así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano’, efectuada por aquel Real Decreto-Ley (convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados de 29 de junio de 2000), no debe ser interpretada en el sentido que aparenta de desposeer al planeamiento general para tomar en consideración esa inadecuación a los efectos de la clasificación de un suelo como no urbanizable, ni en el sentido de que la legislación básica estatal y, en su caso, las condiciones básicas del ejercicio de los derechos, se opusieran en aquel espacio de tiempo

XI. Urbanismo

que medió desde el 25 de junio de 2000 al 21 de mayo de 2003 a que dicho planeamiento pudiera, justificadamente, incluir en esa clase a los terrenos que considerara inadecuados para un desarrollo urbano”.

Entre otras, esas razones proceden de la famosa STC 61/1997, de 20 de marzo, la STC 164/2001, de 11 de julio (que juzgó la constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 6/1998) y del preámbulo del RD-Ley 4/2000.

Así, la **STS de 21 de julio de 2008**, RJ 2008/4439, desestima el recurso de casación al entender que la invocación del reiterado precepto carece de virtualidad si lo que se cuestiona es la clasificación del terreno como suelo rústico minero o como rústico de protección paisajística y ambiental, puesto que en ambos casos se trataría de suelo no urbanizable.

D) La clasificación del suelo no urbanizable ha de ser motivada

La misma doctrina que acabamos de señalar conduce a la **STS de 30 de julio de 2008**, JUR 2008/ 307004, a reafirmar la exigencia de que, siendo una decisión discrecional, la Administración motive la clasificación de un suelo como no urbanizable:

“Las sucesivas modificaciones legislativas que se han expuesto –y en concreto la introducida por el Real Decreto-Ley 4/2000– acreditan que, en el margen de discrecionalidad que el legislador estatal ha dejado para la clasificación del suelo no urbanizable, la especificación y concreción de los motivos determinantes de tal clasificación en cada supuesto, han de venir avalados por su suficiente motivación, que es, justamente la reclamación que pone de manifiesto la sentencia de instancia. Frente a ello, ni la normativa autonómica balear que hemos citado, ni la Disposición Adicional Cuarta de la LRSV –que llega a permitir en función del hecho insular, el establecimiento de criterios complementarios– pueden servir como mecanismo de exclusión de la expresada exigencia derivada de la normativa básica estatal, en los términos que hemos expuesto. Esto es, ni las específicas determinaciones sobre el suelo rústico balear (Ley 6/1997), ni las contenidas en las propias Directivas autonómicas (Ley 6/1999), ni, en fin, la citada Disposición Adicional Cuarta de la propia legislación estatal (LRSV), pueden conducir a un ámbito de discrecionalidad en relación con el suelo no urbanizable que no pase por el tamiz de la motivación a los efectos de su inclusión y correspondencia con los criterios legales establecidos en el artículo 9 de la citada LRSV.”

Por ello, confirma la sentencia de instancia que había anulado la clasificación otorgada a unos terrenos, al estimar que la Memoria de la Revisión del PGOU tendría que haber justificado que realmente los terrenos en cuestión fueran inadecuados, bien por la propia realidad de estos terrenos, es decir, por su ubicación, para cumplir los destinos urbanísticos propios del suelo susceptible de ser urbanizado, teniendo en cuenta además que en la aprobación inicial figuraban como suelo urbanizable.

En la misma línea, la **STS de 24 de julio de 2008**, RJ 2008/4443, considera que el juicio de inadecuación para un desarrollo urbano comporta una decisión discrecional por parte del planificador. Las razones para anular, esta vez, la sentencia de instancia son, primero, que se

muestra “desdeñosa con la necesidad de justificación y de motivación de los hechos y circunstancias que determinan la clasificación como no urbanizable por inadecuación con el desarrollo urbano”. Y, segundo, que considerase “inútil, estéril o simplemente superfluo, el resultado de la prueba tendente a acreditar o justificar los hechos que explican las razones de la decisión urbanística adoptada por el planificador”. Para el Tribunal Supremo, “Esta cuestión supone tanto como prescindir de los lindes precisos en el control de la discrecionalidad administrativa, en general, como de la urbanística, en particular, desbordando los presupuestos sobre los que se asienta”.

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Cambio de sistema de actuación

El TS, en su STS de 13 de diciembre de 2007, Ar. 1647, tiene que resolver sobre la legalidad de un cambio en el sistema de actuación previsto en los instrumentos de planeamiento aplicables en el caso de autos, sin que previamente se haya procedido a una modificación de dichos instrumentos de planeamiento en lo referido a este punto. Como antecedente, conviene señalar que la Sala de Instancia desestimó las alegaciones de los recurrentes entendiendo que la repercusiones de tal cambio en el supuesto aquí discutido eran escasas o neutras, y por tanto, dicho variación sería conforme al artículo 155.2 RGU de 1978.

El TS, antes de entrar en el fondo del asunto, se encarga de fijar una serie de extremos: en primer lugar, en el supuesto enjuiciado no se produce variación alguna de las unidades de actuación; en segundo lugar, éstas fueron delimitadas mediante la aprobación definitiva de un programa de actuación no modificado, y, en tercer lugar, en el caso de autos, por tanto, lo único que se discute es si resulta legalmente posible modificar el inicial sistema de actuación, sin alterar la delimitación de las unidades de actuación, pasando de un sistema de compensación a otro de cooperación. Y al hilo de lo anterior, si para este supuesto ha de seguirse el procedimiento exigido en el artículo 118 TRLS de 1976.

La solución ofrecida por el TS es reiterar la jurisprudencia existente a este respecto, e indica la necesidad de tramitar una modificación del Plan General para el cambio del sistema de actuación. Es decir, que cuando el sistema de actuación está determinado en los planes, no es posible su cambio sino a través de una modificación del plan en cuestión.

Así, el TS cita jurisprudencia precedente para indicar que “el sistema de compensación fijado para la ejecución del Plan Parcial que nos ocupa venía y viene establecido en el propio Plan según se admite sin discusión, por lo que, como regla general, debe aplicarse el artículo 49.1 TRLS de 1976...” (FJ 5º), de manera que cualquier modificación de los elementos del Plan habrá de sujetarse a las mismas disposiciones seguidas para la formación de dicho Plan. “El problema radica en dilucidar si el acto de modificación del sistema de actuación previsto en las Normas Subsidiarias de Planeamiento es una modificación del planeamiento y su tramitación se rige por lo establecido en el artículo 49, o, por el contrario, (...), se sigue lo establecido en el artículo 118 TRLS de 1976 (...), y artículos 155 y 36 y 38 RGU de 1979 (...) Es indudable la existencia

XI. Urbanismo

de doctrina contradictoria del TS aunque mayoritariamente se incline por la tesis de que la modificación del sistema de actuación, cuando éste ha sido previsto en el Plan ha de regirse por las normas procedimentales que regulan la aprobación de los planes (...)” (FJ 5º).

A juicio del TS, el artículo 118 TRLS de 1976 se dedica al procedimiento de “delimitación de polígonos y unidades de actuación”, mientras que en el caso de autos nos encontramos ante un cambio del sistema de actuación –y no ante una delimitación–, y además que “no se contuviera en los planes”, extremo que tampoco se cumple en el supuesto que nos ocupa –ya que se prevé en el planeamiento aplicable–. Por otro lado, tampoco el artículo 155 RGU de 1979 y su conexión con el artículo 38 presta apoyo a tal argumentación pues el procedimiento previsto en dicho artículo 38 excluye la delimitación poligonal cuando ésta estuviera contenida en los planes.

Teniendo en consideración los argumentos precedentes, el TS acepta las alegaciones de los recurrentes y anula la sentencia de instancia, dado que en el supuesto discutido el cambio del sistema de actuación ha sido realizado siguiendo el procedimiento del artículo 118 TRLS de 1976 así como los artículos 155, 36 y 38 RGU de 1979, preceptos que el Tribunal considera que no se ajustan a dicho supuesto.

B) Proyecto de urbanización: instrumento de planeamiento nulo

En su STS de 26 de mayo de 2008, Ar. 2867, el TS tiene que resolver el problema que se plantea en torno a la nulidad o no de un acuerdo municipal por el que se aprueba un proyecto de emisario submarino por entender, los recurrentes, que es ilegal la norma de planeamiento en la que dicho acuerdo se sustenta. La sentencia de instancia, por el contrario, y pese a considerar nula la modificación del Plan General en que tal acuerdo se basa, no declara su nulidad al entender que al aprobarse con posterioridad una nueva modificación de ese Plan General y que da cobertura al acuerdo, la nulidad de dicho acuerdo no debe producirse.

El TS, sin embargo, admite la tesis de los recurrentes, e indica, siguiendo a la instancia, que la modificación del Plan General de Ordenación Urbana realizada en 1995 es ilegal, en cuanto que recoge una habilitación genérica para ejecutar las obras públicas sin necesidad de respetar las especificaciones del planeamiento. No obstante, se separa de la Sala de instancia al indicar ésta que esa cuestión es incidental respecto al acto impugnado directamente, y dicha incidencia debe ser valorada en el enjuiciamiento de la pretensión, pasando a valorar tal incidencia entendiendo que en base a los principios de economía de trámites y de proporcionalidad se reconoce la posibilidad de eludir la declaración de nulidad de un acto cuando el que procediera dictar tuviera un contenido idéntico al que se pretende hacer desaparecer.

Como ya se ha dicho, el TS no asume tal argumentación, y siguiendo jurisprudencia previa, indica que “no nos encontramos ante un defecto que pueda subsanarse mediante el otorgamiento de una ulterior autorización convalidante; se trata aquí de la entera falta de sustento de la obra proyectada, y esto es algo que ya no puede considerarse suplido de manera retrospectiva por la ulterior aprobación del correspondiente plan especial. La secuencia lógica y obligada es que el planeamiento precede a la ejecución, siendo ésta la que debe acomodarse a aquélla, de manera que la formulación inicial del proyecto de obras y la tramitación del mismo hasta su aprobación final debe producirse con el seguro respaldo de una previsión del planeamiento a la que ese proyecto de obras venga a dar cumplimiento”. “La solución (...)

bajo la pretendida convalidación, desvirtúa aquella secuencia lógica y supone la entera desvirtualización del planeamiento como el instrumento legalmente configurado para el diseño y trazado del desarrollo urbanístico que luego se materializa mediante los correspondientes proyectos de urbanización y obras (...)” (FJ 2º).

Con base en estas argumentaciones, el TS casa y anula la sentencia recurrida y anula el acuerdo municipal recurrido de fecha 25 de febrero de 1999 por ser contraria a derecho, y nula, la determinación del planeamiento en el que éste se basa. Y el Tribunal indica que a ello no cabe oponer que posteriormente dicho acuerdo encuentra acomodo en un cambio sobrevenido del planeamiento, pues según lo expuesto ello no sana retrospectivamente el defecto de origen que presenta el acto impugnado.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Bienes locales. A) Normas por las que se rigen los bienes de dominio público.

Aplicación prioritaria de las normas especiales frente a las generales sobre dominio público previstas en la legislación local. B) Enajenación de los bienes locales. La permuta constituye una modalidad excepcional a la regla general de la subasta. C) Enajenación de los bienes locales. Admisibilidad de la permuta de cosa futura: imposibilidad de que este contrato sustituya a los contratos de obras públicas en los que el contratista se adjudique una parte del bien construido. D) Protección de los bienes de las Entidades locales. Valor de las inscripciones de las propiedades municipales en el Inventario de bienes.

2. Aguas continentales. A) Reclamación de daños causados en cultivos de usuario de Comunidad de regantes: funciones de control de la calidad del agua para riego distribuida por la Comunidad de regantes y Organismo de Cuenca. B) Registro de Aguas. denegación de inscripción por falta de acreditación de que la extensión total de la finca se dedicaba a regadío. C) Dominio Público Hidráulico del Estado. Concurrencia de competencias autonómicas y estatales en materia de Patrimonio Cultural y aguas intercomunitarias: perturbación o interferencia de competencias exclusivas estatales. **3. Aguas**

Marítimas. A) Bienes que integran el demanio costero: forman parte de él los recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva. B) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre: su finalidad es declarar demanio marítimo lo que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, es tal. C) Recuperación de oficio: la Administración ejercerá esta potestad frente a usurpaciones del dominio público marítimo-terrestre. D) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. a) No caben edificaciones en zona de servidumbre de protección. b) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbano depende de su clasificación como tal a la entrada en vigor de la Ley de Costas. E) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre. a) No existe derecho previo a la concesión, otorgándose discrecionalmente por la Administración costera. b) El carácter indemnizatorio de las concesiones otorgadas al

amparo de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas determina que su cómputo se inicie en el momento de su otorgamiento. F) Infracciones y sanciones: la ejecución de obras en la zona de servidumbre de tránsito no constituye infracción de la normativa costera si existe error invencible del actor inducido por la propia Administración.

G) Puertos. a) El demanio portuario es de titularidad estatal y corresponde al Ministerio su mantenimiento y reparación. b) La Capitanía Marítima es competente sobre navegación, seguridad y salvamento marítimos y lucha contra la contaminación en aguas sitas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción. c) La Administración portuaria actúa con discrecionalidad en el otorgamiento de una concesión. d) Contratación de las Autoridades Portuarias. a') La actividad contractual de las Autoridades Portuarias se sujeta a la normativa de contratos en los sectores excluidos y sus especialidades. b') La electrificación de terrenos ganados al mar requiere licitación de un contrato al efecto, sin que la empresa distribuidora en la zona limítrofe goce de derecho preferente. e) No cabe exigir responsabilidad al Estado por los efectos de una norma declarada inconstitucional si no se demuestra el detrimento patrimonial. H) Pesca y cultivos marinos. a) Las competencias autonómicas sobre ordenación del sector pesquero se limitan al desarrollo y ejecución de la legislación básica estatal en la materia. b) Ayudas al ejercicio y al cese de la actividad pesquera.

a') El procedimiento para otorgar ayudas compensatorias al ejercicio de la actividad pesquera debe respetar los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, buena fe y confianza legítima. b') El cobro de ayudas por cese de la actividad pesquera requiere cumplir las exigencias establecidas al efecto. Cuestiones adicionales.

c) Restricciones comunitarias a la pesca: los Estados miembros pueden flexibilizarlas por razones específicas justificadas. d) El hundimiento de un buque no genera a su propietario derechos al ejercicio de la pesca y a la permuta por otro. **4. Carreteras y caminos.** A) Distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas en materia de carreteras. Alcance de la intervención del Consejo de Ministros en la aprobación de proyectos de carreteras de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 25/1988.

Límites a los que debe quedar reducido el contenido de la Declaración de Impacto Ambiental preceptiva para la aprobación de proyectos de carreteras. B) Prohibición de fijar carteles publicitarios en los tramos de carreteras estatales que no transcurran por

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

zonas urbanas y resulten visibles desde la zona de dominio público de la vía.

5. Montes. Ejercicio por la Administración del derecho de tanteo. 6. Patrimonio histórico. Limitación de las competencias que con carácter exclusivo puede tener atribuidas una Comunidad Autónoma en materia de patrimonio histórico por la concurrencia de otras que legítimamente tenga reconocidas el Estado. Primacía de las competencias estatales. 7. Minas. Régimen jurídico de las aguas “minerales naturales”. Distinción de las aguas “minerales naturales” y de las “aguas minero-medicinales”, sendas calificaciones pueden coincidir en las mismas aguas si concurren las características propias de ambas categorías. Sólo las aguas minero-medicinales tienen la consideración de utilidad pública. 8. Propiedades públicas. Régimen económico-financiero. A) Aguas continentales. Canon de regulación y tarifa de utilización del agua. a) Cuestiones generales. b) Imposición y ordenación. c) Elementos de identificación de los tributos. d) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa. e) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación. f) Aplicación y revisión. B) Puertos. C) Dominio público local: tasas por ocupación. a) Hecho imponible. b) Cuantificación. D) Fiscalidad por la titularidad de los bienes de titularidad pública. Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

1. BIENES LOCALES

A) Normas por las que se rigen los bienes de dominio público. Aplicación prioritaria de las normas especiales frente a las generales sobre dominio público previstas en la legislación local

En la STS de 6 de mayo de 2008, Sala Tercera, Sección Cuarta, JUR/ 2008/170049, se plantea la normativa aplicable a las concesiones de plazas en un aparcamiento público. Dicho aparcamiento había sido construido por una empresa pública a la que se había otorgado como precio la concesión administrativa de dichas plazas. El Tribunal entiende que el otorgamiento de las concesiones lo hacía en el ámbito de una financiación de una obra pública mediante la concesión de dominio público, para lo cual remitía a los artículos 130 a 134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000. Normativa que junto al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 resulta de aplicación prioritaria frente a las reglas generales sobre dominio público previstas en la normativa local.

B) Enajenación de los bienes locales. La permuta constituye una modalidad excepcional a la regla general de la subasta

En la STS de 5 de febrero de 2008, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4089, se reitera la jurisprudencia anterior sobre el carácter excepcional de la permuta frente a la regla general de la subasta. En concreto, en la citada STS se considera que el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de 1986, en el que se fija la necesidad de un expediente en el que se acredite la necesidad de efectuarla y unos criterios de valoración entre los bienes permutados, no ha sido derogado por la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. Partiendo de esta vigencia entiende aplicable la mencionada Sentencia la doctrina anterior de la Sala.

Por todas las Sentencias de la Sala cita la doctrina de la STS de 15 de junio de 2002, en la que se resume y sistematiza la jurisprudencia anterior. En particular, en esta última Sentencia se afirma que la Sala de instancia no niega que las Corporaciones locales puedan disponer mediante permuta de sus bienes patrimoniales. Simplemente declara que la regla general es la enajenación mediante subasta, y que la permuta sólo es admisible previo expediente en el que queda asegurada su necesidad, expediente que en el caso presente no se ha observado, pues como única justificación de la permuta aparece un informe de 31 de mayo de 1993, esto es, de fecha posterior a aquella en que se acordó la permuta, y esta tesis corresponde a la mantenida por esta Sala en Sentencias de 31 de enero de 2000 y 24 de abril de 2001, por lo que el presente motivo de casación ha de ser desestimado. En efecto, en la última de estas sentencias se declara que:

1) La subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, según resulta de lo establecido en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; y en términos parecidos se pronuncia el artículo 168, citado por la sentencia recurrida, de la Ley del Suelo de 1976.

2) El significado de esa regla va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución. Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes.

3) Es en el marco de la idea anterior como ha de ser interpretado el apartado 2 del artículo 112 del RBEL.

Ello conduce, finaliza la Sentencia de 2002 citada, a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por la que para dicha atención

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios.

C) Enajenación de los bienes locales. Admisibilidad de la permuta de cosa futura: imposibilidad de que este contrato sustituya a los contratos de obras públicas en los que el contratista se adjudique una parte del bien construido

En el punto anterior ya se ha indicado cómo en la STS de 5 de febrero de 2008, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4089, se configura la permuta como una excepción de la subasta, por lo que es necesario que se cumplan determinados requisitos. En el supuesto de que no se aprecien en el caso concreto la permuta estará viciada. Pero además la citada Sentencia se enfrenta también con la admisibilidad de los contratos de permuta de cosa futura, es decir, contratos en los que el Ayuntamiento recibe una edificación construida por la otra parte contratante a cambio de reservarse algunos elementos de la edificación, como pisos, locales, etc. La duda sobre su legalidad surge como consecuencia de que en realidad estos contratos pueden configurarse como contratos de obras públicas en los que el precio no es una cantidad dineraria, sino la entrega de bienes inmuebles. En el caso debatido en la STS citada el Tribunal llegó a la conclusión de que no era un verdadero contrato de permuta de cosa futura, sino un contrato de obras públicas, por lo que se anula éste por concurrir un vicio de desviación de poder.

En concreto, en la STS comentada se dice que aplicando la doctrina jurisprudencial podemos llegar a la conclusión de que se ha acreditado suficientemente que la actuación del Ayuntamiento ha estado investida, en el momento de la elección del contrato de permuta discutido en autos, de manifiesta desviación de poder, acomodando la referida actuación a fines distintos de los perseguidos por la norma. Esto es, en el supuesto de autos se ha producido, por parte del Ayuntamiento, el ejercicio de una potestad administrativa (consistente en la elección de la figura del contrato de permuta de cosa futura) para alcanzar un fin distinto (cual es adjudicar la realización de unas obras públicas a una entidad concreta, con posterior cesión a ella de parte de lo edificado), generando, así, una conducta de desviación de poder, introduciendo un elemento contractual que ha posibilitado la arbitrariedad en el ámbito de la disponibilidad de los bienes patrimoniales. Dicho de otra forma, con la elección contractual indebidamente elegida, se consiguió eludir la regla general de la subasta para la realización de obras públicas, adjudicando ésta –de forma directa– a la entidad recurrida, lo que supuso el claro apartamiento de potestades regladas por parte de la Administración municipal actuante, siendo estas razones las que determinan que se advierta que se haya producido una actitud manifiestamente encubridora de una situación generadora de desviación de poder o de apartamiento teleológico manifiesto del fin previsto de interés público que se persigue con el seguimiento procedimental y contractual de la subasta pública.

Y sigue diciendo la STS comentada que una reiterada jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, SA contra Comisión), ha sintetizado el anterior concepto de desviación de poder, señalando al efecto que ésta concurre “cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1984, Lux/Tribunal de Cuentas, C-69/83, Rec. pg. 2447, apartado 30; de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88,

Rec. pg. I-4023, apartado 24; de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión, C-156/93, Rec. pg. I-2019, apartado 31; de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/96 P, Rec. pg. I-2873, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-110/97, Rec. pg. I-8763, apartado 137)”.

Debemos advertir, sigue diciendo la STS comentada, por otra parte (como, entre otras, hemos puesto de manifiesto en la STS de 21 de marzo de 2000) que no encontramos obstáculo para revisar en casación –como estamos haciendo– la conclusión a que el Tribunal de instancia ha llegado sobre la inexistencia de la arbitrariedad denunciada –que la desviación de poder implica– en la decisión administrativa impugnada, pues, si bien es cierto que en casación no pueden ser revisados los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia (a salvo la posible infracción de preceptos sobre valoración tasada de la prueba), también lo es que la arbitrariedad no es un hecho, sino una valoración jurídica de unos hechos, y la decisión arbitraria es aquella que procede sólo de la voluntad o del capricho y no de los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico, y para afirmarla o negarla hay que partir de unos hechos. Pues bien, éstos son intocables en casación, pero su evaluación es una operación exclusivamente jurídica, y, como tal, susceptible de revisión en este momento.

Y, finalmente, en la STS comentada se dice que existe un dato especialmente significativo del que debemos deducir por vía indiciaria la desviada decisión municipal: La inexistencia de dato alguno objetivo para elegir como contratante permutante a la entidad codemandada en la instancia y ahora recurrida. En la permuta, y más en el ámbito de los intereses públicos, la razón de ser de su viabilidad jurídica viene determinada por la concreta necesidad pública de un determinado bien de titularidad ajena al patrimonio municipal, pero, en el supuesto de autos, ninguna razón objetiva, experiencia técnica, habilidad específica o calificación profesional avalan la elección de la recurrida para la suscripción de un contrato de permuta, como no fuera la arbitraria voluntad municipal de que fuera ella –y no otra– la entidad a la que habría de permutarse el inmueble municipal a cambio, en parte, de la realización de unas obras y el abono de unas cantidades que, en principio, no se presentan como contraprestaciones contractuales personalísimas, específicas o genuinas sólo realizables por la entidad recurrida; mas al contrario, éstas se presentan como prestaciones objetivamente ejecutables por cualquier entidad dedicada a la actividad constructora, a la que se podría –y debería– haber elegido a través de un mecanismo contractual más objetivo que la particular elección llevada a cabo utilizando –con desviación de poder– el expediente contractual de la permuta.

D) Protección de los bienes de las Entidades locales. Valor de las inscripciones de las propiedades municipales en el Inventario de bienes

La STS de 21 de mayo de 2008, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2008/2849, se pronuncia sobre el valor de las inscripciones de las propiedades municipales en el Inventario de bienes. En particular, se pronuncia sobre si la inscripción en el Inventario tiene un valor constitutivo de su titularidad. Duda que surge con motivo de un procedimiento de recuperación de oficio de determinados bienes que no estaban incluidos en el mencionado Inventario y, por tanto, se planteaba si era procedente recuperar unos bienes no inscritos. Tal posibilidad es admitida, dado que la inscripción en el Inventario carece de valor constitutivo.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

En concreto, en la Sentencia citada se afirma que parece que la razón más concreta que llevó a la estimación del recurso contencioso-administrativo fue la de que el Ayuntamiento demandado no había acreditado el carácter público de la vía controvertida mediante la presentación del Inventario de Bienes Municipales, y la inclusión de la vía en tal Inventario. En la medida en que pueda interpretarse que la Sala de Málaga afirma que una vía sólo es de dominio público si está incluida como tal en el Inventario municipal, se trata de una doctrina equivocada y dañosa para el interés general, pues permitiría la realización de actos de dominio por particulares sobre vías que son de dominio público, por el solo hecho de que no estén incluidas en el Inventario Municipal de Bienes. Ningún precepto de la Ley de Régimen Local de 1986, ni del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 (artículos 17 a 36), permite concluir que el Inventario tenga efectos constitutivos para el dominio público, de forma que sólo los bienes incluidos en él lo sean, o que sólo mediante su inclusión en él pueda probarse su condición de tales. Y por lo que se refiere a las vías públicas procedentes de cesiones urbanísticas no es en absoluto su inclusión en el Inventario Municipal lo que determina su condición de tales, ya que el artículo 124 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 dispone que “la firmeza en vía administrativa del acuerdo de reparcelación determinará la cesión de derecho al Municipio en que se actúe en pleno dominio y libre de cargas de todos los terrenos que sean de cesión obligatoria según el Plan, para su incorporación al Patrimonio Municipal del suelo, o su afectación a los usos previstos en el mismo. Los terrenos que el Plan destine al dominio público municipal quedarán afectados al mismo sin más trámites”. Se comprenderá que, siendo así las cosas, no pueda decirse que la inclusión de la vía en el Inventario Municipal sea requisito para que pueda ser considerada de dominio público.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) Reclamación de daños causados en cultivos de usuario de Comunidad de regantes: funciones de control de la calidad del agua para riego distribuida por la Comunidad de regantes y Organismo de Cuenca

En la STS de 7 de marzo de 2008 (recurso de casación 5363/2004), Ar. RJ/2008/1751, se discuten las Resoluciones de la Comunidad de Regantes de Riegos del Levante de 7 de febrero de 2000 y de la Confederación Hidrográfica del Segura de 14 de abril de 2000, denegatorias de la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños causados a la producción de cultivos del recurrente por agua distribuida con un alto contenido en salinidad por parte de la Comunidad de regantes, dada la desestimación del recurso interpuesto contra dichas Resoluciones, por Sentencia de fecha 28 de enero de 2004, de la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Los motivos de impugnación que esgrime la parte actora, en representación de Cultivos para el Exterior, SL, consisten básicamente en los títulos de imputación que la parte demandante afirma existen contra la Comunidad de regantes y el Organismo de Cuenca, al considerar el recurrente que tanto la Comunidad como la Confederación, distribuyen, gestionan y controlan la calidad del agua de riego, por lo que nos encontraríamos ante el supuesto previsto en el artículo 140, primer párrafo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Al respecto la parte recurrente afirma que existe una obligación de control, vigilancia e información a los usuarios sobre la calidad de las aguas, establecida expresamente por la Ley de

Aguas, y que las demandadas habían hecho dejación de sus obligaciones de control y supervisión de la calidad de éstas, no pudiendo imponerse al agricultor la obligación de comprobar la calidad del agua adquirida antes de su uso –tal y como afirma en la desestimación del recurso contencioso-administrativo la Sala de instancia–, argumentando con ello el recurrente que por parte de la Sala de instancia ha habido una errónea valoración de la prueba practicada.

Tras exhaustivo análisis y recepción de parte de la argumentación de la Sala de instancia a la hora de desestimar el recurso, el Tribunal Supremo afirma que la Ley de Aguas 29/1995, en sus artículos 73 y siguientes (actual artículo 81) regula las Comunidades de Regantes y Usuarios, y en sus artículos 21 y siguientes a los Organismos de Cuenca. El Supremo afirma que de esta normativa no cabe duda de que las Comunidades de Regantes son Corporaciones de Derecho Público adscritas al Organismo de Cuenca correspondiente, que es el que debe velar por el buen orden de los Estatutos, Ordenanzas y aprovechamientos, correspondiéndole igualmente la policía y el control del agua como dice el artículo 23.1.b) de dicha Ley: “la administración y control del dominio público hidráulico” (FJ 4º). Pero concluye el Tribunal que teniendo por probado en autos –de la certificación que resulta del Sr. Biólogo D. Leonardo–, que los resultados de los análisis que éste hacía para la Comunidad de Regantes se hacían públicos y que por lo tanto eran o debían haber sido conocidos por la actora, ésta no puede alegar desconocimiento de la salinidad de las aguas y es obvio que no cabe apreciar responsabilidad de la Comunidad de Regantes, ni de la Confederación Hidrográfica del Segura, máxime cuando también quedó probado en autos que a la Comunidad de regantes no se le hizo saber en el momento de la compra del agua a suministrar el destino específico de riego de brócoli –cultivo altamente sensible a la salinidad del agua–, lo que hubiera sido de capital importancia para apreciar su responsabilidad.

De tal modo, el Tribunal falla que por lo expuesto se impone necesariamente la desestimación del recurso de casación interpuesto, determinando en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, la imposición de condena a costas del recurrente.

B) Registro de Aguas: denegación de inscripción por falta de acreditación de que la extensión total de la finca se dedicaba a regadío

En la STS de 18 de diciembre de 2007 (recurso de casación 1772/2007), Ar. RJ/2008/1873, se resuelve el recurso de casación a través del cual se impugna la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 31 de enero de 2007 (recurso contencioso-administrativo 433/2001), por medio de la cual se desestimó el recurso formulado por la “Sociedad Agraria de Transformación Guadiamar” contra las Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 27 de julio de 2000, denegatorias a dicha mercantil de la inscripción en el Catálogo de Aguas de veintitrés aprovechamientos de aguas subterráneas ubicados en la finca de dicha Sociedad, situada en los términos municipales de Aznalcazar y Villamanrique de la Condesa (Sevilla).

La Sociedad mercantil, como parte actora del proceso impugnó dichas Resoluciones en vía judicial. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) desestimó el recurso contencioso-administrativo razonando en lo fundamental la

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

falta de prueba suficiente para determinar el riego histórico anterior al 1 de enero de 1986 de las hectáreas pretendidas por la parte actora (más de 1.638 Has), frente a las 541 has reconocidas en las Resoluciones de la Confederación. Motivo por el cual no correspondía la aplicación de las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, relativas a registro de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas procedentes de pozos.

Al respecto el Tribunal Supremo determina que el motivo fundamental alegado por la parte recurrente en casación no puede prosperar, dado que según las pruebas practicadas en el procedimiento de instancia (informe de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y superposición gráfica y planimétrica de imágenes de satélite) la actora no acredita suficientemente el riego de las hectáreas pretendidas, sino de la superficie de referencia (541 Has) de las Resoluciones de la Confederación. El Tribunal concluye que en definitiva la Sala de instancia efectuó una valoración detallada, completa y muy razonable de las pruebas existentes, no pudiendo considerarse indefensión alguna de la parte actora.

Por todo lo cual, el Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación y procede a imponer a la parte actora las costas de éste.

C) Dominio Público Hidráulico del Estado. Concurrencia de competencias autonómicas y estatales en materia de Patrimonio Cultural y aguas intercomunitarias: perturbación o interferencia de competencias exclusivas estatales

En la STS de 8 de julio de 2008 (recurso de casación 6233/2005), Ar. RJ/2008/3424, se resuelve el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia de 14 de septiembre de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la que se anuló la Resolución de la Comisión de Gobierno de Asuntos Culturales y Educativos de la Generalitat de Cataluña, de 12 de marzo de 2002, relativa a la declaración de bien de interés cultural, en la categoría de monumento histórico, del Azud de Xerta.

La Sentencia de instancia, que es objeto de casación, estimó los recursos contenciosos-administrativos acumulados e interpuestos por la Administración General del Estado, anulando la Resolución de la Generalitat de Cataluña de 12 de marzo de 2002.

En el análisis que efectúa el Tribunal Supremo de la Sentencia de instancia recurrida, determina que de lo actuado en el proceso resulta que el Azud de Xerta constituye una infraestructura de regulación del caudal del río Ebro, en base a la cual se realizan aprovechamientos de usos hidroeléctricos, de regadíos y de usos de abastecimiento de agua para poblaciones. En este sentido, argumenta el Tribunal Supremo, que lo cierto es que la declaración del Azud de Xerta y construcciones anexas como bien de interés cultural, confiere a la Administración recurrente (Generalitat de Cataluña) el derecho a autorizar o no cualquier alteración o modificación física de la presa o sus instalaciones que el Estado directamente o a través de la Confederación Hidrográfica del Ebro, pretenda realizar en éstas. Afirma el Tribunal que tal supuesto resulta, como ya se advierte en la sentencia de instancia, un hecho objetivo de interferencia o perturbación de las competencias estatales derivadas del artículo 149.1.22ª y artículo 24 de la CE.

En definitiva, el Tribunal, siguiendo la argumentación de la Sala de instancia determina que el Azud de Xerta es una construcción hidráulica esencial y actual para cualquier proyecto sobre la utilización de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas intercomunitarias del río Ebro en su tramo final. Y puesto que la gestión de dicho recurso natural es competencia del Estado, debe colegirse que la sujeción del Azud al derecho de intervención de la Administración autonómica mediante la declaración del bien como de interés cultural, en la categoría de monumento histórico, supone una objetiva e inevitable interferencia o perturbación en el ejercicio de competencias estatales. Argumenta el TS que resulta de aplicación la previsión específica y excepcional contenida en el artículo 6.b) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español y sus desarrollos reglamentarios a través del RD 111/1986, modificado por el RD 64/1994, pues a tenor de cuyos artículos 11 y 14.1, la declaración del Azud como monumento histórico corresponde en todo caso a la Administración del Estado y en concreto al Ministerio de Cultura, ya que los indicados preceptos atribuyen tal competencia a la Administración General del Estado, respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado.

Por todo ello el Tribunal declara incompetente a la Generalitat en la adopción de la Resolución cuestionada, al excederse la Administración recurrente en el ejercicio de sus competencias al adoptar la Resolución que se impugnó en instancia, la cual, es claro, deviene en contraria al Ordenamiento jurídico en cuanto que atribuye a la Generalitat de Cataluña una competencia que conforme al Ordenamiento jurídico no le corresponde.

Más aun, el Tribunal Supremo razona que procede rechazar los motivos de casación expuestos por la representación letrada de la Generalitat de Cataluña, “pues además de las propias valoraciones de la Sentencia de la Sala de instancia recurrida, se ha de señalar que los informes periciales aportados por la Confederación Hidrográfica del Ebro mostraban la necesidad de proceder al recrecimiento del Azud de Xerta a los efectos de permitir la correcta planificación hidrológica del río Ebro y la necesidad de proceder a la modificación de la estructura actual del Azud para regular el caudal del río Ebro, así como adecuar la construcción a las necesidades actuales, y todo ello no podía hacerlo el Estado sin la previa autorización de la Comunidad Autónoma con lo que la propia viabilidad de la gestión del recurso natural de la que es titular el Estado y que la tiene atribuida como competencia exclusiva, no estaría en manos del Estado sino en las de la Comunidad Autónoma” (FJ 2°).

Concluye por todo lo anterior el Tribunal que es claro que el Estado no puede verse privado de sus competencias exclusivas y viene a declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto con expresa condena en costas a la parte recurrente.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Bienes que integran el demanio costero: forman parte de él los recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva

La STS de 16 de junio de 2008, Ar. 4207, rechaza que la plataforma continental y la zona económica exclusiva integren el dominio público marítimo-terrestre, contando sólo con esa

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

condición los recursos naturales existentes en ellas (artículos 132 CE y 3 de la Ley de Costas). Por esta razón, considera que tender un cable telefónico en ambas, en la medida en que no afecta a dichos recursos —no ha quedado acreditado que impida cualquier aprovechamiento de ellos—, no supone un uso privativo del demanio costero, resultando improcedente la exigencia del canon de ocupación.

B) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre: su finalidad es declarar demanio marítimo lo que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, es tal

Nuevamente diversos pronunciamientos jurisprudenciales recuerdan la finalidad del ejercicio de la potestad de deslinde: declarar como dominio público costero los bienes que por naturaleza, y por consecuente determinación normativa, deben formar parte de él, al reunir las condiciones físicas al efecto. Es el caso de las márgenes de los ríos hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, cualquiera que sea la causa de éstas (STS de 27 de junio de 2008, Ar. 222248) y de los terrenos inundables por el flujo de ellas o por filtración del agua del mar (STS de 3 de junio de 2008, Ar. 3114).

C) Recuperación de oficio: la Administración ejercerá esta potestad frente a usurpaciones del dominio público marítimo-terrestre

Las ocupaciones sin título de bienes del demanio costero obligan a la Administración del Estado, como su titular, a ejercer en cualquier tiempo la potestad de recuperación de oficio, que en ningún caso lleva anudada indemnización (STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de mayo de 2008, Ar. 224522).

D) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

a) No caben edificaciones en zona de servidumbre de protección

Como recuerda la STS de 26 de junio de 2008, Ar. 21108, el artículo 25.1.a) de la Ley de Costas prohíbe las edificaciones destinadas a residencia o habitación en zona de servidumbre de protección. Eso no impide que las ya existentes puedan ser legalizadas si concurren motivos suficientes y si no se realizan en ellas, al efecto, obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación. Ésta era la intención del demandante en el supuesto sobre el que se pronuncia la STSJ de Galicia de 24 de julio de 2008, Ar. 265102, que entiende procedente la denegación administrativa de la autorización para ejecutar dichas obras.

b) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbano depende de su clasificación como tal a la entrada en vigor de la Ley de Costas

De nuevo se pronuncia la jurisprudencia sobre las Disposiciones Transitoria Tercera.3 de la Ley de Costas y Transitoria Novena de su Reglamento. Y en lo que constituye una doctrina asentada, ha vuelto a recordar que la posibilidad de reducir la extensión de la servidumbre de protección establecida en el artículo 23.1 de la Ley de Costas (100 metros) a 20 metros queda supeditada a la clasificación de los terrenos como suelo urbano a la entrada en vigor de ésta. Así sucede en el supuesto al que se refiere la SAN de 23 de abril de 2008, Ar. 141967, en el

que la disposición de los servicios exigidos al efecto por la normativa urbanística entonces vigente (acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica) determina su condición de suelo urbano consolidado. Por el contrario, esta condición no queda acreditada en el caso analizado por la SAN de 2 de abril de 2008, Ar. 134528, en que los terrenos afectados no gozaban de dicha clasificación por inexistencia de planeamiento ni, en su defecto, estaba consolidada la urbanización, al carecer de los servicios referidos.

E) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) No existe derecho previo a la concesión, otorgándose discrecionalmente por la Administración costera

La utilización privativa del demanio costero requiere la obtención de una concesión al efecto. Concesión a la que, como recuerda la SAN de 5 de marzo de 2008, Ar. 105648, el solicitante no tiene ningún derecho previo, otorgándose discrecionalmente por la Administración de conformidad con las circunstancias concurrentes y con motivación suficiente.

b) El carácter indemnizatorio de las concesiones otorgadas al amparo de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas determina que su cómputo se inicie en el momento de su otorgamiento

La Disposición Transitoria Primera.4 de la Ley de Costas permite a los titulares de terrenos situados entre la línea de deslinde anterior a esta norma y la que resulta del deslinde efectuado tras su vigencia, trasmutar su título de propiedad por una concesión administrativa para realizar los mismos usos y aprovechamientos por treinta años, prorrogables por otros treinta. Se trata, pues, de un título de claro carácter indemnizatorio que deriva directamente de la anterior titularidad, lo que implica que su plazo de duración comienza a computarse desde el momento de su otorgamiento, y no desde que concluyó el actual deslinde. Sólo con la firmeza del acto de otorgamiento, que es el que determina y condiciona la ocupación del dominio público, puede producirse la transformación de la titularidad en el uso privativo amparado por la concesión (STS de 28 de mayo de 2008, Ar. 2873).

F) Infracciones y sanciones: la ejecución de obras en la zona de servidumbre de tránsito no constituye infracción de la normativa costera si existe error invencible del actor inducido por la propia Administración

La realización de construcciones en zona de servidumbre de tránsito es una conducta tipificada como infracción administrativa por los artículos 90 y 91 de la Ley de Costas. No obstante, en el supuesto enjuiciado por la STSJ de Asturias de 28 de marzo de 2008, Ar. 296597, concurren circunstancias que encajan difícilmente con el tipo infractor. Es el caso de la concesión de licencia de obras por parte del Ayuntamiento, que fue informado del deslinde por la Demarcación de costas y que no suspendió el otorgamiento de esos títulos en la zona afectada por él. También lo es el de la licencia de actividad hotelera dada al recurrente por la Administración autonómica. A mayor abundamiento, ninguna de las dos instancias públicas

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

le informó de que precisase de otras autorizaciones, en particular de la aquiescencia de la Administración costera. Por todas estas razones, el Tribunal rechaza la existencia de infracción y de la consecuente sanción, aunque reconoce la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado.

G) Puertos

a) El demanio portuario es de titularidad estatal y corresponde al Ministerio su mantenimiento y reparación

La STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2008, Ar. 395, recuerda que, ex artículo 4 de la Ley de Costas, los muelles forman parte del demanio portuario, lo que determina su titularidad estatal. Por esta razón, su reparación compete al Ministerio de Medio Ambiente, sin que las obras realizadas por el Ayuntamiento en situaciones de necesidad y urgencia afecten esta competencia. Así las cosas, es procedente el requerimiento formulado por el órgano municipal a aquel Ministerio en orden a reintegrar los gastos derivados de su intervención.

b) La Capitanía Marítima es competente sobre navegación, seguridad y salvamento marítimos y lucha contra la contaminación en aguas sitas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción

Dentro de las funciones que el artículo 88 LPMM reconoce como propias de la Capitanía Marítima se encuentran, en general, todas las relativas a la navegación, seguridad marítima, salvamento marítimo y lucha contra la contaminación del medio marino en aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción. Por eso, como establece la STS de 23 de septiembre de 2008, Ar. 313184, entra dentro de sus competencias denegar la autorización para descargar productos petrolíferos en instalaciones construidas al efecto en un fondeadero que no garantizan, por su estado, la seguridad y la protección del fondo marino. En ningún caso aquí se invaden competencias de las Demarcaciones de costas, cuyas competencias de tutela y protección del demanio marítimo-terrestre (artículo 110 de la Ley de Costas) se refieren más al cumplimiento de las condiciones de su utilización. Como tampoco afecta la citada denegación a la subsistencia de la concesión otorgada a la naviera recurrente en orden a utilizar el fondeadero. Como recuerda el Tribunal, las razones de inadecuación por las que se denegó la operación de descarga podrían ser relevantes en una posible revocación de la concesión en el futuro, pero no afectan directamente *per se* a la subsistencia del título (FJ 3º).

c) La Administración portuaria actúa con discrecionalidad en el otorgamiento de una concesión

La STS de 13 de mayo de 2008, Ar. 176334, recuerda la discrecionalidad técnica de que gozan las Autoridades Portuarias para otorgar o denegar una concesión, en este caso de explotación de varadero en una dársena pesquera. Discrecionalidad que puede ser controlada por los tribunales, sin que en este supuesto enjuiciado los argumentos aportados por los recurrentes permitan acreditar un ejercicio arbitrario de ésta.

d) Contratación de las Autoridades Portuarias**a') La actividad contractual de las Autoridades Portuarias se sujeta a la normativa de contratos en los sectores excluidos y sus especialidades**

Las Autoridades Portuarias, como organismos públicos que son, sujetan su contratación a la normativa sobre contratos públicos. Concretamente, a la Ley de contratos en los sectores excluidos, al estar integradas en su ámbito subjetivo de aplicación por tratarse de sujetos que ejercen su actividad en el sector de la instalación de puertos marítimos. De acuerdo con la Ley 48/1998, hoy derogada pero aplicable al supuesto que enjuicia la **STS de 14 de julio de 2008**, Ar. 249974, la notificación a las empresas licitadoras de que no han resultado adjudicatarias de la obra licitada no requiere cumplir los requisitos generales anudados a ésta por la Ley 30/1992, resultando suficiente una comunicación a la mayor brevedad que sólo será por escrito si así lo demanda el solicitante (artículo 50.4). Por esta razón, debe considerarse válida la notificación realizada por fax.

b') La electrificación de terrenos ganados al mar requiere licitación de un contrato al efecto, sin que la empresa distribuidora en la zona limítrofe goce de derecho preferente

La peculiaridad del ámbito físico a electrificar –se trata de una ampliación del Puerto de Barcelona constituida por terrenos ganados al mar– determina, según la **STS de 3 de junio de 2008**, Ar. 387, que la empresa eléctrica recurrente no goce de la consideración de distribuidor de zona, por lo que no dispone de un derecho preferente a la atribución de aquella actividad. Como señala la Sala, son terrenos nuevos incluso en sentido geológico, que requieren unas instalaciones autónomas de distribución eléctrica directamente conectadas a la red de transporte –sin pertenecer a una red en cascada o similar–, siendo así que el nuevo espacio se calificará como limítrofe con la zona previamente gestionada por la recurrente, pero en ningún caso incluido en ella. Por todo ello, resulta procedente la licitación de un contrato para dicha electrificación; licitación a la que, a mayor abundamiento, no concurrió en su momento la empresa recurrente.

e) No cabe exigir responsabilidad al Estado por los efectos de una norma declarada inconstitucional si no se demuestra el detrimento patrimonial

Como procede en toda reclamación de responsabilidad patrimonial, el reclamante debe demostrar que, como consecuencia de la actuación pública, se ha producido en su patrimonio un daño real, efectivo, individualizado y evaluable económicamente. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **STS de 5 de marzo de 2008**, Ar. 3716, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de la LPMM que obligaba al pago de una tarifa portuaria no significa que quienes la abonaron hayan sufrido tal menoscabo patrimonial, menos si se tiene en cuenta que, en contraposición, disfrutaron de un servicio. Cosa distinta es que, a resultas de esa declaración, el interesado ejercite las acciones correspondientes en reclamación de las tarifas satisfechas en aplicación de aquella normativa, lo que evidentemente irá en beneficio de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

su patrimonio. Pero desde la perspectiva de la responsabilidad, no se acredita un detrimento patrimonial que pueda calificarse como daño real y efectivo.

A esta Sentencia se formula un voto particular suscrito por nueve Magistrados, que entienden que no cabe excluir inicialmente la producción de un daño individual y efectivo como consecuencia del pago de la tarifa con el simple argumento de que se trata de la contraprestación por un servicio prestado por la Autoridad Portuaria. Como recuerdan, consolidada jurisprudencia ha establecido que las tarifas portuarias no pueden considerarse precios públicos –y menos privados–, por lo que no constituyen una contraprestación. Ello les lleva a concluir en la necesidad de un análisis sobre el reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador.

H) Pesca y cultivos marinos

a) Las competencias autonómicas sobre ordenación del sector pesquero se limitan al desarrollo y ejecución de la legislación básica estatal en la materia

La STS de 2 de julio de 2008, Ar. 250180, recuerda el alcance de las competencias autonómicas sobre ordenación del sector pesquero, según la interpretación del artículo 149.1.19 CE llevada a cabo por el TC. De acuerdo con ella, todos los aspectos vinculados a la pesca marítima (entendida como actividad extractiva directa) son de competencia estatal. Igualmente, la competencia autonómica sobre ordenación del sector pesquero (concebida como la regulación del sector económico y productivo de la pesca en todo lo que no sea actividad extractiva directa) se limita al desarrollo y ejecución de la legislación básica estatal en la materia, dentro de la cual se incardina el establecimiento de las horas de descanso semanal de los buques. La conjunción de ambas razones determina la nulidad de una Orden autonómica que fijaba el descanso semanal para embarcaciones dedicadas a la pesca de crustáceos, y que señalaba horas concretas de calamento (invadiendo la competencia del Estado sobre pesca marítima) y ampliaba los períodos obligatorios de descanso señalados en la normativa básica estatal sobre ordenación del sector pesquero, excediendo así su mera atribución para localización dicho descanso.

b) Ayudas al ejercicio y al cese de la actividad pesquera

a') El procedimiento para otorgar ayudas compensatorias al ejercicio de la actividad pesquera debe respetar los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, buena fe y confianza legítima

La SAN de 30 de abril de 2008, Ar. 134516, anula sendas resoluciones del Secretario General Técnico del MAPA por las que se deniegan indemnizaciones compensatorias a la producción del atún solicitadas por la representación de dichos productores. A juicio de la Sala, ambas vulneraban los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, buena fe y confianza legítima, que impiden a la Administración alterar injustificadamente su interpretación pública de las normas y defraudar las expectativas inducidas en los ciudadanos como consecuencia de su actividad. Por eso, en este supuesto concreto, no cabe que la Administración, de oficio, sin apercibirla de tenerla por desistida de su solicitud en caso de no verificarlo, y sin dictar resolución en tal sentido –como establecen los artículos 71.1 de la Ley 30/1992 y 23.5 de la Ley General de Subvenciones–, conceda a la solicitante sucesivos plazos para

aportar la documentación que faltaba, para posteriormente, cuando así lo hace en uno de los plazos concedidos al efecto, denegarle la indemnización solicitada con el argumento de que cuando los presentó ya había transcurrido el plazo previsto para resolver el procedimiento. De esta manera, la Sentencia señala la retroacción de las actuaciones al momento anterior a las resoluciones con el fin de dictar otras nuevas en las que se tengan en cuenta los documentos aportados y, en su virtud, se determine si se cumplen los requisitos exigidos para tener derecho a las indemnizaciones solicitadas.

b') El cobro de ayudas por cese de la actividad pesquera requiere cumplir las exigencias establecidas al efecto. Cuestiones adicionales

En el marco de la política de pesca común se prevé la posibilidad de otorgar, con cargo a fondos comunitarios, subvenciones para el cese de la actividad pesquera con el fin de reestructurar el sector. El acceso a estas ayudas no es automático, sino que requiere el cumplimiento de una serie de requisitos. Uno de ellos es que se soliciten en relación a buques en servicio activo en ese momento, lo que no ocurría en el supuesto enjuiciado por la **STS de 27 de mayo de 2008**, Ar. 3008, por lo que resulta procedente la denegación de la subvención.

Por su parte, la **SAN de 4 de junio de 2008**, Ar. 195028, reconoce la corrección jurídica de la reducción de la cuantía de la ayuda otorgada cuando, dentro de los doce meses anteriores a la paralización definitiva solicitada y subvencionada, el buque ha disfrutado de una ayuda a la paralización temporal de actividad. El ordenamiento comunitario aplicable impide la acumulación de más de una subvención.

Finalmente, la **SAN de 9 de julio de 2008**, Ar. 250080, considera arbitraria la denegación de unas ayudas con el mismo fin con el argumento de que las solicitudes eran extemporáneas. Como recuerda la Sala, el plazo que generaría derecho a las ayudas no comenzaría a computarse desde el inicio de la paralización de los buques afectados –como interpreta la Administración–, sino que ha de valorarse como un período de tiempo, que ha transcurrido o no.

c) Restricciones comunitarias a la pesca: los Estados miembros pueden flexibilizarlas por razones específicas justificadas

Debido a la limitación de los recursos, la actividad pesquera está controlada por la Administración nacional que, en ocasiones, y en atención a la riqueza de algunos caladeros, puede flexibilizar las restricciones establecidas genéricamente por las autoridades comunitarias. Se exige al efecto previa comunicación a éstas, y que las medidas adoptadas resulten compatibles con el derecho comunitario y conformes con la política pesquera común (**SAN de 2 de julio de 2008**, Ar. 250166).

d) El hundimiento de un buque no genera a su propietario derechos al ejercicio de la pesca y a la permuta por otro

Como recuerda la **STSJ de Andalucía de 10 de enero 2008**, Ar. 116253, el hundimiento de un buque no confiere a su propietario ningún derecho a ejercer la pesca o permutar el

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

puesto de aquél por otro de su propiedad, menos si este último tiene su base en otro puerto distinto.

4. CARRETERAS Y CAMINOS

A) Distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas en materia de carreteras. Alcance de la intervención del Consejo de Ministros en la aprobación de proyectos de carreteras de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 25/1988. Límites a los que debe quedar reducido el contenido de la Declaración de Impacto Ambiental preceptiva para la aprobación de proyectos de carreteras

La STS de 1 de julio de 2008, RJ\2008\3337, aborda diversos temas significativos relativos a la construcción de carreteras. Para comprender el alcance de las soluciones expuestas por el Tribunal, conviene conocer que originariamente el recurso se había interpuesto contra una resolución del Ministerio de Fomento por la que se aprobaban los expedientes de información pública del estudio informativo de un tramo de carretera que transcurría íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma, y de su documento complementario, y definitivamente contra el mismo estudio por considerar que la alternativa seleccionada como base para desarrollar en los proyectos sucesivos no era la más adecuada de entre las distintas posibilidades existentes. Las cuestiones principales sobre las que se pronuncia el Supremo son las siguientes:

1. Si el hecho de que el tramo de vía que pretendía construirse tuviese un trazado totalmente nuevo y uniese dos localidades de una misma provincia; es decir, transcurriese íntegramente por el territorio de una misma Comunidad Autónoma que tiene asumidas estatutariamente competencias sobre carreteras de interés autonómico, determina que sea ésta y no el Estado el que pueda impulsar la realización de dicho tramo.

Al respecto el Tribunal Supremo entiende que los términos de la discusión no transcurren por los derroteros de estudiar si el Estado tiene o no competencias en la materia objeto de litigio, sino que se centra en apreciar si para afrontar este proyecto concreto el Estado tiene título suficiente. Y ante esta tesitura, lo decisivo es determinar si la vía de cuya variante se aprueba el estudio informativo está comprendida entre aquellas de interés general para el Estado, como sin duda ocurría en el caso de autos. Así es, la Disposición Adicional Primera, apartado primero, de la Ley estatal 25/1988, de Carreteras, expresamente incluye la carretera nacional en la que se integraba el tramo respecto del que se planteaba el conflicto dentro del catálogo de carreteras de la Red de Interés General del Estado.

Apreciado lo anterior, para asentar su razonamiento, matiza el Tribunal que

“Por un lado, resulta erróneo afirmar para negar lo anterior que la variante objeto de litigio no guarda relación con la carretera nacional declarada de interés general, pues el nuevo proyecto, en cuanto implicaría la duplicación de la calzada, no es sino una modificación del trazado de aquélla. El hecho de que la alteración de un trazado no afecte a toda la extensión de la carretera, sino tan sólo a una parte de su recorrido, no es suficiente para afirmar que la alteración resulte ajena a la actual carretera.

Por otro, el hecho de que el nuevo trazado una dos poblaciones de una misma provincia, es decir, discurra por el territorio de una misma Comunidad Autónoma, no tiene por qué empañar el calificativo de carretera de interés general que corresponde efectuar al Estado. Es la carretera en su conjunto la que inequívocamente se ha calificado como de interés general del Estado y, por lo tanto, cualquiera de sus tramos ostenta esta misma condición, sean cuales sean las localidades que en ellos se encuentren”.

Además, considera el Tribunal que es significativo que la Administración autonómica supuestamente despojada de su competencia no la hubiese reivindicado (ha de recordarse que el recurso fue promovido por diversas asociaciones de empresarios, vecinos, etc.), y ante esta falta de reivindicación, por los argumentos antes mencionados, no puede considerarse que la Comunidad estuviera desatendiendo una función asumida como propia y atentando contra el principio de irrenunciabilidad de la competencia, que supone que éstas habrán de ejercitarse precisamente por los órganos administrativos que las tengan atribuidas, y ello por cuanto en este caso la competencia la están actuando los órganos de la Administración del Estado, que son quienes legítimamente pueden hacerlo.

2. En segundo término se planteaba si el hecho de que hubiese existido una generalizada oposición contra el proyecto por parte de una gran mayoría de los Ayuntamientos por cuyos términos municipales debería transcurrir la autovía en cuestión, suponía, en aplicación del artículo 10.1 de la Ley de Carreteras, que el estudio informativo relativo a ésta debiera ser aprobado por el Consejo de Ministros.

Sobre este punto, y tras recordar el Supremo que ya la STC 151/2003 explicaba que el artículo 10 de la Ley de Carreteras lo que hace es pautar un sistema para solventar eventuales discordancias que puedan derivarse del ejercicio de las correspondientes funciones públicas por parte de diversos entes territoriales que son titulares de competencias que se ejercitan sobre un mismo espacio físico, estableciendo un mecanismo articulador de coordinación entre ellos, puntualiza en qué situaciones la disconformidad motivada que manifiesten las Corporaciones Locales respecto de un proyecto de carretera estatal determina, a tenor de citado precepto, la elevación del expediente al Consejo de Ministros. Esto sólo ocurrirá cuando se ponga de relieve la incompatibilidad de la nueva vía con el planeamiento urbanístico del Ayuntamiento discrepante. Pues es precisamente para superar esta disconformidad que se encomienda al Consejo de Ministros –y no a otros órganos de la Administración– la decisión acerca de si procede o no ejecutar el proyecto, ya que tal acuerdo implicará simultáneamente la modificación o revisión del planeamiento urbanístico afectado, que deberá acomodarse a las determinaciones del proyecto en el plazo de un año desde su aprobación. No basta, pues, con que una o varias Corporaciones Locales muestren una mera opinión divergente sobre el trazado viario proyectado para que la competencia se traslade al Consejo de Ministros. Dicho en otros términos, únicamente cuando existan incompatibilidades entre el proyecto sometido a información pública y el planeamiento municipal, y las Corporaciones afectadas así lo aleguen de modo expreso y en forma adecuada, se producirá la avocación al Consejo de Ministros de la decisión final, sólo entonces podrá entrar en juego el mecanismo articulador de coordinación que prevé el artículo 10.1 de la Ley de Carreteras.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

3. Por último, el tercero de los puntos relevantes en los que se centra esta resolución está directamente relacionado con aspectos medioambientales. En efecto, el Tribunal interpreta los límites a los que debe quedar reducido el contenido de la Declaración de Impacto Ambiental preceptiva para la aprobación de cualesquiera proyectos de carreteras que se impulsen. Explica la Sala que no puede pretenderse que la Administración, en estrictos términos jurídicos, venga “obligada” a elaborar una declaración de impacto ambiental sobre todas y cada una de las alternativas que se propongan valoren en la fase de información pública. Por el contrario, su obligación a este respecto se traduce a examinar las propuestas que se planteen y dar una respuesta argumentada de por qué las acoge o las rechaza, dejando constancia de tales motivos en las actuaciones. De tal suerte que la obligación de verificar la Declaración de Impacto Ambiental se circunscribe únicamente a la alternativa escogida.

B) Prohibición de fijar carteles publicitarios en los tramos de carreteras estatales que no transcurran por zonas urbanas y resulten visibles desde la zona de dominio público de la vía

La STSJ de Castilla y León de 18 de julio de 2008, JUR 2008\320945, se pronuncia sobre el alcance de la proscripción prevista en el artículo 24 de la Ley estatal 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras. Este precepto, recordamos, determina que fuera de los tramos urbanos de las carreteras estatales queda prohibido realizar publicidad en cualquier lugar que resulte visible desde la zona de dominio público de la vía; prohibición que, no obstante, no afecta a los carteles de naturaleza informativa que pudiese autorizar el Ministerio de Fomento. Son dos, por tanto, los elementos que delimitan el ámbito de la interdicción, de una parte, ésta no regiría en el caso de que los anuncios pudiesen tener naturaleza informativa; de otra, tampoco se aplicaría si los carteles se colocasen en zonas consideradas urbanas.

1. Por lo que hace al primer aspecto, —esto es, lo que deba entenderse por “publicidad”—, repasa el órgano jurisdiccional el contenido de los artículos 89, 90 y 91 del Reglamento General de Carreteras, en los que se determina que se consideran carteles informativos: las señales de servicio; los que indiquen lugares de interés cultural, turístico, poblaciones, urbanizaciones y centros importantes de atracción con acceso directo e inmediato desde la carretera; los que se refieran a actividades y obras que afecten a la carretera; los rótulos de los establecimientos mercantiles o industriales que sean indicativos de su actividad, siempre, en este caso, que estén situados sobre los inmuebles en que aquellos establecimientos tengan su sede o en su inmediata proximidad y no incluyan comunicación adicional alguna tendente a promover la contratación de bienes o servicios; asimismo, excepcionalmente, tendrán la consideración de información los avisos de carácter eventual relativos a pruebas deportivas o acontecimientos similares, reglamentariamente autorizados y que se desarrollen en la propia carretera. Pues bien, sólo carteles de estas características son los que podrá autorizar el Ministerio de Fomento que se coloquen en tramos de carreteras que transcurran por zonas no urbanas y resulten visibles desde la zona de dominio público de la vía.

Al analizar en el caso de autos si se daban o no las circunstancias apuntadas, el Tribunal recuerda lo resuelto por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones en las que tuvo ocasión de tratar este particular. De la doctrina contenida en éstas se desprende que no puede considerarse que la prohibición de instalar los carteles en las zonas previstas lesione el derecho a la libertad de empresa, y ello por cuanto este derecho ha de ejercerse dentro de los límites legales, y las limitaciones impuestas tienen su fundamento en la defensa de bienes jurídicos necesitados de

protección tales como la defensa del dominio público, del medioambiente y de la seguridad del tráfico, ante los cuales ha de ceder el anterior derecho.

2. En lo concerniente al segundo particular, esto es, a la determinación de lo que puede entenderse por tramo urbano, también sigue la sentencia el parecer manifestado en distintas ocasiones, principalmente, por el Tribunal Supremo. Y es que si bien el artículo 37.2 de la Ley 25/1988 considera tramos urbanos aquellos de las carreteras estatales que discurran por suelo calificado de urbano por el correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico, la realidad demuestra que perfectamente puede suceder que nos encontremos ante instrumentos de planeamiento antiguos y no actualizados respecto de reformas legislativas ocurridas desde su vigencia o no adaptados al desarrollo urbanístico realmente acontecido en una zona.

Ante estas circunstancias lo que se plantea, a los efectos de fijar los límites de la prohibición que ahora concita nuestra atención, es si cabría considerar que si el terreno en el que se ubica el cartel publicitario, pese a estar clasificado como no urbanizable, está integrado en lo que fácticamente se ha consagrado como “malla urbana”, deja de alcanzarle la proscripción.

En efecto, no puede negarse que jurisdiccionalmente ha adquirido relevancia el concepto de “malla urbana”, que según la jurisprudencia se refiere al espacio de suelo integrado por terrenos a los que hubiese llegado la acción urbanizadora y dispongan de servicios urbanísticos (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica) con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir, o se localice en áreas consolidadas por la edificación, siempre que la existencia de tales servicios o la consolidación de la edificación no hubiese tenido su origen en infracciones urbanísticas y aun le fuese posible a la Administración imponer las medidas de restauración del orden urbanístico infringido. Importa subrayar, además, que la jurisprudencia también viene matizando que para considerar que una zona está integrada en la malla urbana, no llega con que una de las parcelas que integra el espacio de que se trate tenga los servicios urbanísticos exigidos por la normativa aplicable para el suelo urbano, sino que ha de disponer de éstos la generalidad del suelo comprendido en la zona que se considera integrada en la malla urbana, y ello al objeto de evitar el crecimiento desmedido del suelo urbano por la sola circunstancia de su proximidad al que ya lo es, pero con exoneración a los propietarios de las cargas que impone el proceso de transformación de los suelos urbanizables.

Así las cosas, parece desprenderse de la sentencia que nos ocupa que a pesar de que un suelo no estuviese clasificado en el planeamiento urbanístico que le afecta como urbano, si pudiese entenderse integrado en la malla urbana porque concurren las circunstancias expresadas para ello, no le afectaría la prohibición prevista en el artículo 24 de la Ley estatal 25/1988, sobre prohibición de fijar carteles publicitarios. Ocurría, no obstante, que en el caso que resuelto en la sentencia analizada el Tribunal llega a la conclusión de que los servicios que existían en la zona en la que estaba localizado el cartel no eran los servicios que permitirían calificar dicho suelo como urbano, –como integrado en la malla urbana–, en los términos en que la jurisprudencia viene exigiendo.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

5. MONTES. EJERCICIO POR LA ADMINISTRACIÓN DEL DERECHO DE TANTEO

En materia de montes destaca la STS de 2 de julio de 2008, RJ 2008\3408, en la que se analizan algunas cuestiones relativas al ejercicio por la Administración competente del derecho de tanteo que viene siendo habitual le reconozca la normativa forestal respectiva. Así es, resulta usual en la generalidad de normas forestales reconocer un derecho de tanteo a la Administración Forestal oportuna, consistente en que para el cumplimiento de los fines previstos en la legislación de referencia ésta pueda adquirir la propiedad de los terrenos cuando se vaya a producir cualquier enajenación a título oneroso de la titularidad o tenencia de fincas en las que concurra alguna de las circunstancias previstas en ellas (así, por ejemplo, que se trate de fincas forestales de cabida superior a un cierto número de hectáreas, etc.)

Como consecuencia de este reconocimiento, el titular de una superficie que vaya a enajenarse y reúna los requisitos que en cada caso se exijan, con carácter previo a ninguna actuación, debe comunicar la intención de realizar la enajenación a la Administración pertinente, quien, en el plazo que se hubiese fijado, habrá de notificar al enajenador si ejercita o no el derecho que tiene reconocido.

Así las cosas, en esta sentencia, sin entrar a valorar otras cuestiones tales como si la naturaleza predicable del plazo que tiene la Administración para ejercitar este derecho es de caducidad o de prescripción, el Tribunal Supremo resuelve que el cómputo de dicho plazo ha de iniciarse cuando da comienzo el expediente administrativo para el ejercicio del derecho de tanteo, lo que ocurre cuando la Administración respectiva tenga en su poder la totalidad de los datos que mencione la normativa aplicable y se entiendan necesarios para ejercitar esta facultad y le permita conocer la situación de la superficie que va a enajenarse.

Por lo que se refiere al tipo de negocios jurídicos cuya puesta en marcha puede hacer surgir este derecho, son cualesquiera respecto de los que pueda predicarse un carácter oneroso. Por ejemplo, en el caso de la sentencia seleccionada una compraventa o una permuta. Y al respecto puntualiza el Tribunal que para nada afecta al ejercicio del derecho de tanteo el hecho de que el contrato que pretenda realizarse pueda comprender distintos negocios jurídicos, porque, por ejemplo, fuese en parte de compraventa y en parte de permuta.

Se pronuncia, además, la sentencia acerca de si puede afectar al derecho de tanteo de la Administración la existencia de un pacto entre particulares. El Tribunal Supremo, en este sentido, llega a una conclusión de sentido negativo y acoge plenamente el razonamiento del de instancia que había sentado que un pacto entre particulares en modo alguno puede desactivar el mecanismo legal establecido por una norma de carácter imperativo como es la que instruye el derecho de tanteo a favor de la Administración. Y es que se entiende que cuando se regula el aludido derecho de tanteo se está teniendo en cuenta la tutela del interés general encomendada a la Administración Pública y su específica primacía frente al interés de los particulares. Por tal motivo, su eficacia no puede quedar sujeta a la disponibilidad que éstos pudieran ejercitar por medio de un pacto impeditivo de una norma imperativa como es la aludida.

6. PATRIMONIO HISTÓRICO. LIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS QUE CON CARÁCTER EXCLUSIVO PUEDE TENER ATRIBUIDAS UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO POR LA CONCURRENCIA DE OTRAS QUE LEGÍTIMAMENTE TENGA RECONOCIDAS EL ESTADO. PRIMACÍA DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES

En la STS de 8 de julio de 2008, RJ 2008\3424, se dilucida un conflicto ciertamente interesante relacionado con el respeto al legítimo ejercicio de competencias entre distintas Administraciones Públicas. El problema surgió cuando la Comunidad Autónoma de Cataluña, invocando las competencias que tiene asumidas en materia de patrimonio cultural, declara como bien de interés cultural nacional en la categoría de monumento histórico el Azud de Xerta. Esta declaración, de acuerdo con las facultades de intervención previstas en la normativa autonómica en la materia, conferiría a la Administración catalana el derecho a autorizar o no, cualquier alteración o modificación física de la presa y sus instalaciones anexas. Y es precisamente en este punto donde se suscita el problema, pues si bien es cierto que la Comunidad Autónoma tiene legítimamente asumidas competencias en relación con el patrimonio histórico, no lo es menos que el Estado, a resultas de lo dispuesto en el artículo 149.1.22ª y 24ª de la Constitución Española vigente, también tiene reconocidas competencias exclusivas sobre, respectivamente, “la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial”, así como sobre “obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”. Y resulta que el azud objeto de la controversia, constituye una infraestructura considerada de interés general de competencia del Estado que sirve como medio de regulación del caudal del río Ebro, y a partir de la cual se realizan diversos aprovechamientos hidráulicos, tales como algunos hidroeléctricos, de regadío o de abastecimiento de agua a poblaciones. Es por tal motivo por lo que, constatado que puede producirse una interferencia o perturbación de la competencia autonómica sobre las competencias del Estado, el Tribunal Supremo acoge la doctrina sentada en resoluciones anteriores tanto de él mismo como del propio Tribunal Constitucional y entiende que el título competencial autonómico no puede considerarse preferente al estatal. Esto es, que el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. Y, como quiera que, en este caso, la interferencia o perturbación de las competencias estatales previstas en el artículo 149.1.22ª y 24ª CE, no puede evitarse mediante el recurso a los mecanismos de colaboración, coordinación o cooperación interadministrativa que pudieran articularse, ha de declararse la primacía de estas competencias sobre las autonómicas.

La anterior conclusión no se ve alterada por el hecho de que, en efecto, actualmente en lo relativo a los aprovechamientos hidroeléctricos, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Regulación del Sector Eléctrico, haya abandonado la noción de servicio público, de forma que el Estado ya no ha de reservarse para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico, como ocurría con anterioridad. Y no la enturbia por cuanto el aprovechamiento hidroeléctrico constituye tan sólo una de las actividades de gestión del agua que se desarrollan a partir de la presa del Azud de Xerta, pero existen otras respecto de las que no cabe discutir su naturaleza de servicio público, de carácter esencial, así, por ejemplo, el sumi-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

nistro de agua a poblaciones, toda vez que en este caso, además, es gestionado por el Estado por tratarse de aguas continentales intercomunitarias. O, por ejemplo, el suministro de aguas para regadío, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92.1 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

A mayor abundamiento de las explicaciones anteriores, en estos autos, además sucede que a la vista de lo dispuesto en el artículo 6.b) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en cualquier caso la competencia para declarar el Azud de Xerta como monumento histórico español, recaería en el Estado y no en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Y ello en tanto que dicho precepto atribuye la competencia a la Administración del Estado respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado. Tal acontece en este supuesto, pues, como se ha referido, el Azud de Xerta, además de un aprovechamiento hidroeléctrico esencial y actual para cualquier proyecto sobre utilización del recurso natural que es el río Ebro en su tramo final, cuya gestión corresponde al Estado, posibilita el suministro de aguas a poblaciones y también el suministro de aguas para regadío y estas dos últimas actividades están definidas como servicio Público de acuerdo con los artículos 86.3 y 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y 92.1 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, y están gestionadas por el Estado al tratarse de aguas de ámbito supramunicipal.

7. MINAS. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS “MINERALES NATURALES”. DISTINCIÓN DE LAS AGUAS “MINERALES NATURALES” Y DE LAS “AGUAS MINERO-MEDICINALES”, SENDAS CALIFICACIONES PUEDEN COINCIDIR EN LAS MISMAS AGUAS SI CONCURREN LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE AMBAS CATEGORÍAS. SÓLO LAS AGUAS MINERO-MEDICINALES TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA

La STS de 23 de julio de 2008, RJ 2008\4442, aborda una explicación muy ilustrativa y detallada al objeto de establecer el régimen jurídico aplicable de un tipo de aguas concreto: las aguas “minerales naturales”. Parte la resolución de considerar que, en general, el régimen jurídico de las aguas minerales viene determinado por la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas y por el Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto.

En realidad, explica la Sentencia, la Ley de Minas y el Reglamento General para el Régimen de la Minería, establecen la regulación principal y de desarrollo en la materia, pero, a partir de ahí, hay que reconocer que ese desarrollo primario del régimen genérico de las aguas precisa, a su vez, del complemento que proporcionan distintas regulaciones sectoriales –también de naturaleza reglamentaria–, referidas a los diversos tipos de aguas minerales y que lo que hacen es, sobre la base de las anteriores normas de cabecera, determinar, clasificar y regular las diferentes variedades de aguas de este tipo.

De modo tal que el marco normativo de referencia de las diversas categorías de aguas está establecido en la Ley de Minas, que destina una Sección, la segunda, a las aguas minerales y las termales, las estructuras subterráneas y los yacimientos formados como consecuencia de las operaciones reguladas en dicha ley, su ex artículo 3.B). Siendo que en la Ley de Minas, dentro

de las aguas minerales, se mantiene la tradicional distinción entre las minero-medicinales y minero-industriales, distinguiéndolas de las aguas termales por tener una temperatura de surgencia superior a cuatro grados. No obstante, las aguas minero-medicinales y minero-industriales, cuya diferenciación se realiza en los artículos 23 de la Ley de Minas y 38.1 del Reglamento General, según que el aprovechamiento sea de la propia agua (minero-medicinal), o de las sustancias que ésta contiene (minero-industrial), no agotan la tipología de las aguas minerales.

Por lo que hace a las aguas “minerales naturales”, la normación más concreta de éstas se contiene en la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de las bebidas envasadas, aprobada por RD 1164/1991, de 22 de julio, que es el instrumento normativo que establece el régimen sectorial de las aguas cuando se destinan al consumo humano.

De lo expuesto, podrá haberse desprendido que la categoría de agua mineral natural constituye un tipo de agua previsto, propiamente, en la expresada Reglamentación Técnico-Sanitaria de 1991. Conviene, por demás, dejar señalado que la Reglamentación tan minuciosa contenida en esta disposición se realiza, entre otras razones, para alcanzar la plena adecuación de la normativa reguladora de la elaboración, circulación y comercio de las aguas de bebida envasadas, a lo establecido en normativa Comunitaria, en particular constituida por la Directiva del Consejo 80/777/CEE, de 15 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales, y, en los aspectos que le son de aplicación, a las prescripciones fijadas por la Directiva del Consejo 80/778/CEE, de 15 de julio, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano.

En efecto, la categoría de agua mineral natural, resulta por sí misma desconocida en la Ley de Minas y en su Reglamento de desarrollo, siendo regulada en la citada Reglamentación de 1991, cuyo artículo 2, apartado 2.2.1, las define como “aquellas bacteriológicamente sanas que tengan su origen en un estrato o yacimiento subterráneo y que broten de un manantial en uno o varios puntos de alumbramiento, naturales o perforados”. Si bien se excluye de la aplicación de dicha Reglamentación Técnico-Sanitaria, ex artículo 1.2.1 de la Reglamentación aquellas que por sus “propiedades medicamentosas quedan reguladas por la correspondiente normativa específica”.

Sentado lo anterior, como ya ha tenido alguna otra ocasión de señalar el Tribunal Supremo, la determinación del procedimiento aplicable, para obtener la declaración de un agua como mineral natural, se encuentra en el artículo 24.2 y 4 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, que debe ser completado con las disposiciones reglamentarias contenidas en el artículo 39 del Reglamento para la minería, aprobado por Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, así como en el Real Decreto 1164/1991, de 22 de julio.

Sin embargo, en la Reglamentación Técnico-Sanitaria de 1991 se ha excluido del ámbito de dicha norma reglamentaria a las aguas que tienen propiedades medicamentosas, —aunque sí se incluían en las disposiciones contenidas en su predecesora—, por lo que su régimen jurídico se limita a las aguas envasadas siguientes: minerales naturales, de manantial, las potables preparadas y las aguas de consumo público, que han de reunir las condiciones previstas en los

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

anexos a esa disposición general. El cambio normativo realizado, en relación con la exclusión de las aguas con propiedades medicamentosas del ámbito de dicha disposición, contenido en el ya citado artículo 1.2.1, significa que ambos tipos de aguas, minero-medicinales y minerales naturales, tienen una distinta composición, utilidad, finalidad, calificación y, en consecuencia, diferente régimen jurídico, por lo que no pueden propiamente asimilarse.

Las aguas minerales naturales, en este sentido, carecen de tales propiedades medicamentosas y aunque son bacteriológicamente sanas, según declara el artículo 2.2.1 de la expresada Reglamentación, no pueden ser calificadas como minero-medicinales, a los efectos del artículo 39.3 del Reglamento General para el Régimen de la Minería. Razonamiento y conclusión que no lesionan el contenido de los artículos 38.1 y 39 del mentado Reglamento porque todas las categorías de aguas previstas en la Reglamentación Técnico-Sanitaria no pueden conducirse a la categoría de minero-medicinales.

Y ello no es así, además de por las diferencias apuntadas, porque si bien la Ley de Minas de 1973 desconoce las aguas “minerales naturales”, sin embargo, el artículo 26 de dicha Ley diferencia, a los efectos de tramitar las respectivas autorizaciones, entre aguas minerales, como el género, y minero-medicinales, como la especie cualificada atendidas sus propiedades, que precisan de informes de los Ministerios de Industria y Agricultura, en el primer caso, y Sanidad en el segundo. Además, el artículo 23 de la Reglamentación Técnico-Sanitaria de 1991, apartado 23.1.5, distingue, a propósito del etiquetado, como tipos diferentes de aguas, de un lado, las aguas “minerales naturales”, y, de otro, “las minero-medicinales”, si bien ambas calificaciones pueden coincidir en las mismas aguas si concurren las características propias de ambas categorías. Así es, el citado artículo 23.1.5 dispone que “las aguas minerales naturales, que además tengan la calificación de minero-medicinales, deberán incluir una mención específica indicando este carácter, en caracteres de tamaño no superior a los que incluye la expresión ‘agua mineral natural’. Además deberán incluir la mención de la composición analítica a que se hace referencia en el apartado 23.1.4”.

Debe destacarse que la declaración del agua como minero-medicinal comporta, ex artículo 39.3, párrafo segundo, del Reglamento General, su consideración como de utilidad pública. Deduciéndose de ello que esta última declaración no resulta extensiva a cualquier tipo de agua mineral, a falta de previsión normativa específica. Y, en fin, los efectos que se derivan de la declaración de utilidad pública implican, singularmente en materia de expropiación forzosa, unas ventajas que resultan incompatibles con la extensión del régimen jurídico de las aguas minero-medicinales a cualquier tipo de agua destinada al consumo humano.

8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

A) Aguas continentales: Canon de regulación y tarifa de utilización del agua

a) Cuestiones generales

La STS de 2 de julio de 2008 (sin referencia aún) se refiere a la tarifa de utilización del agua girada por la Agencia del Agua de Cataluña. Obsérvese que se trata de la única tarifa de estas características diferente de la prevista en la Ley estatal de Aguas, pues Cataluña es la única Comunidad

Autónoma que ha sustituido la normativa estatal por una propia para el ámbito de sus cuencas internas. El caso de autos resulta desestimado por razones fundamentalmente procesales. Es posible que en el recurso se incurra en el error de no apreciar las diferencias entre la normativa estatal y la catalana. Y es que lo que en el ámbito estatal no deja de incardinarse en la fijación de un acuerdo anual aprobado por la correspondiente Confederación Hidrográfica, en la catalana figura en norma de rango legal con pretensiones, por supuesto, de aplicación indefinida.

La **SAN de 28 de enero de 2008**, JUR 2008, 114480, estima el recurso presentado por el Ayuntamiento de Sevilla contra el acuerdo de la Confederación del Guadalquivir en materia de canon de regulación de 2003. La Sala reconoce que este Ayuntamiento tiene a su favor una regulación especial relativa al régimen económico-financiero, no derogada por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, consistente en el Decreto de 31 de marzo de 1950, que adscribe al sistema de abastecimiento de agua de la Ciudad de Sevilla y Comarca a los embalses de Aracena y Zufre, y normativa de desarrollo.

b) Imposición y ordenación

La **STS de 10 de abril de 2008**, RJ 3752, afirma que no pueden ser aplicados a los ejercicios 1992 a 1996 unos cánones de regulación aprobados en 1997, sobre la base de la doctrina del propio Tribunal Supremo.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, el Tribunal en **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2008**, JUR 2008, 114919, considera inaplicable la previsión reglamentaria de los artículos 310 y 311 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, debido a la anulación de la frase “provisionalmente y a cuenta”. Siguiendo con los problemas relativos al momento ajustado a derecho para la fijación de estos tributos, en la **STSJ de Madrid de 24 de abril de 2008**, JUR 2008, 178480, se anula tarifa de utilización del agua de 2000 aprobada en septiembre de ese mismo año, pues este Tribunal considera que debían haber estado aprobadas antes del inicio de la campaña de ese año 2000.

Más flexible va a resultar la doctrina del TSJ de Extremadura. En la **STSJ de Extremadura de 24 de enero de 2008**, JUR 2008, 106091, se considera que el canon de cada ejercicio ha de ser aprobado dentro de la anualidad correspondiente, no existiendo imposición alguna de que deba ser, como en la demanda se sostiene, con anterioridad al correspondiente ejercicio. La doctrina se reitera en **SSTSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2008**, JUR 2008, 294626 y **22 de mayo de 2008**, JUR 2008, 294613.

Respecto de cánones aprobados a finales del año correspondiente y publicados en los respectivos diarios oficiales en enero del siguiente, el TSJ de Extremadura también se ha mostrado condescendiente. Según este Tribunal, teniendo en cuenta la ausencia de normativa concreta y la propia finalidad de la exigencia de la aprobación anual con miras a la práctica de las liquidaciones, se estima que, al menos en recursos indirectos como los de autos, es suficiente con que el canon esté aprobado dentro de la correspondiente anualidad, sin perjuicio de la demora en cuanto a su publicación. Se trata de sentencias como las **SSTSJ de Extremadura de 5 de mayo de 2008**, JUR 2008, 295403, o **21 de mayo de 2008**, JUR 2008, 294624.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La STSJ Andalucía (Sevilla) de 29 de febrero de 2008, JUR 2008, 198790, trata de un expediente en el que, al parecer, sólo se publica el acuerdo provisional, no el definitivo. El TSJ salva el acuerdo de fijación en el entendimiento de que la anulabilidad requeriría que de su contenido se derivaran perjuicios insalvables para el obligado, consecuencia de su inmotivación, lo que no fue el caso, en que el Ayuntamiento demandante estuvo presente en el procedimiento y pudo desplegar en fase administrativa y jurisdiccional los reproches que tuvo por conveniente.

Finalmente, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 27 de marzo de 2008, JUR 2008, 226749, desestima un recurso en el que con ocasión de la impugnación de la liquidación se alega que no se incluyó en el reparto a todos los beneficiarios. Dice el TSJ que es un acuerdo inamovible, dado que no se recurrió el acuerdo de fijación de base imponible. En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de abril de 2008, JUR 2008, 225821. En esta última sentencia, el TSJ critica duramente a la Confederación Hidrográfica, que, con motivo del recurso de reposición contra la liquidación, había variado cálculos que eran dependientes de la resolución aprobatoria, dando pie a parte del recurso sobre el que gira la sentencia.

c) Elementos de identificación de los tributos

Como comentamos en otro número de esta revista, el Tribunal Supremo desestimó mediante Sentencia de 21 de septiembre de 2006 un recurso de casación en interés de ley interpuesto por un Ayuntamiento en torno a las liquidaciones giradas en concepto de utilización del agua para el abastecimiento al municipio. Se trataba de una obra cofinanciada por el Estado y la Comunidad Autónoma y realizada en 1992 y 1993, de abastecimiento de urgencia a un municipio. El caso es que en la reforma de la Ley de Aguas de 1999 se sustituyó la expresión “íntegramente”, que, en efecto figuraba en la normativa, por “total o parcialmente”, lo que determinó que a partir del ejercicio 2000 pudiera exigirse la tarifa aunque la obra hubiera sido cofinanciada. Siguiendo esa línea, la STSJ de Madrid de 9 de junio de 2008, JUR 2008, 212040, anula las tarifas correspondientes a un ejercicio anterior (1997), teniendo en consideración que la modificación no puede considerarse interpretativa, sino constitutiva.

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de abril de 2008, JUR 2008, 226210, desestima el recurso interpuesto por un sujeto pasivo que había presentado un escrito renunciando a la concesión durante el ejercicio al que se refería el tributo. Dice el TSJ que se produce el hecho imponible y que la solicitud no debilita la liquidación, pues requiere un procedimiento que cristalice en una resolución administrativa. Con parecida argumentación, la STSJ de Madrid de 25 de junio de 2008, JUR 2008, 293461, señala que un cambio de destino del aprovechamiento debe instarse y generará modificaciones en las liquidaciones una vez que se haya resuelto el procedimiento, pero no antes.

Finalmente, la STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2008, JUR 2008, 198478, rechaza el recurso presentado por un regante individual, que impugnó el tributo alegando que no llegó caudal a su finca, no habiendo en realidad uso público alguno. El TSJ lo desestima, pero con argumentos distintos de los del TEAR, que se basaron en que la falta de caudal se pudo deber a la incompetencia de la propia comunidad de regantes en la que se hallaba integrado el reclamante. Según el TSJ, la recurrente no ha acreditado que no llegara agua a su regadío y de hecho se la tuvo por desistida de una pericial que inicialmente solicitó; y no ha desvirtuado el informe de la Administración según el cual sólo puede reconocerse cierta dificultad para el

riego, debida en parte por la naturaleza arenosa de un terreno que requiere un riego a manta que no resulta posible y por su situación al final de la acequia, pero de ningún modo la imposibilidad de regar o que no haya caudal.

d) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

La SAN de 8 de mayo de 2008, JUR 2008, 196100, trata de la exigibilidad o no del canon de regulación o tarifa de utilización del agua a los titulares de aprovechamientos hidroeléctricos, que, por otra parte, abonan el canon previsto (ahora) en el artículo 133 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. Este canon, conocido como canon de explotación de saltos a pie de presa o canon de pie de presa, se fija en los pliegos de bases de la concesión y de acuerdo con la Ley estatal 25/1998 tiene también naturaleza de tasa. En el artículo 135 del Reglamento se prevé asimismo que el pago de este canon excluye el de los cánones o tarifas que pudieran corresponder por la obra que permite el aprovechamiento. Se da la circunstancia de que en al ámbito de varias Confederaciones no se integró a estos titulares en las bases de los cánones de regulación y tarifas durante muchos años y, sin embargo, se cambió de criterio a principios de la década en la que nos encontramos, sobre la idea de que esa exclusión de pago no tenía cobertura legal, como declaró ocasionalmente el Tribunal Supremo. En el caso de autos, la Sala estima el recurso presentado contra la Confederación del Júcar por una empresa titular del aprovechamiento que no había contribuido por esos conceptos desde los años sesenta. Aunque la Audiencia Nacional piensa también que el artículo 135 del Reglamento no tiene cobertura legal, estima la reclamación por lo siguiente: primero, porque la Administración no aporta explicación ni razonamiento alguno sobre la razón de liquidar el canon por primera vez en el ejercicio 2003, casi treinta años después de otorgar la concesión; segundo, porque no cabe hablar de regulación para producción de energía eléctrica, dado el carácter secundario del aprovechamiento, y, tercero, por la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión que supone.

Criterio bien distinto va a seguir el STSJ de Valencia de 9 de mayo de 2008, JUR 2008, 275998. Fundamenta su afirmación de compatibilidad en un análisis histórico y en argumentos basados en la naturaleza contractual del canon concesional (lo que es erróneo, como dijimos arriba). Compara la normativa actual y la anterior a la Ley de Aguas, explicando el fundamento jurídico de la exclusión anterior a 1985: el caso es que la justificación actual [el artículo 135.c) del Reglamento], la considera falta de cobertura legal (sin caer en que la cobertura anterior no era mejor). Respecto de otras alegaciones de la defensa, como la “no existencia del hecho imponible”, por no beneficiarse de la obra, considera por el contrario que la actuación sí redunda un beneficio a favor de la actora y que, salvo prueba en contrario, supone la disponibilidad de uso del agua. Finalmente, en cuanto a la posible violación del principio de intangibilidad de las concesiones, el TSJ dice que en ninguna cláusula del condicionado se había recogido la exención. Obviando que estaba fijada en disposiciones generales.

e) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación

Una serie de asuntos que vamos a comentar se centran en la inadecuación de los módulos de reparto empleados.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La SAN de 16 de junio de 2008, JUR 2008, 223240, desestima el recurso interpuesto por una central térmica contra la liquidación de canon de regulación. La Sala respalda el criterio de reparto entre usos basado en el caudal de agua de la concesión y no en el consumo real, ya que el reparto es equitativo, al ser el mismo para todos los concesionarios, como lo sería cualquier otro que no estableciese diferencias entre ellos, máxime teniendo en cuenta que se prevé un nivel de desembalse equitativo para todos los aprovechamientos dentro de cada especie, así como que el volumen ha sido fijado en cada caso por los Ingenieros de la Confederación en virtud de los correspondientes estudios e informes técnicos que la parte actora no ha desvirtuado en forma alguna. En cuanto al posible defecto de motivación señala que en la liquidación impugnada constan todos los elementos esenciales (concepto, ejercicio, base imponible, tipo e importe). En idéntico sentido, la SAN de 21 de julio de 2008, JUR 2008, 259815.

La STSJ de Madrid de 25 de abril de 2008, JUR 2008, 215260, desestima el recurso que discutía el reparto sobre la base de la concreta superficie regable de la finca. Le contesta el Tribunal que lo tomado en consideración a los efectos de la exacción no es la superficie realmente regada, sino la disponibilidad o uso del agua.

La STSJ de Extremadura de 6 de mayo de 2008, JUR 2008, 295289, desestima un recurso que tacha de arbitrario el reparto, con crítica a las tablas de equivalencia. Por ejemplo, se dice en la demanda que se utiliza como unidad la hectárea de superficie, que no está ajustada a la realidad en cuanto las técnicas de riego hacen que dicha referencia sea arbitraria. El TSJ considera que el razonamiento de la recurrente no es técnico y que falta prueba para poder efectuar la estimación.

La STSJ de Extremadura de 22 de mayo de 2008, JUR 2008, 294613, considera aceptable el caudal disponible como criterio de reparto, ya que es el que se compromete el organismo de cuenca a tener disponible para el sujeto pasivo.

En el recurso que da lugar a la STSJ de Extremadura de 19 de mayo de 2008, JUR 2008, 294726, se impugna el modo de efectuar el reparto, sobre la base de una fórmula binómica que toma en consideración la superficie y la dotación en toma principal. Dice el TSJ que existen muchas formas para determinar la dotación en toma principal, sin que se impugnara en su momento la fijación.

El Tribunal, mediante STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2008, JUR 2008, 294626, rechaza que sea improcedente la aplicación de la tabla de equivalencias aprobada por el Ministerio del Medio Ambiente para el ámbito de la Confederación. Señalaba el recurrente que se producía discriminación en cuanto a la fijación de la tasa para los usuarios de abastecimientos respecto de los calculados para usos agrícolas o industriales. Pero el TSJ considera que sólo se esgrimen razonamientos que carecen de soporte probatorio suficiente. En igual sentido la STSJ de Extremadura de 22 de mayo de 2008, JUR 2008, 294613.

Los siguientes asuntos tratan de la determinación de las unidades correspondientes al respectivo módulo de reparto.

El Tribunal, mediante STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de marzo de 2008, JUR 2008, 198596, estima el recurso presentado contra liquidación de canon de regulación cuantificada según superficie de aprovechamiento, debido a que la superficie sobre la que realmente se materiali-

zaba era menor. Se daba el caso de que la Administración, ante el recurso de reposición, inició expediente para modificar la situación, pero no redujo el importe de la liquidación, alegando que toda modificación de la concesión requería autorización administrativa previa, con lo que no estuvo de acuerdo el Tribunal.

La **STSJ de Extremadura de 24 de enero de 2008**, JUR 2008, 106159, estima un recurso sobre la base de que la imputación de determinado caudal para cada una de las fincas (criterio utilizado para el reparto) no aparece acreditado en el expediente y no se dio oportunidad al sujeto pasivo para hacer alegaciones contra aquello. El caso es que se admite por el organismo de cuenca que no existían datos exactos sobre ese caudal, apareciendo como toda justificación del caudal tomado para el cálculo de las tasas la incorporación de las fincas en una comunidad de regantes. Dice el TSJ que esa mera inclusión no justifica por sí sola la adjudicación de un concreto caudal, por cuanto su fijación en función de toda la comunidad y su reparto interno no aparece justificado ni constan los criterios para ello.

También es estimatorio el sentido de la **STSJ de Extremadura de 5 de mayo de 2008**, JUR 2008, 295403, debido al defecto probatorio del caudal considerado a los efectos de exigir la tasa, teniendo en cuenta que ninguna constancia queda del contador, ni tan siquiera de si el caudal se había extraído de éste.

La **STSJ de Extremadura de 7 de mayo de 2008**, JUR 2008, 295239, desestima un recurso que cuestiona la prueba sobre el caudal tomado en consideración para practicar la liquidación. Dice el TSJ que se constata que el caudalímetro fue instalado por la Junta de Extremadura, que ejecutó las instalaciones de toma de agua de la mancomunidad sujeto pasivo del canon. Añade que si no se han puesto reparos para la utilización de estas instalaciones, no puede objetarse la concreta instalación de la que se sirve.

En dos **SSTSJ de Extremadura de 14 de mayo de 2008**, JUR 2008, 294949 y 294926, se analiza también la impugnación del caudal que se toma para la liquidación, sobre la base de una declaración expedida por la concesionaria del servicio y aportada por la demandante. El TSJ desestima el recurso, señalando que la referida declaración no hace decaer la certificación emitida por el Servicio de Explotación, sobre la base del caudalímetro.

En el recurso que dará lugar a la **STSJ de Extremadura de 19 de mayo de 2008**, JUR 2008, 303299, se impugna el caudal fijado para la liquidación. Dice el TSJ, desestimándolo, que el tributo se calcula en función de una dotación de agua concreta, por lo que es indudable que no puede aducirse que se le ha ocasionado indefensión, por cuanto se le deja constancia de la imputación de caudal. Además, obra en el expediente informe referido a que la comunidad de regantes en la que se integra el recurrente había procedido al reparto del agua disponible en función de ese caudal.

En el recurso que da lugar a la **STSJ de Extremadura de 19 de mayo de 2008**, JUR 2008, 294726, vista más arriba, la Sala considera que no se ha podido acreditar por la parte actora que la cantidad que se ha imputado al regante no sea proporcional a los volúmenes totales ni que hayan concurrido circunstancias excepcionales en el regadío de referencia.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La STSJ de Extremadura de 19 de mayo de 2008, JUR 2008, 294729, desestima el recurso en el que se impugna el caudal base de la liquidación por regantes individuales integrados en comunidades de regantes, aduciéndose por éstos que no estaba probado. Dice el TSJ que el caudal aparece reflejado en la relación remitida por la comunidad de regantes, sin olvidar que es la propiedad la que ha solicitado el suministro y éste se ha realizado a través de dicha comunidad. En términos muy parecidos las SSTSJ de Extremadura de 20 de mayo de 2008, JUR 2008, 294696 y 21 de mayo de 2008, JUR 2008, 294624.

Cambiando hacia otros problemas, la STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2008, JUR 2008, 294624, desestima el recurso presentado en el que se reprocha no haber incluido el factor corrector previsto en el artículo 114.6 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, y que permite reducir o aumentar el monto del canon o la tarifa en función de criterios de ahorro. Dice el Tribunal que la aplicación de este precepto está condicionada, en primer lugar, a que el correspondiente Plan Hidrológico de cuenca fije unas cantidades en función de las dotaciones y el concreto consumo sea inferior –caso de reducción– al establecido en esas dotaciones. Si ello es así, ni consta que se haya establecido esa cantidad ni se ha acreditado que exista esa reducción en el consumo para hacerse merecedor de la reducción.

f) Aplicación y revisión

La STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2008, JUR 2008, 294624, admite que un canon de regulación pueda liquidarse dos años después de su aprobación, considerando que el precepto reglamentario que marca la liquidación en el ejercicio no entraña un plazo de carácter esencial.

En la STSJ de Extremadura de 12 de mayo de 2008, JUR 2008, 295036, se trata un asunto en el que, habiéndose anulado la liquidación por falta de motivación en vía de revisión, la ulterior liquidación girada por la Confederación era mayor que la recurrida, ya que se basaba no en el caudal concedido, sino en la superficie. El TSJ rechaza la liquidación aplicando la prohibición de la *reformatio in peius*. El recurrente pedía además, para el caso de que prosperase (como así fue) su pretensión, que se aplicase la doctrina jurisprudencial dictada en el entorno de las comprobaciones de valores propias de los tributos transmisorios, según la cual una vez anuladas dos liquidaciones por los tribunales, no puede dictarse una tercera. El TSJ no lo acepta y explica que la diferencia de criterio obedece a la clase de tributos en juego (impuestos frente a tasas recuperadoras de costes) y a los modos de gestión (autoliquidación o declaración frente a liquidación de oficio). Esto último se reproduce en otras SSTSJ de Extremadura de 19 de mayo de 2008, JUR 2008, 294733 o la de 28 de mayo de 2008, JUR 2008, 294458.

B) Puertos

En casi todos los comentarios de jurisprudencia hemos hecho referencia a la problemática de las prestaciones exigidas por las autoridades portuarias, desde el punto de vista del principio de reserva de ley. Continúan dictándose sentencias centradas en esta cuestión, como la STSJ de Cantabria de 5 de febrero de 2008, JT 471.

Aparte de ello, vienen dictándose sentencias que se ocupan de otras cuestiones, como también hemos puesto de manifiesto en comentarios anteriores, abundando en la jurisdic-

ción del TSJ de Cantabria. Sentencias como las SSTSJ de Cantabria de 23 de enero de 2008, JT 458, o 18 de febrero de 2008, JT 485, siguen en esta línea, rechazando el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad contra la Ley 48/2003, de 26 de noviembre.

C) Dominio público local: tasas por ocupación

a) Hecho imponible

Comenzamos esta parte del comentario con la STS de 19 de diciembre de 2007, RJ 1734. Se trata de un recurso planteado contra la ordenación de una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de la superficie del dominio público necesaria para la prestación de actividades deportivas en las instalaciones de esquí. Recurría la empresa explotadora de la estación contra el Ayuntamiento titular de los montes en los que se desarrollaba la actividad. El TSJ de Aragón había desestimado el recurso, por Sentencia de 27 de noviembre de 2002, que ahora será casada. La estimación, de todas formas, será parcial y referida a un asunto menor. En lo principal, el Alto Tribunal entiende que, en efecto, se da el hecho imponible y que el sujeto pasivo es la empresa explotadora, y no los esquiadores individualmente considerados. Se da la circunstancia de que la empresa, además de esta tasa, abona un canon concesional, habiendo impugnado la empresa semejante doble imposición. Pues bien, el Tribunal Supremo fundamentará la compatibilidad en que se está utilizando una superficie de dominio público (900 has) mucho mayor que la que figura en la concesión (14 has). Define el Alto Tribunal la ocupación demanial por la que se exige la tasa como un “uso aéreo del dominio público”. Dice textualmente que “mientras en la concesión el presupuesto del pago es la ocupación de los terrenos, en la tasa, es la actividad económica desarrollada”.

Un apartado muy relevante de la sentencia es el relativo a la cuantificación. Por parte del Tribunal Supremo se estudia con todo detalle el estudio económico-financiero, con rechazo de las objeciones planteadas a él. En el estudio económico se tenía en cuenta el valor de la utilidad derivada del aprovechamiento; los ingresos de la empresa; el número de esquiadores, y otros elementos adicionales, todo lo cual es respaldado por el Tribunal como sostén de la cuantificación de la tasa.

¿Qué anula pues el Tribunal Supremo? Sólo la Disposición Transitoria de la Ordenanza, según la cual “Con efectos exclusivos para el período impositivo de 1999, el devengo de esta tasa y el período impositivo no coincidirán con el de 1 de enero, ni con el año natural, respectivamente, por lo cual la cuantía señalada como cuota tributaria en la presente Ordenanza Fiscal se prorrateará en función del número de días en que haya estado en vigor la misma”. A su juicio, falta cobertura legal, ya que esta suerte de prorrateos son posibles en general para casos de inicio o cese en la actividad; y con carácter excepcional, cara al ejercicio 1999 se daba cobertura a un régimen transitorio por la legislación que daba curso a la reforma en la regulación de las tasas de 1998 (Ley 25/1998 y Ley 40/1998), pero que tampoco podía aplicarse a esta Ordenanza, debido a que su publicación se produce después del 1 de abril de 1999.

Varias sentencias que se comentan tienen que ver con la tributación en los casos de cajeros automáticos instalados en la fachada de un establecimiento bancario. La STSJ de Madrid de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

26 de junio de 2007, JT 2008, 310, certifica que hay aprovechamiento especial. Desestima la apelación de acuerdo con su tesis tradicional: primero, que el manejo de la máquina y el accionamiento se realiza desde la vía pública, así como la recogida del dinero; segundo, que se utiliza el dominio público para algo bien distinto del uso general colectivo de la vía pública o del mero deambular, y, tercero, que es la entidad financiera la que se sirve del dominio público.

Sobre el mismo tema, y también con sentido desestimatorio, citaremos la **SJCA núm. 1 de Ciudad Real de 27 de marzo de 2007**, JT 2008, 307. El magistrado-juez centra su argumentación en que estos mecanismos permiten el desplazamiento de la actividad a la vía pública en cualquier momento del día, lo que determina la obtención de beneficios económicos por parte de la entidad financiera. Esto viene a ser determinante para calificar el aprovechamiento del espacio público como especial y no como uso común. Y es que se produce una mayor intensidad de uso, por la ocupación continuada a todas las horas del día y en todos los días del año, no tanto por la puntual aglomeración de personas que puede acontecer en determinados comercios y espectáculos también. Y, en definitiva, por el provecho que redundaba en la entidad.

b) Cuantificación

La **STSJ del País Vasco de 11 de febrero de 2008**, JT 478, anula una tasa por utilización del dominio público en mercadillo semanal. Considera que la aplicación de una serie de coeficientes multiplicadores sobre el valor básico fundamentados en que la afluencia es varias veces superior a la normal sólo se sostiene en una estimación vaga y abstracta de la rentabilidad derivada del aprovechamiento.

Una sentencia muy interesante es la **STSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2007**, JT 2008, 441. El TSJ anula la tasa por entrada a fincas (badenes) aprobada por el Ayuntamiento de Madrid, cuya cuota tributaria arranca de una tarifa básica, que se multiplicará por la superficie del aprovechamiento, por un índice en función de la categoría de la calle y, finalmente, por otro en función de la clase de aprovechamiento. En primer lugar, se efectúan una serie de consideraciones sobre la tramitación previa a la aprobación de la Ordenanza. Reconoce que en el expediente se omite la introducción y la metodología, pero que eso no es invalidante, ya que lo exigido es el propio informe y no otros documentos. En suma, que lo que se debe estudiar es si el referido informe contiene los datos de hecho y las justificaciones razonadas de la tasa establecida. Tampoco da relevancia a la falta de firma del autor del informe, ya que lo determinante —dice— es que ese informe, al haberse incorporado al expediente de aprobación de la tasa, ha sido asumido por la Administración demandada, por lo que la solvencia del informe depende de su contenido, de sus argumentos y razones y no de la del funcionario o experto que lo haya redactado. Sin embargo sí da relevancia al hecho de que no conste en el expediente un informe de la Gerencia Territorial de Madrid-Capital que el Ayuntamiento dice justificaría la conversión entre los valores catastrales y los de mercado.

Enlazando con los déficits documentales, el TSJ no termina de encontrar fundamentación al cálculo de la tarifa básica, primer elemento del polinomio que permite calcular la cuota, desmontando las explicaciones del Ayuntamiento. Y lo mismo sucede con los otros factores (anchura del aprovechamiento o factor corrector).

D) Fiscalidad por la titularidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles

La SJCA núm. 2 de Santander de 14 de febrero de 2007, JT 2008, 305, trata de la tributación en el IBI de los bienes de otras corporaciones locales distintas de las del municipio de la imposición. En el caso concreto, resultaba aplicable la exención, pero la contenida en el artículo 62.1.b) de la normativa de hacienda local. Es la exención prevista para los bienes comunales y los montes vecinales en mano común, que hay que aplicarla a bienes de la titularidad de otro ente local distinto del acreedor, ya que no se establece esa identidad como en otros casos [como, por ejemplo, lo previsto en el artículo 61.5.b), referido a “Los siguientes bienes inmuebles propiedad de los municipios en que estén enclavados: Los de dominio público afectos a uso público; Los de dominio público afectos a un servicio público gestionado directamente por el ayuntamiento, excepto cuando se trate de inmuebles cedidos a terceros mediante contraprestación; Los bienes patrimoniales, exceptuados igualmente los cedidos a terceros mediante contraprestación”].

Y la SJCA núm. 1 de Segovia de 4 de septiembre de 2007, JT 2008, 314, estima el recurso presentado por la Universidad de Valladolid en cuanto al impuesto para 2006. Dice el magistrado-juez que combinando el artículo 15 de la Ley 49/2002 con la Ley Orgánica de Universidades, la exención para los bienes de las entidades sin fines lucrativos debe extenderse a las Universidades Públicas.

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRD

JOSE MONTOYA HIDALGO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

- 1. Jurisprudencia Comunitaria.** A) Evaluación de las repercusiones de proyectos sobre el medioambiente. Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE. El caso de la M-30 de Madrid. Obras de reforma y mejora de vías urbanas, sometimiento al procedimiento de evaluación de impacto ambiental por sus propias características. No pueden fraccionarse los proyectos para evitar el sometimiento al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. B) Evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente (Directiva 96/62/CE). Fijación de valores límite. Derecho de un tercero que haya visto perjudicada su salud a que se establezca un plan de acción. Contenido de dicho plan. C) Incineración de residuos. Directiva 2000/76/CE. Conceptos de incineración y de coincineración aplicados a una central termoeléctrica. El “objetivo esencial” de la instalación como criterio determinante.
- 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** A) **Derecho al respeto de los bienes.** Inclusión de la protección del medioambiente dentro del interés general que justifica la privación del derecho de propiedad. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización como elemento de ruptura del justo equilibrio de intereses, salvo en situaciones excepcionales debidamente justificadas.
- 3. Actividades clasificadas.** Autorización ambiental para la instalación de la actividad de lavado, peinaje y cardado de lana, concedida al amparo de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental en Cataluña y condicionada, entre otros, a un control inicial de carácter medioambiental en la puesta en marcha de la actividad y a controles posteriores periódicos cada dos años.
- 4. Estudio de impacto ambiental.** Interés legítimo de una asociación ecologista para recurrir el incumplimiento de la declaración de impacto ambiental del Aeropuerto de Castellón actuando en defensa de unos intereses colectivos que quedan afectados por el carácter positivo o negativo de la decisión administrativa que se impugna.
- 5. Conservación de las aves. Zonas de especial protección.** A) Los Estados miembros de la Unión Europea tienen la obligación de clasificar como Zonas de Protección Especial de

las Aves todos los parajes que, según criterios ornitológicos, sean los más adecuados para la conservación de las especies de que se trate. B) Anulación del Decreto del Gobierno de Aragón por el que se aprueban el régimen de protección para la conservación del cernícalo primilla y el Plan de Conservación de su Hábitat, por ausencia del Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón y la deficiente memoria económica.

6. Aguas continentales. A) Diferenciación de actos administrativos de autorización para la actividad industrial de lavado, peinaje y cardado de lana: necesaria autorización para la ocupación de zona de policía. B) Autorización de vertido de aguas residuales urbanas: caducidad del procedimiento ante el transcurso del plazo por falta de contestación.

7. Aguas marítimas. A) Corresponde a la Administración estatal informar sobre los efectos ambientales de la extracción de áridos. B) La exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración por erosión del litoral requiere previo deslinde.

8. Fiscalidad medioambiental. A) Tributos estatales en materia de aguas. a) Canon de control de vertidos. B) Tributos autonómicos en materia de aguas. a) Cánones de saneamiento y figuras asimilables. C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto sobre Ventas Minoristas de Hidrocarburos. E) Residuos radiactivos y actividad radiactiva en general. a) Impuesto sobre depósito de residuos radiactivos de Andalucía.

1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Evaluación de las repercusiones de proyectos sobre el medioambiente. Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE. El caso de la M-30 de Madrid. Obras de reforma y mejora de vías urbanas, sometimiento al procedimiento de evaluación de impacto ambiental por sus propias características. No pueden fraccionarse los proyectos para evitar el sometimiento al procedimiento de evaluación de impacto ambiental

La STJCE (Sala Tercera) de 25 de julio de 2008, As. C-142/07, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid, mediante Auto de 23 de enero de 2007 y su objeto principal es la cuestión del sometimiento, o no, a evaluación de impacto ambiental de las obras de reforma y mejora de la M-30 de Madrid.

El litigio suscitado ante el Juzgado núm. 22 se origina con un recurso (primero de reposición y luego contencioso-administrativo) de la Asociación Ecologistas en Acción, disconforme con la actuación del Ayuntamiento de Madrid que aprueba diversos proyectos (quince, que no superan los 5 km de longitud, distancia a partir de la cual la normativa autonómica obliga

XIII. Medio Ambiente

a la realización del trámite de evaluación de impacto ambiental)) de reforma y mejora de la autovía urbana de circunvalación de Madrid, identificada con el número M-30. Proyectos que no han sido precedidos de la evaluación de impacto ambiental.

De información contenida en la sentencia a partir de distinta documentación se desprende que la obra que se pretende realizar (se ha realizado ya) va a incrementar el tráfico en un 25%.

En esas circunstancias, el Juez plantea diversas preguntas al Tribunal de Justicia basadas todas ellas en la aplicabilidad de las Directivas mencionadas en la rúbrica de este apartado.

Una de las cuestiones debatidas es la de la calificación jurídica de la infraestructura. Para el Ayuntamiento de Madrid es una “vía urbana” y ellas no se encuentran entre las actuaciones expresamente sometidas a evaluación de impacto en la normativa comunitaria mencionada. Para el Tribunal de Justicia eso resulta inadmisibile y sería contrario al derecho comunitario que una actuación quedara sin procedimiento de evaluación de impacto ambiental por el mero hecho de que no fuera expresamente mencionada en la normativa aplicable.

A esos efectos el Tribunal recuerda (punto 29 de la Sentencia) que en las Directivas se usan los conceptos de “autopistas” o “vías rápidas” así como de “nuevas carreteras” con una determinada definición para estas últimas. Y en relación a todo ello se indica expresamente que “se debe precisar, por una parte, que, como sostiene fundadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, los conceptos enunciados en los anexos citados son conceptos de Derecho comunitario, a los que ha de darse una interpretación autónoma y, por otra parte, que no cabe excluir que las clases de vías que se mencionan en dichos anexos se localicen tanto en aglomeración urbana como fuera de ella” (punto 29 de la Sentencia).

Para la definición de “vía rápida” la Directiva 85/337/CE se remite al Acuerdo europeo de 15 de noviembre de 1975, sobre las principales vías de tráfico internacional y de ello se deduce que se trata de “una vía reservada a la circulación automovilística, accesible sólo desde accesos o cruces reglamentados y en la que está especialmente prohibido detenerse o estacionar en la calzada”. Indica además el Tribunal que de esa definición –que incluiría a la M-30– no se deduce una exclusión de las vías situadas en las áreas urbanas.

Igualmente para el concepto de autopista habría que partir de lo indicado en el Acuerdo. Concluye entonces el Tribunal, en la sujeción de la M-30 al procedimiento de evaluación ambiental para lo que también se indica que la palabra “construcción” del ordenamiento aplicable, incluiría las obras de reforma y mejora. E, incluso, si pudiera decirse que no estaban incluidas en dichos conceptos las obras de la M-30, no por eso debería excluirse la aplicación de las Directivas comunitarias, pues entonces debería juzgarse si se trataba de actuaciones (artículo 4.2 de la Directiva 85/337/CE modificada) sometidas a evaluación por ser proyectos que puedan tener efectos significativos en el medioambiente en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización (punto 38).

Igualmente se rechaza el hecho de que el fraccionamiento de un proyecto (recordemos que se han hecho quince proyectos sobre una misma actuación) pueda llevar como consecuencia la exención de la evaluación del procedimiento pues siempre hay que considerar el efecto acumulativo de los distintos proyectos sobre el medioambiente (punto 44).

Con fundamento en esta Sentencia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 que planteó la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, ha dictado la Sentencia de 16 de octubre de 2008 en la que se anula la Resolución dictada por la Concejal del área de gobierno de urbanismo, vivienda e infraestructuras del Ayuntamiento de Madrid de fecha 23 de mayo de 2005, por la que se acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto contra resolución del mismo órgano de 17 de enero de 2005 por la que se resuelve aprobar (sin evaluación de impacto ambiental) una serie de proyectos relativos a las obras en la carretera M-30. Esta Sentencia es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en ella, como la propia Sentencia del Juzgado reconoce, deberá decidirse si se aplica lo que el Tribunal Superior de Justicia ya ha decidido en otros pleitos, sobre la base de la previa decisión del Ayuntamiento de Madrid, en el sentido de que sería aceptable un procedimiento sustitutivo de realizar con urgencia un estudio de impacto ambiental para los tramos ya ejecutados o en curso de ejecución, y una evaluación de impacto ambiental para aquellos que todavía no ha sido comenzada su ejecución. El Juzgado “desde el máximo respeto y acatamiento del, sin duda, superior criterio del órgano al que está jerárquicamente subordinado”, decide que ello es improcedente en relación al caso y mantiene su criterio de anulación.

B) Evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente (Directiva 96/62/CE). Fijación de valores límite. Derecho de un tercero que haya visto perjudicada su salud a que se establezca un plan de acción. Contenido de dicho plan

La STJCE (Sala Segunda) de 25 de julio de 2008, As. C-237/07, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el *Bundesverwaltungsgericht* (Alemania, Tribunal Administrativo Federal) en un procedimiento que opone a un ciudadano (Dieter Janacek) contra el Estado libre de Baviera (*Freistaat Bayern*). El ciudadano citado pretende que Baviera establezca un plan de acción para la calidad del aire en la zona en donde él vive de Munich. Ese plan debería incluir las medidas que habrían de adoptarse a corto plazo a fin de garantizar el respeto del límite autorizado por la legislación comunitaria por lo que respecta a las emisiones de partículas finas en el aire ambiente. El precepto clave a considerar es el artículo 7.3 de la Directiva 96/62/CE según el cual: “Los Estados miembros elaborarán planes de acción que indiquen las medidas que deban adoptarse a corto plazo en caso de riesgo de rebasamiento de los valores límite o de los umbrales de alerta, a fin de reducir el riesgo de rebasamiento y limitar su duración”.

De la información proporcionada por la Sentencia se deduce que las mediciones de partículas finas realizadas en los años 2005 y 2006 en la zona en la que vivía el sr. Janacek superaron en más de 35 ocasiones el valor límite determinado y el sr. Janacek solicitó, entonces, la aprobación de un plan de acción en el sentido indicado por la Directiva 96/62. Tras algunos trámites previos, el tribunal competente reconoció el derecho de los vecinos afectados para exigir que las autoridades competentes elaboren el plan de acción indicado pero no que dicho plan incluya las medidas oportunas para que se garantice el respeto a corto plazo de los valores límite de emisión de partículas finas. Las partes interpusieron recurso de casación ante el *Bundesverwaltungsgericht* y éste planteó al Tribunal de Justicia algunas preguntas cuyas respuestas constituyen el núcleo de este comentario.

XIII. Medio Ambiente

La primera cuestión debatida es la del derecho de los ciudadanos europeos a solicitar la elaboración de los planes de acción a que se refiere la Directiva 96/62/CE. La pregunta va a ser respondida positivamente por el Tribunal de Justicia tanto basándose en su doctrina generalizada sobre el efecto de las Directivas (“los particulares pueden invocar frente a las autoridades públicas disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva (...) corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes interpretar, en la mayor medida posible, las disposiciones del derecho nacional en un sentido compatible con los objetivos de dicha directiva (...) en el caso de que no se pueda dar tal interpretación, deben rechazar la aplicación de las normas de derecho nacional incompatibles con la referida directiva”, punto 36 de la Sentencia) como en doctrina específica relativa a directivas relacionadas con la calidad del aire y del agua potable (“el Tribunal de Justicia ha declarado que, en todos aquellos casos en que la inobservancia de las medidas exigidas por las Directivas relativas a la calidad del aire y a la del agua potable, y que tienen por objeto proteger la salud pública, pueda poner en peligro la salud de las personas, éstas deben poder invocar las normativas imperativas que aquéllas contengan”, punto 38 de la Sentencia).

Las palabras textuales utilizadas por el Tribunal son las siguientes:

“De lo anterior se desprende que las personas físicas o jurídicas directamente afectadas por un riesgo de que se sobrepasen los valores límite o los umbrales de alerta deben poder obtener de las autoridades competentes, en su caso acudiendo a los órganos jurisdiccionales competentes, que se elabore un plan de acción desde el momento en que exista tal riesgo” (punto 39 de la Sentencia).

La siguiente cuestión sobre el contenido del Plan de acción es respondida por el Tribunal de una forma matizada: el contenido no debe ser tal que impida a corto plazo y en cualquier momento un exceso. El Tribunal concreta así su respuesta:

“(...) los Estados miembros están únicamente obligados, bajo el control del órgano jurisdiccional nacional, a tomar, en el marco de un plan de acción y a corto plazo, las medidas aptas para reducir al mínimo el riesgo de que se rebasen los valores límite o los umbrales de alerta y para volver progresivamente a un nivel inferior a dichos valores o a dichos umbrales de alerta, habida cuenta de las circunstancias de hecho y de todos los intereses en juego” (punto 47 de la Sentencia).

C) Incineración de residuos. Directiva 2000/76/CE. Conceptos de incineración y de coincineración aplicados a una central termoeléctrica. El “objetivo esencial” de la instalación como criterio determinante

La STJCE (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2008, As. C-251/07, trata de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el Tribunal Supremo de Suecia en un litigio entre una sociedad anónima –propiedad de un Municipio– dedicada a la explotación de una central termoeléctrica y la Administración provincial del lugar donde está ese Municipio.

La cuestión fundamental es la de si unas calderas dedicadas a la producción de energía eléctrica a partir de la combustión de residuos deben calificarse como instalaciones de incineración o de coincineración. El aspecto práctico de las preguntas reside en los requisitos ambientales

más rigurosos para las instalaciones de incineración que los que están establecidos para las instalaciones de coincineración.

Una cuestión previa es la de la posibilidad de fraccionar las respuestas en función de que una instalación de coincineración esté compuesta de distintas calderas con distintas funcionalidades también cada una de ellas. El Tribunal indica que en función del artículo 3, puntos 4 y 5, de la Directiva 2000/76, cada caldera individual constituye una instalación distinta a los efectos de dicha Directiva.

Y en relación a si se trata de instalaciones de incineración o de coincineración, el Tribunal indica que hay que atender al “objetivo esencial” de la instalación y que eso se debe deducir de “los elementos fácticos que existan en el momento de llevar a cabo tal apreciación, a saber, la capacidad y el funcionamiento de dicha instalación o, si la instalación aún no se ha construido, ha de tenerse en cuenta el proyecto para el que se haya solicitado una autorización de explotación” (puntos 37 y 38 de la Sentencia). En particular, debe tenerse en cuenta también el volumen de energía o de productos materiales generados por la instalación en cuestión en relación con la cantidad de residuos incinerados en dicha instalación, así como el carácter estable o continuo de la citada producción” (punto 46 de la Sentencia). Son los órganos nacionales los que en función de estas circunstancias deben decidir teniendo en cuenta, igualmente, cómo la normativa comunitaria de residuos (Directivas 75/442 y 2006/12) trata de favorecer, en la medida de lo posible, la valorización de los residuos y, en particular, la utilización de éstos como fuente de energía. Ello quiere decir que “una interpretación demasiado restrictiva del concepto de “instalación de coincineración” puede comprometer la consecución del citado objetivo. En efecto, la aplicación de las normas más rigurosas a las instalaciones cuya finalidad esencial sea la generación de energía o la producción de productos materiales puede disuadir a los operadores de tales instalaciones de iniciar o de proseguir una actividad de esta índole” (punto 41 de la Sentencia).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho al respeto de los bienes. Inclusión de la protección del medioambiente dentro del interés general que justifica la privación del derecho de propiedad. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización como elemento de ruptura del justo equilibrio de intereses, salvo en situaciones excepcionales debidamente justificadas

Dos Sentencias se han dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito señalado en la rúbrica de esta división del comentario jurisprudencial.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su **STEDH de 8 de julio de 2008, As. Turgut y otros contra Turquía**, en relación con una demanda planteada por siete ciudadanos turcos que se ven privados de su derecho de propiedad de un terreno como consecuencia de la calificación de éste como dominio público por los tribunales. Los demandantes afirman que la anulación de sus títulos de propiedad y la reinscripción

XIII. Medio Ambiente

del terreno en nombre del Tesoro Público sin el pago de ninguna indemnización a su favor constituyen un daño desproporcionado a su derecho al respeto de sus bienes, tal como se recoge en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio europeo.

El Tribunal señala al respecto que el citado artículo contiene tres normas distintas: una primera que enuncia el derecho de propiedad, una segunda que establece la posibilidad de privación de ésta pero sometida a ciertas condiciones y una tercera que reconoce el poder de los Estados contratantes para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general. Sobre esa base afirma que para determinar si existe violación del derecho de propiedad debe comprobarse no sólo si ha existido desposesión o expropiación sino además observar las circunstancias del caso. Es decir que, teniendo en cuenta que el Convenio se dirige a proteger derechos concretos y efectivos, debe averiguarse si la situación equivale a una expropiación de hecho.

En este caso se constata tanto la privación del derecho de propiedad de los demandantes respecto de su bien como la buena fe de éstos en cuanto a la posesión de éste, de forma que hasta el momento de la anulación de su título de propiedad disfrutaban de la seguridad jurídica en cuanto a su validez, que se encontraba inscrito en el Registro de bienes raíces. Respecto a la decisión judicial por la que se producía la privación del título de propiedad de los demandantes el Tribunal de Estrasburgo apunta que el motivo en el que aquélla se fundamenta, la protección de la naturaleza y de los bosques, entra dentro del marco del interés general en el sentido con el que el mismo se apunta en el artículo 1 del Protocolo núm. 1. A este respecto señala que si bien es cierto que no existe ninguna mención del Convenio destinada especialmente a asegurar una protección general del medioambiente, su preservación constituye una preocupación creciente en la sociedad actual. Además recuerda que en muchas ocasiones ha tratado cuestiones relativas a la protección del medioambiente y ha subrayado su importancia. A todo ello añade que la protección de la naturaleza y de los bosques y de manera más general del medioambiente constituyen un valor cuya defensa suscita un interés constante en la opinión pública y en consecuencia en los poderes públicos. Por todo ello afirma que los imperativos económicos e incluso ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, no deben recibir ninguna primacía frente a las consideraciones relativas a la protección del medioambiente, en particular cuando el Estado ha legislado en la materia.

Dicho esto el Tribunal de Estrasburgo añade que, no obstante, en caso de privación de la propiedad debe determinarse si la medida litigiosa respeta el justo equilibrio y si no hace recaer sobre los demandantes una carga desproporcionada. En ese sentido el Tribunal recuerda que, como él mismo ha señalado en otras ocasiones, sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, una privación de la propiedad constituye normalmente un daño excesivo, y que la ausencia total de indemnización no podría justificarse en el ámbito del artículo 1 del Protocolo núm. 1 más que en circunstancias excepcionales. Y a este respecto apunta que el Gobierno demandado no ha invocado ninguna circunstancia excepcional para justificar la ausencia total de indemnización en el caso, por lo que se rompe, en perjuicio de los demandantes, el justo equilibrio que debe observarse entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguardia de los derechos individuales. Por todo ello concluye que existe violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Por otra parte, el mismo Tribunal se pronuncia en su **STEDH de 22 de julio de 2008, As. Köktepe contra Turquía**, en relación con una demanda planteada por un ciudadano turco

como consecuencia de la calificación de dominio público forestal dada por la comisión catastral al terreno vendido a otro particular por el Tesoro Público treinta y siete años antes. El Tribunal sigue el mismo razonamiento señalado en la sentencia Turgut y otros contra Turquía, antes citada, pero añade la respuesta a las consideraciones presentadas por el Gobierno en el sentido de que el demandante carecía de un “bien actual” en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 puesto que cuando compró el terreno al propietario anterior ya sabía o hubiera debido saber que éste había sido calificado como dominio público forestal. El Tribunal de Estrasburgo afirma al respecto que el Gobierno no había aportado ningún elemento objetivo que demostrase que el demandante hubiera tenido conocimiento de la delimitación del terreno en el momento de la compra, puesto que el Registro de bienes raíces no tenía ninguna anotación. A eso añade que, conforme al derecho y a la práctica internas del Estado demandado, el derecho del detentador de un derecho de propiedad a protestar contra las restricciones aportadas como consecuencia de los trabajos de las comisiones catastrales no admite contestación, prolongándose durante un plazo de diez años a contar desde su notificación. Por todo ello el Tribunal afirma que el detentador de un título de propiedad puede esperar tener un bien sin restricción hasta el momento en que la delimitación deviene definitiva, por lo que el demandante tenía un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

A continuación el Tribunal de Estrasburgo desarrolla los mismos razonamientos apuntados en el asunto Turgut y otros contra Turquía respecto de la justificación dada por las autoridades turcas para llevar a cabo la restricción del título de propiedad del demandante. Y sobre la necesidad de respetar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la salvaguarda de los derechos individuales. Así viene a señalar que la calificación del terreno del demandante como dominio público forestal equivale a vaciar de todo contenido el derecho de propiedad válidamente adquirido por el demandante y que las circunstancias del caso, especialmente el carácter definitivo de la delimitación, la ausencia de cualquier tipo de recurso interno eficaz para remediar esa situación, las trabas al pleno disfrute del derecho de propiedad y la ausencia de indemnización, conducen a considerar que el demandante ha debido soportar una carga especial y exorbitante que rompe el justo equilibrio que debe observarse entre las exigencias del interés general y la salvaguarda del respeto de sus bienes, sin que el Gobierno haya invocado ninguna circunstancia excepcional para justificar la ausencia total de indemnización. Por todo ello concluye que existe violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS. AUTORIZACIÓN AMBIENTAL PARA LA INSTALACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LAVADO, PEINAJE Y CARDADO DE LANA, CONCEDIDA AL AMPARO DE LA LEY 3/1998, DE 27 DE FEBRERO, DE INTERVENCIÓN INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN AMBIENTAL EN CATALUÑA Y CONDICIONADA, ENTRE OTROS, A UN CONTROL INICIAL DE CARÁCTER MEDIOAMBIENTAL EN LA PUESTA EN MARCHA DE LA ACTIVIDAD Y A CONTROLES POSTERIORES PERIÓDICOS CADA DOS AÑOS

Se desestima por la STS de 2 de julio de 2008, RJ/2008/3409, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia desestimatoria a su vez del recurso contencioso-administrati-

XIII. Medio Ambiente

vo interpuesto por la empresa solicitante ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña contra la resolución administrativa de la Consejería de Medio Ambiente de la Generalitat catalana, mediante la que se otorgó una autorización ambiental para la instalación de una actividad de lavado, peinaje y cardado de lana condicionada, entre otras, a un control inicial de carácter medioambiental en la puesta en marcha de la actividad y a controles posteriores periódicos cada dos años. El motivo en que se sustenta el recurso de casación se funda en la vulneración por la Sentencia del TSJ de Cataluña del Reglamento Europeo 1836/1993 del sistema de gestión y ecoauditoría ambiental, al cuestionar la recurrente, en lo que aquí nos interesa, la necesidad de controles periódicos establecidos en la resolución administrativa impugnada en la instancia por entender que debía haber sido considerada como plenamente acogida al sistema de ecogestión y auditoría de la Unión Europea.

La Sala, después de dejar constancia de la anomalía que supone la cita indiscriminada de preceptos, incluso de leyes completas, como fundamento de un recurso extraordinario de casación, pone de relieve cómo éste no puede fundarse en la infracción de normas de derecho propio de las Comunidades Autónomas, sino únicamente en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo ex artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional.

4. ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL. INTERÉS LEGÍTIMO DE UNA ASOCIACIÓN ECOLOGISTA PARA RECURRIR EL INCUMPLIMIENTO DE LA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DEL AEROPUERTO DE CASTELLÓN, AL ACTUAR EN DEFENSA DE UNOS INTERESES COLECTIVOS QUE QUEDAN AFECTADOS POR EL CARÁCTER POSITIVO O NEGATIVO DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE IMPUGNA

La STS de 25 de junio de 2008, RJ/2008/4300, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Asociación Gecen (Grupo para el estudio y conservación de los espacios naturales) contra los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por los que se declaró la inadmisibilidad, por falta de legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra la resolución del Secretario General del Transporte del Ministerio de Fomento, resolución mediante la que fueron inadmitidos sendos recursos de alzada deducidos contra resoluciones de la Dirección General de Aviación Civil y del Director General de Calidad y Evaluación Ambiental sobre incumplimiento del condicionado ambiental de la declaración de impacto ambiental del Aeropuerto de Castellón y la apertura de procedimiento sancionador.

Se funda la inadmisión del recurso por la sentencia recurrida del TSJ de Madrid en que “resulta notorio que la parte actora carece de interés directo para la impugnación de lo resuelto sobre incumplimiento de condicionado ambiental y sobre declaración de impacto ambiental” por cuanto “no existe ‘acción pública’ en el ámbito ecológico, salvo en los aspectos relativos al urbanismo y para las cuestiones atmosféricas donde lo más que permite es el derecho de denuncia previsto en el artículo 16 del Decreto 833/1975, de 9 de junio”, añadiendo que “la recurrente tampoco está legalmente habilitada para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos”. Argumentos que refrenda con la cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal encuentra base suficiente para la legitimación de la actora en el artículo 45 de la Constitución Española por cuanto “la especial significación constitucional del medio-

ambiente amplía el marco de legitimación de las asociaciones como la recurrente, las cuales no actúan movidas exclusivamente por la defensa de la legalidad sino por la defensa de unos cualificados o específicos intereses que repercuten en la misma, y, con ella, en toda la sociedad a quien también el precepto constitucional le impone la obligación de conservación de los mismos”. Se sustenta el fundamento también en el artículo II-97 del Tratado por el que se establece la Constitución Europea y en el denominado Convenio de Aarhus “sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medioambiente”, Convenio ratificado por España y que se asienta sobre estos tres pilares, fortaleciendo con el de acceso a la justicia el principio de tutela judicial efectiva que abre la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial y el acceso a un procedimiento rápido establecido en la Ley que sea gratuito o poco oneroso. Convenio transpuesto al derecho interno a través de la Ley 27/2006, de 18 de julio, y en lo que aquí afecta más en concreto su artículo 23. Manifestando además que la experiencia práctica adquirida en el reconocimiento de la capacidad procesal de las organizaciones no gubernamentales de medio ambiente demuestra que ha servido para reforzar la aplicación del derecho medioambiental. La sentencia, en consecuencia, ordena la continuación del recurso contencioso-administrativo en la Sala de instancia.

5. CONSERVACIÓN DE LAS AVES. ZONAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

A) Los Estados miembros de la Unión Europea tienen la obligación de clasificar como Zonas de Protección Especial de las Aves todos los parajes que, según criterios ornitológicos, sean los más adecuados para la conservación de las especies de que se trate

El STS de 20 de mayo de 2008, RJ/2008/2768, desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 23 de octubre de 2003 del TSJ de Murcia, desestimatoria a su vez del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al Acuerdo de 30 de marzo de 2001 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia, por el que se designan varias zonas de protección para las aves en cumplimiento de la Directiva 1979/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de los hábitats naturales de la fauna y flora silvestres. Ahora bien, como se recoge en la sentencia, la única razón de lo que se discute no es otra que la exigencia –no cumplida– de la necesidad o no de dar audiencia previa a los recurrentes antes de adoptar el Gobierno de Murcia el Acuerdo impugnado en la instancia. Exigencia esta que dependerá de la propia naturaleza del mencionado acuerdo que a su vez viene determinado o condicionado por la normativa –comunitaria y murciana– de la que trae causa.

Pues bien, el Acuerdo resuelve designar para su clasificación como Zona de Especial Protección para las Aves las áreas que se describen en éste, acuerdo que fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma. Por tanto, a decir de la Sala, se trata de un acto de aplicación de la normativa comunitaria que no innova el ordenamiento jurídico y que no otorga derechos ni establece limitaciones para los recurrentes y que ha venido a cumplir, aunque tardíamente, la obligación contenida en la norma comunitaria, careciendo de rango reglamentario ya que lo que realiza es una mera delimitación de una ZEPA, sin que por otra parte el requisito de previa audiencia venga impuesto por la normas comunitarias. Este requisito resulta más bien de la aplicación de unos determinados criterios objetivos de carácter científico establecidos

XIII. Medio Ambiente

en la Directiva citada, y que no pueden ser alterados como consecuencia de terminadas alegaciones de los interesados, careciendo de autonomía el Gobierno autonómico para la aplicación de la expresada Directiva, ya que los Estados miembros tienen la obligación de clasificar como Zonas de Protección Especial de las Aves (ZEPA) todos los parajes que, según criterios ornitológicos, sean los más adecuados para la conservación de las especies de que se trate. En consecuencia, cuando un Estado miembro ha clasificado como ZEPA parajes cuyo número y superficie total sean manifiestamente inferiores al número y superficie total de los parajes que se consideran los más adecuados para la conservación de las especies de que se trate, podrá declararse que ese Estado miembro ha incumplido la obligación que le incumbe en virtud del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva conforme a la doctrina sentada por la diversa jurisprudencia del TJCE que se cita.

B) Anulación del Decreto del Gobierno de Aragón por el que se aprueban el régimen de protección para la conservación del cernícalo primilla y el Plan de Conservación de su Hábitat, por ausencia del Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón y la deficiente memoria económica aportada tardíamente

El STS de 26 de mayo de 2008, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Aragón contra la Sentencia del TSJ de Aragón de 5 de enero de 2004, estimatoria a su vez del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Sástago, al declarar la nulidad del Decreto 109/2000, de 29 de mayo, por el que se establece un régimen de protección para la conservación del cernícalo primilla y se aprueba el Plan de Conservación de su Hábitat.

Dos son los argumentos que desarrolla la sentencia del TS para justificar su fallo y rechazar los motivos de casación. El primero, al considerar que el Decreto autonómico impugnado tiene naturaleza normativa al desarrollar la básica Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres –hoy derogada por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad–, como se deduce tanto del propio preámbulo del Decreto como al fijar su objeto recogido en su artículo 1 y del que se señalan dos aspectos: el régimen de protección para el cernícalo primilla en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón y la aprobación del Plan de Conservación de su Hábitat que figura como Anexo I del Decreto, y de cuyos cinco artículos se deduce la naturaleza normativa, el carácter ejecutivo e innovador del ordenamiento jurídico y vinculante para las Administraciones y los particulares. Carácter reglamentario que exige la solicitud y emisión del correspondiente dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón antes de la aprobación del Decreto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

El segundo de los fundamentos de la sentencia de casación viene a dar la razón también a la sentencia de instancia al considerar además que el Decreto fue aprobado sin las previas Memorias Económica y Justificativa previstas en el artículo 32.2 de la Ley 1/1995, de 16 de febrero, del Presidente y el Gobierno de Aragón (vigente en el momento de la aprobación del Decreto 109/2000), sin perjuicio de que fueran aportadas con posterioridad, pues, si bien la memoria justificativa era suficientemente detallada y cumplía las exigencias del citado artículo 32.2, no acontecía lo mismo con la económica por cuanto ésta resultaba manifiestamente insuficiente para colmar la exigencia normativa, ya que, según la sentencia de instancia conforme al último precepto citado y al artículo 9.1 del Decreto 49/1995, de 28 de marzo, “resultaba preciso que se hiciera constar una evaluación de los costes y su presupuesto, lo que

no puede entenderse cumplimentado con la sucinta y genérica exposición que se formula en el documento obrante al folio 145 del expediente, que sólo establece la existencia de consignación presupuestaria, y una indeterminada previsión de variación para futuros ejercicios”.

6. AGUAS CONTINENTALES

A) Diferenciación de actos administrativos de autorización para la actividad industrial de lavado, peinaje y cardado de lana: necesaria autorización para la ocupación de zona de policía

Se discute en la STS de 2 de julio de 2008 (recurso de casación 6256/2003), Ar. RJ/2008/3409, las condiciones de control ambiental sobre la actividad industrial indicada establecidas en la Resolución del Consejero de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña, de fecha 16 de mayo de 2001. Dicha Resolución fue impugnada por la parte recurrente a través de recurso contencioso-administrativo, siendo desestimado a través de Sentencia de 7 de febrero de 2003, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña.

La autorización ambiental que se impugnó ante la Sala de instancia se concedió al amparo de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención General de la Administración Ambiental en Cataluña. Y entre otras condiciones de control impuestas a la recurrente en casación, figura la prevista en el apartado segundo de la resolución administrativa, relativa a que la empresa ha de disponer de autorización de ocupación de la zona de policía, por lo que ha de solicitar paralelamente la citada autorización ante la Agencia Catalana del Agua.

Fundamentalmente se argumenta por la parte actora en el recurso de casación interpuesto, que existe por la Sala de instancia una vulneración del artículo 6 de la Ley de Aguas de 1985, y vulneración de los artículos 9.1 y 3 del Reglamento de Dominio Público, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, pues argumenta que las competencias que se establecen en dichos artículos en relación con las limitaciones que se establecen para las actividades y usos del suelo en los 100 metros de la zona de policía corresponden a un órgano diferente a la Consejería de Medio Ambiente que dictó la Resolución recurrida y en la que se impone la referida condición y en el marco de un procedimiento ambiental distinto al del uso del dominio público hidráulico.

El Tribunal Supremo tras el análisis del principal motivo de casación esgrimido por la parte actora y la justa valoración de la argumentación efectuada por la Sala de instancia, determina que no se incurre en el pronunciamiento de la Sala en la infracción normativa de la Ley de Aguas y el Reglamento de Dominio Público Hidráulico que le atribuye la parte recurrente para que se pudiera dar por casada la sentencia. Para ello el Tribunal razona sobre la base de que “la relación entre el medioambiente y el dominio público hidráulico resulta incuestionable”, y que lo cierto es que aunque la protección de las zonas lindantes y contiguas a los cauces y los márgenes de los ríos, precisa de una autorización propia de los bienes demaniales diferente a la medioambiental, ello no impide que la autorización ambiental solicitada comporte a su vez la condición de que se complemente con la competencia concurrente de la Agencia Catalana del Agua en relación con la protección del dominio público hidráulico,

XIII. Medio Ambiente

pues el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico dispone que la autorización a otorgar por los Organismos de cuenca en las zonas de policía “será independiente de cualquier otra que haya de ser otorgada por los distintos órganos de la Administración Pública”.

Por ello el Tribunal concluye de manera acorde con la regulación expuesta en materia de dominio público hidráulico, que teniendo en cuenta que la Agencia Catalana del Agua es a tales efectos Organismo de cuenca, forzoso resulta admitir que cuando la Resolución recurrida primero, y la Sala de instancia después, consideran que la autorización ambiental puede establecer como condición la previa autorización para la ocupación de la zona de policía, no se infringe como argumenta la parte recurrente el artículo 6 de la Ley de Aguas de 1985, sino que se pretende colaborar en la protección del dominio público hidráulico, en virtud de los diferentes intereses públicos concurrentes y la acción de las distintas Administraciones (FJ 3º).

Por lo anterior el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y condena a las costas del proceso a la empresa recurrente, determinando el importe de los honorarios del Letrado de la Comunidad Autónoma en la cantidad no superior a los 1.500 euros.

B) Autorización de vertido de aguas residuales urbanas: caducidad del procedimiento ante el transcurso del plazo por falta de contestación

Se discute en la STS de 16 de julio de 2008 (recurso 4777/2004), Ar. RJ/2008/3444, la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se acordó el archivo de actuaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no haber presentado el particular solicitante de la autorización de vertidos de aguas residuales el Proyecto Técnico de las instalaciones de depuración de aguas residuales para el conjunto de la urbanización determinada en el correspondiente Plan Parcial, cuando había sido requerido para ello en el plazo de tres meses.

Dicha Resolución de la Confederación Hidrográfica del Tajo fue impugnada en recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual en su Sentencia de 22 de marzo de 2004 desestima el recurso interpuesto.

El Tribunal Supremo, tras una detallada exposición de las actuaciones del proceso de instancia y análisis de la fundamentación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, determina que los motivos de la parte actora en torno a los cuales se articula la casación han de ser desestimados por un planteamiento inadecuado de la técnica casacional, con desconocimiento de la parte recurrente del carácter tasado y excepcional del recurso de casación planteado. Al respecto el TS afirma que lo que en realidad se intenta recurrir en casación por la parte actora no es la Sentencia de instancia recurrida, ni una posible incorrecta aplicación del Ordenamiento jurídico por parte de ella, sino que el recurso de casación sólo se centra en el acto administrativo impugnado en la instancia, lo que resulta impropio de la técnica casacional.

Con independencia de los argumentos meramente formales de orden procesal, el TS también razona su desestimación del recurso de casación sobre la base de fundamentos de derecho

sustantivo, pues afirma, por un lado, que las exigencias que se determinan en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de abril, para acordar la caducidad y archivo de actuaciones concurren en su totalidad en el caso juzgado, dado que el interesado no atendió en plazo el requerimiento que se efectuó por parte de la Confederación Hidrográfica del Tajo en orden a aportar el Proyecto Técnico de las instalaciones de depuración de aguas residuales para el conjunto de la urbanización.

Por otra parte, el Tribunal afirma en relación con el cuarto y quinto motivo de casación que arguye la parte recurrente “invocando infracción de los artículos 49, 57 y 58 del TR de la Ley del Suelo de 1976 y del artículo 5 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, en relación con el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no respetar la Confederación lo establecido en una disposición de carácter general (el respectivo PGOU y su Plan Parcial) y dictar el acto prescindiendo del procedimiento establecido”, que no es posible afirmar que la depuración general que se pretendía equivale a imponer un sistema general de depuración que constituye una carga urbanística cuyo reparto no fuese posible por la existencia del sistema de actuación urbanística, así como por tratarse de un acto de contenido imposible. Al respecto el Tribunal reitera las referencias que la Sala de instancia efectúa a la Ley de Aguas y de la facultad que ésta le otorga al Organismo de cuenca en base al artículo 82 de la Ley [actual artículo 92, letra c)] para poder imponer obligaciones de depuración colectiva o comunitaria de las aguas residuales, por lo que no puede hablarse según el Tribunal de ninguna infracción del procedimiento.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye no haber lugar al recurso de casación planteado, procediendo a imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso.

7. AGUAS MARÍTIMAS

A) Corresponde a la Administración estatal informar sobre los efectos ambientales de la extracción de áridos

El artículo 63 de la Ley de Costas señala que la autorización de extracción de áridos requiere una previa evaluación de sus efectos sobre el dominio público costero, tanto en el lugar de la extracción como en el de descarga. El artículo 126 del Reglamento de Costas concreta esta exigencia, demandando un informe ambiental al efecto. Informe que, como señala la STS de 30 de julio de 2008, Ar. 289785, debe ser emitido por la Administración del Estado, al tratarse de bienes del demanio estatal y ser ella la única competente para evaluar los efectos de dicha extracción. Un informe ambiental autonómico nunca puede suplir al estatal, apareciendo en todo caso como un mero elemento adicional.

B) La exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración por erosión del litoral requiere previo deslinde

La STS de 8 de mayo de 2008, Ar. 176399, se pronuncia sobre una exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración. En ella, los recurrentes alegaban un grave deterioro económico en terrenos de su propiedad colindantes con el demanio costero, derivado de una

XIII. Medio Ambiente

erosión en el litoral que sería consecuencia, a su juicio, de la construcción de una presa. El Tribunal considera que no queda demostrado el daño efectivo ni el nexo de causalidad con la actuación pública, entendiéndose necesario un deslinde previo que, al señalar el límite entre las propiedades de los recurrentes y la zona marítimo-terrestre, permita valorar la erosión realmente producida.

8. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) Canon de control de vertidos

La STSJ de Murcia de 27 de diciembre de 2007, JT 2008, 298, anula la liquidación de un canon correspondiente al año 2000 girada a un Ayuntamiento por falta de constancia de la forma de determinación del volumen de vertido y de la carga contaminante. Dice el Tribunal que no constan las tomas de agua realizadas para calcular el volumen de vertido; ni tampoco los análisis realizados sobre éstas con la finalidad de calcular su grado contaminante, lo que impide comprobar que el factor K aplicado es el correcto. En suma, achaca falta de motivación, dado que no se ha señalado el mecanismo para determinar la cuantía.

También es estimatorio el sentido de la STSJ de Valencia de 10 de noviembre de 2007 JT 2008, 330, referida a un canon de 2003. El canon se había girado a una empresa cuya actividad potencialmente relacionada con dicho canon consistía en el depósito de agua realizado en el marco de la actividad de lavado de áridos. El TSJ explica con mucho detalle en qué consiste la actividad y concluye que genera un vertido indirecto muy reducido en aguas subterráneas que es inocuo desde la perspectiva de la contaminación y, dado que el único vertido sujeto a gravamen es el susceptible de contaminar, anula la liquidación.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Cánones de saneamiento y figuras asimilables

En lo que concierne a los cánones de saneamiento comenzaremos el comentario con la STSJ de Murcia de 28 de febrero de 2008, JUR 2008, 277289. Se trata de un tema recurrente, como es el recurso directo que vienen a presentar grandes compañías contra el Reglamento del Impuesto (en el caso murciano, el Decreto 102/2002) alegando en realidad cuestiones que afectan a la ley que le da cobertura. Este Reglamento ya había sido anulado por sentencia del mismo Tribunal de 27 de octubre de 2005 por haberse cometido irregularidades sustanciales en su aprobación. En la sentencia presente, el TSJ, además de en muchas otras cuestiones que ya han sido vistas en otras ocasiones, penetra en el contenido del articulado, examinando diversos preceptos en los que podría considerarse falta de cobertura legal. Se anulan determinados apartados de determinados artículos, referidos sobre todo a las obligaciones de gestión, en particular las que afectan a las entidades suministradoras.

Siguiendo con temas similares, tres SSTSJ de Aragón de 31 de marzo de 2008, JUR 2008, 226666, 277065 y 277069, resuelven sendos recursos interpuestos contra liquidaciones del im-

puesto por una industria papelera. Esta compañía ya había recurrido directamente el Reglamento y había sido desestimada su demanda por el TSJ, encontrándose ahora en casación ante el Tribunal Supremo. La recurrente emplea los mismos argumentos que ya utilizó en el recurso directo y que fueron desestimados. Interesan en particular los considerandos efectuados por el TSJ en cuanto a las relaciones del canon de saneamiento con el canon de control de vertidos.

Finalmente, veamos la **STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2008**, JUR 2008, 176932, que estima en parte el recurso presentado por el sujeto pasivo contra la liquidación. El caso es que hay fórmulas diversas de cuantificar el canon que dependen ocasionalmente de las opciones tomadas por el contribuyente (modalidad de volumen; modalidad de carga contaminante, en el caso concreto). Esta sentencia trata de las formalidades a seguir para que se materialice el cambio de opción.

C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

La **RTEAC de 27 de febrero de 2008**, JT 2008, 415 afirma que no puede utilizarse gasóleo bonificado en el caso de una empresa que lo adquiere dedicada al alquiler de maquinaria que hace entrega de éste a los arrendatarios de la maquinaria, actuando como detallista sin disponer de la correspondiente autorización.

La **RTEAC de 7 de noviembre de 2007**, JT 2008, 220, estima un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio y declara que la prohibición de la utilización como carburante de gasóleo al que le hubieran sido incorporados los correspondientes trazadores y marcadores es independiente de que tales trazadores y marcadores se encuentren en los niveles de concentración reglamentariamente exigidos para que le sea de aplicación el tipo de gravamen reducido. En caso contrario se estaría invitando a usar gasóleo bonificado en usos no autorizados, mediante el sencillo procedimiento de rebajar la concentración de los marcadores y trazadores, añadiendo simplemente una determinada proporción de gasóleo sin dichos aditivos.

D) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto sobre Ventas Minoristas de Hidrocarburos

Las **SSTSJ de Navarra de 5 de noviembre de 2007**, JT 2008, 274 y de **14 de febrero de 2008**, JT 483 y 484, consideran que no cabe entender implantado este impuesto en Navarra hasta la entrada en vigor de la **Ley 25/2003**, de 15 de julio, de modificación del Convenio Económico, siendo nulas las liquidaciones giradas con anterioridad (2002 y parte de 2003). No pues desde el comienzo de su aplicación en territorio común (2002). Se acompañan varios votos particulares.

E) Residuos radiactivos y actividad radiactiva en general

a) Impuesto sobre depósito de residuos radiactivos de Andalucía

El Tribunal Constitucional ha dictado cuatro autos inadmitiendo a trámite diversas cuestiones de constitucionalidad interpuestas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba. Son los **AATC 8 a 10/2008**, de 16 de enero y **23/2008**, de 22 de enero.

XIII. Medio Ambiente

Se daba la circunstancia de que este impuesto fue recurrido en su día por el Presidente del Gobierno, pero que posteriormente se presentó desistimiento de este recurso. A la cuestión no se le da curso, en primer lugar, por razones formales; pero, en segundo lugar, recordando que la concreta duda de inconstitucionalidad basada en la vulneración de la prohibición de doble imposición contenida en el artículo 6.3 de la LOFCA, así como la del artículo 157.2 de la Constitución en relación con el artículo 9 de la LOFCA ya ha sido resuelta por el ATC 456/2007, de 12 de diciembre.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPARED
JOSE MONTOYA HIDALGO
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Agricultura. A) Servicios de asesoramiento a las explotaciones agrarias. B) Concentración parcelaria afectada por la transformación de secano a regadío. C) Ayudas económicas. **3. Código aduanero comunitario. Derechos de importación y valor en aduana. 4. Energía.** A) Energía eléctrica. a) Imposición de multas: garantías del procedimiento administrativo sancionador. Fuerza mayor: inexistencia. b) Acceso a la red eléctrica de transporte, para distribuir energía eléctrica. B) Gas. a) Autorización de instalación de centro de almacenaje. b) Tarifas del Gas Natural.

5. Fomento. A) Denegación de ayudas. B) Incumplimiento de condiciones. **6. Ganadería. Denegación de ayudas económicas por incumplimiento de requisitos. 7. Pesca marítima.** A) Subvenciones y acuerdos transaccionales. B) Ayudas para la paralización de buques pesqueros. **8. Precios.** A) Autopistas. Tarifas y peajes. B) Precios del transporte y legislación de familias numerosas. C) Precios de conexión. **9. Servicio público. Correos. Liberalización del servicio postal. 10. Telecomunicaciones.** A) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. B) Televisión local. C) Servicio telefónico. D) Radiodifusión.

11. Transporte por carretera. A) Imputación de infracciones administrativas. B) Unificación de concesiones. C) Proceso de sustitución de concesiones.

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 9 a 17 de 2008.

2. AGRICULTURA**A) Servicios de asesoramiento a las explotaciones agrarias**

Por medio de su STS de 20 de mayo de 2008, RJ 2008/2766, el Tribunal Supremo resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de los Colegios

Oficiales de Arquitectos Técnicos Agrícolas de España contra el Real Decreto 520/2006, de 28 de abril, por el que se regulan las entidades que prestan servicios de asesoramiento a las explotaciones agrarias y la concesión de ayudas a su creación, adaptación y utilización.

La entidad recurrente impugna, en primer lugar, que no haya sido oída en el trámite de audiencia durante la tramitación y aprobación del decreto en cuestión. El Tribunal Supremo rechaza esta pretensión de la actora, puesto que el expediente demuestra que se han cumplido todos los trámites previstos en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y, en particular, se han oído las Comunidades Autónomas y las entidades representativas de los sectores afectados. A estos efectos, el Tribunal Supremo añade que la parte recurrente no puede ser considerada como representativa de las explotaciones agrarias, y concluye que la norma impugnada no afecta a las competencias de dicha recurrente.

En segundo lugar, la parte recurrente cuestiona que el Real Decreto 520/2006, de 28 de abril, se decante por establecer que las entidades que asesorarán a los agricultores sean sin ánimo de lucro. El Tribunal Supremo también rechaza esta alegación, con el argumento de que la norma reglamentaria impugnada perseguía cumplimentar e incorporar en nuestro ordenamiento jurídico el Reglamento Comunitario CE 1782-2003, que obliga a la Administración a prestar asesoramiento a los agricultores, y para cumplir con esta obligación el Reglamento CE núm. 817-2004 de la Comisión, de 29 de abril, deja al criterio de los Estados miembros el procedimiento de selección de los agentes que han de prestar el citado servicio de asesoramiento. Por ello, la Administración española podía optar por asesorar a los agricultores por sus propios servicios, bien hacerlo por entidades de ánimo de lucro, o bien por entidades con ánimo de lucro. Cualquiera de estas opciones es perfectamente lícita, y aparece motivada del contenido, objeto y finalidad de la norma en su conjunto, así como del expediente.

El Tribunal Supremo destaca que el proyecto de disposición general superó el dictamen del Consejo de Estado, y añade que, dada la complejidad del sistema de asesoramiento, previsto en la normativa comunitaria, aparece ajustado que la norma haya optado por entidades no lucrativas, puesto que posibilitará un abaratamiento de los servicios en beneficio de sus destinatarios. Por otra parte, el Tribunal indica en la sentencia que el Consejo General recurrente puede participar en los órganos asesores previstos, e incluso constituir una entidad sin ánimo de lucro.

Finalmente, la parte que recurre el real decreto alega que éste vulnera el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. El Tribunal Supremo, que entiende que dicha alegación es de difícil encaje, en todo caso también rechaza esta pretensión, puesto que señala que quien puede lo más, prestar el servicio de asesoramiento por medio de sus funcionarios, lo que habría restringido totalmente la competencia en este ámbito, puede lo menos, que es optar por que las entidades sin ánimo de lucro presten dicho servicio. La Sentencia concluye destacando que el Reglamento comunitario permitía la opción por la que se ha decantado finalmente la Administración.

B) Concentración parcelaria afectada por la transformación de secano a regadío

El Gobierno de la Comunidad Foral de Navarra interpone el presente recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra, de

XIV. Derecho Administrativo Económico

20 de diciembre de 2004, que anuló la Orden Foral de 4 de noviembre de 2002, que había aprobado el Proyecto de Transformación en Regadío de Andosilla II. El recurso es resuelto por medio de la **STS de 28 de mayo de 2008**, RJ 2008/3010, que desestima los tres motivos de casación alegados.

En cuanto al primer motivo de casación, el Gobierno de Navarra entiende que la sentencia de instancia no podía admitir el recurso de casación contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden Foral de 4 de noviembre de 2002, puesto que contra éste, que tenía naturaleza de acto administrativo, se tenía que formular un recurso administrativo de alzada. El Tribunal Supremo rechaza este alegato porque constata que quien recurrió la Orden Foral no la conocía, sino que únicamente tenía noticia de ella porque le da cuenta de su existencia otra Resolución de 13 de enero de 2003, que daba cumplimiento a una sentencia judicial.

El Tribunal Supremo señala que

“una vez que conoce la existencia de ese acto administrativo que no le ha sido notificado decide interponer el proceso contencioso-administrativo ante la Sala competente, y lo hace dentro de plazo que (...) comienza a contar desde el momento en que la recurrente se da por notificada porque cuando no consta fehacientemente que se haya producido notificación es doctrina constante y reiterada de esta Sala que hay que atenerse a las manifestaciones de los interesados sobre el conocimiento que tuvieran del acto, ya que lo contrario vulneraría lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, así Sentencia de 23 de octubre de 1990”.

El Gobierno Foral formula un segundo motivo de casación, que invoca la infracción de la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, ya que fue aplicada indebidamente al supuesto de autos, toda vez que por la fecha en que se aprobaron las bases definitivas de la concentración parcelaria, no era exigible la evaluación de impacto ambiental prevista en la Directiva.

En la sentencia, el Alto Tribunal concluye que la sentencia de instancia acertó plenamente, en la medida que la aprobación de unas bases definitivas de la parcelación concreta para convertir parte de ella de secano en regadío dio lugar a una innovación trascendente de la concentración, de tal modo que bien puede hablarse de una innovación de las bases definitivas. El Tribunal Supremo destaca la afirmación de la sentencia de instancia, en el sentido que es como si las bases se hubiesen aprobado originariamente, cuando la normativa derivada de dicha Directiva 97/11/CE ya era de aplicación obligatoria.

El tercer motivo de casación invoca que el visado colegial no es exigible cuando se trata de trabajos realizados por funcionarios en el ejercicio de su cargo, y tampoco resultaría exigible cuando el trabajo ha sido realizado por otros medios propios de la Administración, como son sus sociedades instrumentales. El Gobierno de Navarra concluye su alegación señalando que en ninguno de los dos casos nos encontramos ante el libre ejercicio de la profesión.

El Tribunal Supremo rechaza este último motivo, con base en su jurisprudencia. Constata que la empresa “Riegos de Navarra, SA” redactó el Proyecto de Transformación en Regadío de Andosilla II en el ámbito de la concentración parcelaria pública aprobada. Añade que la

empresa de capital público no goza de la condición de administración pública y por tanto no está sujeta al derecho administrativo. Y concluye que su actividad sujeta al derecho privado le obliga a someter proyectos como el de autos al correspondiente visado colegial, igual que cualquier otro profesional al servicio de una empresa o sociedad sujeta a ese régimen jurídico privado.

C) Ayudas económicas

La STS de 3 de junio de 2008, RJ 2008/3113, resuelve el recurso de casación que la entidad recurrente, una cooperativa valenciana, interpuso contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de diciembre de 2004, la cual a su vez había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma entidad contra la resolución de la Administración de la Generalidad Valenciana, confirmada en vía de recurso, y que concluyó que la cooperativa había percibido indebidamente un importe económico en concepto de anticipos trimestrales y ayuda definitiva, y le reclamaba el reintegro de la totalidad del importe pagado.

El Tribunal Supremo constata que la entidad recurrente en casación reproduce básicamente los motivos que alegó ante el Tribunal de instancia, esto es, falta de expediente de reintegro, incoación por órgano incompetente y caducidad del procedimiento. En la sentencia, se desestiman todos los motivos planteados por la recurrente.

El Tribunal Supremo pone de manifiesto que la resolución administrativa se fundamentó en la carencia de albaranes de salida de mercancías con destino a la industria, y origen incierto de la mercancía, así como en la inexistencia de documentos que avalaran la entrega de los socios a la organización de productores.

La sentencia resume que la administración tramitó el expediente sancionador de acuerdo con el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; el procedimiento se inició a instancia de un órgano administrativo que tiene atribuidas facultades de inspección en la materia, y no se produjo en ningún caso la caducidad del expediente, pues éste fue tramitado dentro del plazo que prevé la citada normativa.

3. CÓDIGO ADUANERO COMUNITARIO. DERECHOS DE IMPORTACIÓN Y VALOR EN ADUANA

La STS de 11 de junio de 2008, RJ 2008/3141, desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil “American Nike, SA” frente a la Sentencia de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de septiembre de 2002, que a su vez desestimó el recurso deducido por la citada entidad mercantil contra una Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de febrero de 2000, relativa a una liquidación girada en concepto de derechos de importación e impuesto sobre el valor añadido.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo sintetiza en dos las cuestiones planteadas en el presente recurso. Por una parte, si los cánones pagados por la entidad mercantil recurrente “American Nike, SA” a la sociedad matriz sita en Estados Unidos de América, por el uso y licencia de las marca comercial “Nike”, deben incluirse o no en el precio pagado por las importaciones de productos textiles con esa marca, para fijar el valor en aduana a efectos de liquidar los derechos de importación. Por otra parte, si el canon que paga la recurrente a su ente matriz por gastos de investigación y desarrollo debe incluirse o no en el precio efectivamente pagado por las importaciones para determinar el valor en aduana (Fundamentos de Derecho 3º y 4º).

En cuanto a la primera de las dos cuestiones planteadas, el Tribunal Supremo concluye que se debe añadir el precio pagado o por pagar de las mercancías importadas el importe del canon neto pagado a su casa matriz, puesto que concurren las condiciones contempladas en el artículo 32 del Código Aduanero, es decir, 1ª) que dichos cánones estén relacionados con las mercancías a valorar; 2ª) que el comprador esté obligado a pagar tales cánones, directa o indirectamente, como condición de la venta de dichas mercancías objeto de valoración, y 3ª) que dichos cánones no estén incluidos en el precio efectivamente pagado o por pagar.

Y en lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, el Alto Tribunal considera en conclusión que deben incluirse tales cánones en el precio de transacción para determinar el valor en aduana por reunirse en el presente caso todos y cada uno de los requisitos exigidos por la normativa aplicable. En efecto, señala el Tribunal Supremo, del contrato de asistencia técnica se deduce que el estudio de desarrollo llevado a cabo por “Nike” en Oregón, plasmado en croquis, diseños, planos y especificaciones técnicas, es suministrado gratuitamente a los fabricantes de Extremo Oriente quienes, en base a éstos, fabrican o modernizan la fabricación de los productos de la marca “Nike” suministrando dichos productos a las compañías comercializadoras del grupo “Nike”, entre las que se encuentra la española “American Nike, SA”, quienes vienen obligadas a soportar los mencionados gastos de estudio y desarrollo de los productos mediante el abono del correspondiente canon sobre las ventas.

4. ENERGÍA

A) Energía eléctrica

a) Imposición de multas: garantías del procedimiento administrativo sancionador. Fuerza mayor: inexistencia

La STS de 1 de abril de 2008, RJ 2008\2715, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil “Gas y Electricidad II, SA” contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de marzo de 2005, que desestimó el recurso contra la resolución del Consejo de Gobierno de dicha Comunidad Autónoma, de 13 de junio de 2001, que había declarado responsable a la citada entidad ante las incidencias habidas en el suministro eléctrico en junio de 2000 y que afectaron a las islas de Mallorca y Menorca.

El recurso de casación se fundamenta en dos motivos principales que tienen por objeto la vulneración de sendos principios en materia sancionadora. En primer lugar, se alega que la

sentencia recurrida infringe el principio de presunción de inocencia reconocido por el artículo 24.2 CE, al no haberse tenido en cuenta que la empresa cumplía con todos los requisitos reglamentarios en relación con el mantenimiento y revisión de las instalaciones y equipos. No obstante, la Sala rechaza este primer motivo, al constatar que la conclusión de la sentencia a quo se deduce de un “proceso deductivo, racional y lógico, que justificaría el incumplimiento de la entidad recurrente de las normas legales y reglamentarias que imponen la obligación de mantener con el debido cuidado y diligencia las instalaciones de producción de energía eléctrica”. En este sentido, tras recordar el alcance jurisprudencial del principio de presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional y del propio TS, la Sala descarta cualquier vulneración de éste, por fundarse la culpabilidad de la empresa en “la valoración objetiva y ponderada de los elementos de cargo relevantes sobre el inadecuado funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica y la falta de previsión en el mantenimiento y conservación de las instalaciones y equipos”.

En segundo término, invocaba la recurrente la vulneración del principio de tipicidad del artículo 129 LRPAC, al considerar que la apreciación de la infracción en base a la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, se basó en la analogía, prohibida por dicho principio. En efecto, la sanción se fundamentaba en la infracción tipificada en el artículo 31.1 de la citada Ley 21/1992, en relación con lo dispuesto en su artículo 31.2.i), así como en la del artículo 60.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en relación con sus artículos 51 y 26.2. No obstante, el TS admite que, en este supuesto concreto, es posible “una aplicación armonizada” de los referidos tipos, debido a la complementariedad de las disposiciones legales y en atención a la naturaleza de los hechos imputados y del momento en que se ejecutaron las conductas sancionables, a los intereses públicos tutelados por dichas normas y los intereses económicos afectados, y a las condiciones y requisitos de las instalaciones de generación de energía eléctrica, todo ello con el límite de no imponer una doble sanción.

También en materia sancionadora, la **STS de 21 de mayo de 2008**, RJ 2008\2850, resuelve un recurso de casación interpuesto por otra compañía eléctrica (“Endesa Distribución Eléctrica, SLU”) contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de julio de 2005. Dicha sentencia había confirmado la sanción impuesta por la Generalitat a la empresa recurrente, al considerarla responsable por las interrupciones del suministro eléctrico producidas en diciembre de 2001 en más de 110 municipios catalanes, en aplicación de la infracción tipificada en el artículo 60.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE).

El TS rechaza todos los motivos alegados por la recurrente, confirmando el fallo de la sentencia de instancia. Tras negar la existencia de los defectos formales aducidos por la compañía eléctrica (falta de concreción de los hechos y defecto de forma en el acuerdo de incoación), las deliberaciones de la Sala se centran, en términos generales, en una serie de cuestiones que giran alrededor de la vulneración de una serie de garantías y principios del procedimiento administrativo sancionador.

En primer lugar, aduce la empresa la vulneración del principio de tipicidad, al entender que no se dan los elementos integrantes del tipo infractor del artículo 60.4 LSE (“interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica para una zona o grupo de población sin

XIV. Derecho Administrativo Económico

que medien los requisitos legales que lo justifiquen”), siéndole, en cambio, aplicable el artículo 50 LSE, que admite una serie de suspensiones legítimas del suministro eléctrico. Por el contrario, el TS entiende, con el Tribunal *a quo*, que los hechos responden al tipo invocado por la Administración sancionadora, puesto que se trata de interrupciones imprevistas del suministro de energía, derivadas de la inadecuación preexistente de las líneas e instalaciones, sin que quepa aplicar ninguno de los supuestos que justificarían dicha interrupción en los términos del artículo 50 LSE. Y muy especialmente, no cabe el supuesto de fuerza mayor, ya que la situación climatológica adversa no fue “anormal o inhabitual”. Asimismo, se rechaza la aplicabilidad de una serie de preceptos del Real Decreto 1995/2000, que perseguían también excluir de responsabilidad a la compañía eléctrica, principalmente alegando la fuerza mayor.

A su vez, alega la recurrente la infracción del principio de presunción de inocencia y de su derecho de prueba. Respecto al primero, concluye el TS que no existe tal infracción, ya que la sentencia se apoyó en pruebas materiales, que demostraron la inadecuación de las líneas e instalaciones de la red eléctrica, de acuerdo a un razonamiento lógico y suficiente. En relación con el derecho de prueba, el TS advierte que debió haberse planteado la cuestión como un defecto formal, al reclamarse una incongruencia omisiva y otra *extra petitum* en la sentencia recurrida. Pero, en cualquier caso, niega la existencia de cualquiera de ellas en el caso concreto.

Adicionalmente, se rechaza la pretendida vulneración del principio de culpabilidad, reiterando la no concurrencia de fuerza mayor y afirmando la claridad de la relación causa-efecto entre la conducta sancionada (inadecuación de las instalaciones ante unas determinadas condiciones meteorológicas) y los resultados producidos (numerosas interrupciones del suministro eléctrico en las zonas de población afectadas).

Por último, alegaba la recurrente la vulneración del principio *non bis in idem*, por la existencia de otra sanción impuesta a la misma empresa por interrupciones del suministro eléctrico en las mismas fechas y en base al mismo tipo infractor. La Sala desvirtúa fácilmente este motivo, al advertir que esta segunda sanción invocada es consecuencia de un incidente singular que afectó exclusivamente al municipio de Barcelona y su área metropolitana. Por lo que, al no existir identidad en los hechos ni en su origen o causa, tampoco cabe hablar de duplicidad en las sanciones impuestas.

b) Acceso a la red eléctrica de transporte, para distribuir energía eléctrica

La STS de 15 de abril de 2008, RJ 2008\2725, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por “Endesa Distribución Eléctrica, SA” contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2005, en virtud de la cual se desestimó el recurso contra la resolución de la Comisión Nacional de la Energía de 11 de septiembre de 2001 –confirmada en alzada por la resolución del Ministro de Economía de 19 de septiembre de 2002–, que reconoció el derecho de la empresa “Electra Caldense, SA” a acceder a la red de distribución de “FECSA-ENHER I, SAU”, destinada al suministro de energía eléctrica al Polígono Industrial “Can Roqueta II”, en el municipio de Sabadell.

Trata esta sentencia una cuestión ya examinada en números recientes de esta revista, sin que se observen cambios significativos en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal (entre otras, SSTS de 5 y de 29 de junio de 2007). El supuesto de hecho vuelve a ser el de una empresa distribuidora

que solicita el acceso a otra empresa titular de la red en la zona, que se opone a ello. La Comisión Nacional de la Energía, competente en dicha cuestión, constata el derecho de la solicitante a que su energía transite por la red titularidad de otro, al amparo de la concurrencia de los requisitos del Real Decreto 1955/2000. Decisión que se ve confirmada por las sucesivas instancias, tanto administrativas como jurisdiccionales, que analizan la cuestión, hasta llegar al TS.

La controversia se resume en la calificación del supuesto como un conflicto de acceso de terceros a red o bien como un conflicto de conexión. Frente a la posición defendida por la recurrente, el TS, reiterando su jurisprudencia anterior, confirma que el supuesto se incardina en un conflicto de acceso de tercero a redes. Y ello, principalmente, en atención a la finalidad de la Ley del Sector Eléctrico, que opta por un proceso liberalizador del transporte y la distribución de la energía eléctrica, reconociendo el derecho de acceso de terceros a las redes. Este derecho, de origen legal, lo es a favor de todos los sujetos previstos en el artículo 9 LSE, entre los que se encuentran los distribuidores, y a su vez comprende no sólo el transporte sino también la posibilidad de establecer redes de distribución de diferente titularidad, sin perjuicio de las necesarias autorizaciones para realizar la concreta conexión y de las facultades de oposición al acceso del titular de la red en los supuestos previstos por la Ley, que no concurren en este caso.

Como en las sentencias precedentes sobre este mismo objeto, el Magistrado Óscar González González manifiesta su disconformidad respecto al fondo del asunto a través de un voto particular, defendiendo que la LSE parte de un sistema de red única, en monopolio natural, que no permite la duplicidad de redes ni la autorización de redes en cascada o en paralelo. Entiende el Magistrado que el derecho de acceso a la red se reconoce exclusivamente a productores y comercializadores, pero no a los distribuidores. De lo contrario, se infringiría el principio de eficiencia. Confirman también esta posición, al parecer del Magistrado, el tenor de la Directiva 96/92/CE de 19 de diciembre, sobre normas comunes del mercado interior de electricidad y las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo y el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre.

B) Gas

a) Autorización de instalación de centro de almacenaje

La entidad mercantil “Gas Arzúa SL” solicitó la correspondiente autorización administrativa autonómica exigida por la legislación urbanística previa a la licencia municipal para la instalación de un centro de almacenaje y distribución de gas envasado en suelo rústico en el municipio de Arzúa, siéndole denegada por el Delegado Provincial de Pontevedra en fecha de 29 de septiembre de 1999, denegación confirmada, a su vez, por la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Xunta de Galicia, en la Resolución de 12 de junio de 2000. Contra dicha resolución interpuso la entidad mercantil recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia, quien, mediante Sentencia de 19 de diciembre de 2003, declaró haber lugar a dicho recurso, acordando la anulación de la resolución administrativa, por falta de motivación, y la retroacción de las actuaciones para que la Administración dictase un nuevo acto motivado. La **STS de 19 de mayo de 2008**, RJ 2008\2760, que ahora comentamos, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra la citada sentencia del TSJ, declarando haber lugar a dicho recurso y casando la sentencia impugnada.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Con carácter previo, cabe señalar que la empresa plantea la inadmisibilidad del recurso de casación, al entender que la cuantía del litigio no supera el límite exigido por la LJCA para interponer el recurso contencioso-administrativo. El TS rechaza dicha inadmisibilidad, argumentando que la impugnación versa aquí sobre la concesión de una autorización previa a la licencia para edificar o instalar en suelo urbanizable, siendo la cuestión fundamental decidir que exista o no un interés social o de utilidad pública de la instalación que se pretende, así como la necesidad de suelo no urbanizable, y califica de circunstancial el que se conociese en ese momento un presupuesto sobre el futuro proyecto de obra. Precisamente la decisión respecto a la admisibilidad del recurso es el motivo en que se basa el voto particular formulado por el Magistrado Mariano De Oro-Pulido y López. Para él, la sentencia contraviene injustificadamente una reiterada jurisprudencia de la Sala en este punto, al apartarse, en la determinación de la cuantía, del criterio de la “real entidad material de la cuestión litigiosa” (el valor económico de la pretensión), siendo irrelevante el resto de elementos que configuran el objeto del recurso y sin que la pretensión pueda ser calificada de cuantía indeterminada. Entenderlo de otro modo, comportaría, según el Magistrado, que el TS debiera conocer, en todo caso, de cualquier autorización previa a licencias, con independencia de la cuantía y de que se tratase, por tanto, de la “construcción de un simple cobertizo o de una gran obra pública”. El presupuesto de la obra no tiene, contrariamente a lo afirmado por la sentencia, un mero carácter circunstancial, sino que sirve para determinar el valor real de la obra y, puesto que no alcanzaba el límite casacional exigido por el artículo 86.2.b) LJCA (25 millones de pesetas), el recurso debió haber sido inadmitido a trámite.

Más allá de la polémica acerca de la inadmisibilidad, el recurso de la Xunta de Galicia se fundamenta en un único motivo de casación, que es la infracción o inaplicación indebida de los artículos 9 y 20 de la Ley 6/1998, del régimen del suelo y valoraciones y del artículo 54 de la Ley 30/1992. Entiende, pues, la Administración gallega que en la resolución impugnada quedaba debidamente justificada la denegación de la autorización solicitada.

Como hemos avanzado, el TS estima el recurso y lo hace partiendo de la necesidad de atender al criterio restrictivo que debe presidir la autorización de edificaciones e instalaciones en suelo no urbanizable, de acuerdo con la legislación y su propia jurisprudencia (STS de 4 de abril de 2004). En este sentido, debe ser la entidad solicitante de la autorización quien justifique que las edificaciones o instalaciones a emplazar responden a un interés social o a una utilidad pública y que deben ubicarse necesariamente en suelo no urbanizable, sin que dicha finalidad social o pública pueda identificarse con cualquier actividad industrial, comercial o negocial, en general. Aplicados al caso concreto, estos argumentos permiten afirmar al TS que no cabe tachar de insuficiente la motivación de la resolución administrativa impugnada, puesto que “vino respaldada por una batería de razones en las que se ponía sobradamente de manifiesto que la solicitante no había justificado la concurrencia de las circunstancias excepcionales o siquiera singulares que justificasen la autorización de la instalación en suelo no urbanizable”.

b) Tarifas del Gas Natural

La Orden Ministerial 3321/2005, de 25 de octubre, por la que se fijaron las Tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización, alquiler de contadores y derechos de acometida para los consumidores conectados y redes de presión de suministro igual o inferior a 4 bar, fue impugnada por dos Asociaciones. En concreto, se impugnaron los apartados 1, 3 y 4 del artículo

único, el anexo 1 y las Disposiciones Transitorias una a quinta. La STS de 26 de febrero de 2008, Ar. 1602, desestimó el recurso.

Los recurrentes plantean, en primer lugar, la falta de potestad administrativa para revisar las tarifas de gas natural de forma anticipada, esto es, antes del transcurso de los cuatro años establecidos con carácter general en la legislación gasista.

El Tribunal rechaza este argumento. Para el Tribunal la parte actora no tiene en cuenta que ya desde la ley del Sector de Hidrocarburos se ha diferenciado “el sistema para la determinación de las tarifas” que aspira a una estabilidad de al menos cuatro años, y la correcta fijación de las tarifas mediante Orden Ministerial que se llevará a cabo cuando las circunstancias exijan su revisión.

En segundo lugar, las entidades recurrentes se oponen a la revisión basada en estos costes, argumento que también rechaza el Tribunal. Para el Tribunal el sistema de Tarifas gasistas es un sistema orientado a costes y sometido a revisiones periódicas y constantes en función del cambio de los parámetros que integran dicho sistema. Por tanto, concluye el Tribunal, que “si el coste de la materia prima ha sufrido desviaciones en relación con los datos que se tuvieron en cuenta para calcular las tarifas, no parece que sea contrario al sistema que mediante las cinco disposiciones transitorias de la Orden impugnada y los correspondientes anexos se revisen dichas previsiones, se corrijan las desviaciones correspondientes, se prevea el período de imputación de las mismas y se hagan los demás ajustes que se estimen pertinentes para lograr que las tarifas respondan al coste efectivo de la adquisición del gas natural por parte del gestor técnico del sistema”.

Como argumentos finales los recurrentes plantean otras dos objeciones al contenido de la Orden: error en el cálculo de los sobrecostes por haber contemplado sólo las desviaciones al alza y la inexistencia de justificación de los costes de Gas Natural en la compra de gas en el mercado *spot* al contado.

Ambos argumentos son rechazados por falta de justificación. En cuanto a la alegación de que no se tuvo en cuenta el informe de la CNE el Tribunal afirma que dicho informe no es vinculante.

5. FOMENTO

A) Denegación de ayudas

La doctrina jurisprudencial sobre supuestos en los que se impugna la denegación de la ayuda solicitada es abundante y reiterada. En la mayoría de casos el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la naturaleza de la subvención y pasa a examinar el acto denegatorio con el fin de determinar si los hechos en los que se basó la denegación existieron y fueron correctamente apreciados por la Administración.

La STS de 27 de mayo de 2008, Ar. 2871, se sitúa dentro de este panorama jurisprudencial. En este caso el acto impugnado fue la denegación de los incentivos solicitados al estimar la

XIV. Derecho Administrativo Económico

Administración que el proyecto no era financieramente viable. La Audiencia Nacional desestimó el recurso frente al acto denegatorio, y el Tribunal Supremo desestimó el recurso casacional confirmando la validez del acto administrativo.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso al apreciar que la sentencia recurrida fue ajustada a derecho al basarse en un juicio de ponderación razonable sobre las circunstancias concurrentes. El Tribunal confirma la inviabilidad financiera del proyecto apreciada por la sala de instancia y su no adecuación a los objetivos subvencionales establecidos en la norma que ampara la concesión de ayudas.

B) Incumplimiento de condiciones

La doctrina jurisprudencial que analiza supuestos en los que la Administración acuerda el incumplimiento de las condiciones subvencionales, y el reintegro total o parcial de las ayudas recibidas es también abundante. Damos cuenta a continuación de tres sentencias que se han ocupado de esta temática.

La **STS de 30 de enero de 2008**, Ar.1591, desestima el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que a su vez desestimó el recurso frente a sendas resoluciones del Ministerio de Economía por las que se declaró el incumplimiento de las condiciones establecidas en una subvención para la ampliación de actividad de elaboración de zumos y néctares.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso casacional al estimar que la entidad recurrente incumplió las condiciones al no crear los puestos de trabajo de conformidad con los tipos contractuales previstos, sin que pueda identificarse el contrato temporal con el contrato de duración determinada como pretende la recurrente. Por otra parte, confirma el Tribunal que se incumplieron también las condiciones de inversión exigida.

La segunda sentencia es la **STS de 12 de febrero de 2008**, Ar.1886. También en este caso el Tribunal Supremo confirma el incumplimiento de la condición establecida de creación de puestos de trabajo, lo que motivó la exigencia del reintegro total de las cantidades percibidas.

En esta ocasión la recurrente alega la caducidad del expediente de control del cumplimiento de las condiciones concesionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.2 de la ley 30/1992.

El Tribunal rechaza este argumento y con cita de sentencias anteriores (11 de octubre de 2006 y 24 de enero de 2007) recuerda la necesidad de distinguir entre el período de prescripción de la acción y el de caducidad del procedimiento una vez éste se ha iniciado. En el caso examinado la fase inspectora previa no debe computar a los efectos del plazo de caducidad del expediente, plazo que se inicia cuando se adopta el acuerdo formal de inicio del expediente para el reintegro de la ayuda.

La recurrente también aduce la prescripción de la acción de reintegro en base a un argumento interesante pero que no es aceptado por el Tribunal. Para la recurrente el plazo de prescripción debió de ser de cuatro años por aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de

la ley de subvenciones de 2003. Este plazo, a su juicio, debió prevalecer sobre el anterior de cinco años, al deberse apreciar una aplicación retroactiva de la norma por ser más favorable al administrado.

El Tribunal Supremo rechaza esta aplicación retroactiva de la norma *in bonam partem* al entender que ni la ley general presupuestaria ni la ley de subvenciones han previsto esta aplicación retroactiva, añadiendo que la retroactividad sólo es para el régimen sancionador más favorable.

Por último, la **STS de 20 de mayo de 2008**, Ar. 2767, desestima el recurso casacional frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que estimó en parte el recurso frente a la Orden Ministerial que declaró el incumplimiento de las condiciones establecidas al amparo de la Ley 50/1985. La Sentencia de la Audiencia Nacional estimó que el incumplimiento era sólo parcial por lo que procedía reducir el reintegro de la subvención.

En este caso el recurso fue interpuesto por el Abogado del Estado alegando que el incumplimiento de condiciones fue total. Para el recurrente la compra de unos terrenos con pago aplazado no podía concebirse como verdadera compra, por lo que no se había cumplido con la condición que exigía haber procedido a la adquisición de los terrenos.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento y señala, con cita de la Sentencia de 15 de noviembre de 2006, que “en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas nacidas en el marco aplicativo del derecho subvencional la Administración debe respetar el principio de proporcionalidad que promueve que se deban evitar interpretaciones exorbitantes de las condiciones particulares impuestas en la Orden Ministerial de concesión que se revelen incompatibles con la tutela de los intereses públicos presentes en la actividad de fomento y contrarias con el principio *pro civem*.”

Consecuentemente, al apreciar el cumplimiento parcial de las condiciones impuestas, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que redujo la cantidad a reintegrar.

6. GANADERÍA. DENEGACIÓN DE AYUDAS ECONÓMICAS POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

Por medio de la **STS de 11 de junio de 2008**, RJ 2008/3142, se resuelve el recurso de casación interpuesto por una compañía mercantil contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 28 de enero de 2005, por la que se desestimó el recurso presentado por la misma compañía mercantil contra las resoluciones administrativas dictadas en sede de infracción de la normativa comunitaria reguladora de primas ganaderas.

En el recurso de casación se alegan cuatro motivos, que son todos ellos desestimados por el Tribunal Supremo. En cuanto al primero de los motivos de casación, la compañía mercantil alega falta de motivación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y es rechazado por dos razones. Ante todo, porque la falta de motivación de la sentencia de instancia, que alega la compañía mercantil recurrente, debería haber sido planteada con base en el apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Juris-

XIV. Derecho Administrativo Económico

dicción Contencioso-Administrativa, y en cambio la entidad recurrente alegó la vulneración del apartado d) del núm. 1 del artículo 88 de la citada Ley.Y, como segunda razón, porque el Tribunal Supremo constata que, en todo caso, la sentencia de instancia estaba correctamente motivada y había expresado con claridad los razonamientos que condujeron al fallo.

Como segundo motivo de casación se alega que la norma aplicada, que era el Reglamento CEE 3887/1992, de 23 de diciembre, de la Comisión, había sido derogada por el Reglamento 2419/2001, de 11 de diciembre, de la Comisión. El Tribunal rechaza este segundo motivo porque el Reglamento CEE 3887/1992 se continuaba aplicando a las solicitudes de ayuda relativas a las campañas de comercialización o los períodos de primas de ganado que expiren antes del 1 de enero de 2002, como era el caso.

En tercer lugar, la compañía mercantil recurrente en casación alega vulneración del principio de proporcionalidad, recogido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El Tribunal Supremo rechaza este alegato porque la sanción impuesta fue correcta, y consistía en la exclusión del régimen de primas de ganado durante dos campañas, tal y como expuso la sentencia de instancia.

Finalmente, se alega vulneración de la presunción de inocencia, lo que es desestimado por el Tribunal Supremo, puesto que constata que la sentencia de instancia expuso con acierto por qué no compartía las pretendidas razones de exculpación de la sociedad sancionada.

7. PESCA MARÍTIMA

A) Subvenciones y acuerdos transaccionales

En la STS de 12 de marzo de 2008, RJ 2008/2706, el Alto Tribunal tiene la oportunidad de examinar las normas que amparan y regulan la intervención de la Hacienda Pública en los procesos concursales y, en particular, la posibilidad de llevar a cabo acuerdos transaccionales respecto a los créditos a favor de ella y a la forma en que éstos deben producirse.

En cuanto a los hechos que dieron lugar al presente proceso judicial, la Sala constata que, por medio de sendos escritos, dos sociedades manifestaban que se encontraban sometidas a expediente de suspensión de pagos. Ambas sociedades añadieron que tenían pendientes de percibir diversas subvenciones derivadas de la paralización definitiva, modalidad desguace, de varios buques, y para la constitución de una sociedad hispano-argentina en el sector de la pesca.

Dichas sociedades se comprometían a ceder tales subvenciones a favor de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, en pago de las deudas que tenían contraídas, si bien, para poder cobrar las subvenciones, solicitaban la exoneración o expedición de la oportuna certificación que acreditara que las sociedades se encontraban al corriente en el pago de sus obligaciones fiscales y de la Seguridad Social, o eximidas de tales requisitos. La administración estatal procedió a aprobar la exoneración requerida, que quedaba condicionada a la afectación al Tesoro

Público, de las citadas subvenciones, para la cancelación de la deuda con la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Interpuesto recurso de casación por el abogado del Estado, éste alega la vulneración de diversas normas en materia presupuestaria y, en particular, de las Órdenes Ministeriales de 28 de abril de 1986 y de 25 de noviembre de 1987. La tesis del abogado del Estado consiste en que las resoluciones del Director del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal Tributaria, por las que se acordó conceder a las dos sociedades, en suspensión de pagos, la exoneración del cumplimiento de las citadas Órdenes del Ministerio de Economía, de 28 de abril de 1986 y de 25 de noviembre de 1987, se basaban en lo previsto en tales Órdenes, y no tenían carácter transaccional.

El Tribunal Supremo, en el Fundamento de derecho 3º, desestima el motivo casacional porque considera que la Sentencia de instancia, a través de una hermenéutica lógica y racional, llegó a la conclusión del carácter transaccional de los pactos alcanzados entre la Hacienda Pública y las entidades hoy recurridas, y consideró que a través de dichos pactos se había producido una cesión en pago en el seno de un procedimiento concursal.

El Tribunal Supremo recalca que la Sentencia de instancia había constatado que “hubo consentimiento en el convenio, objeto cierto y causa, pues la Hacienda Pública tomó parte activa en las negociaciones, se dictaron posteriormente las resoluciones y se cumplieron por las entidades deudoras sus obligaciones con la Administración”. La falta de incorporación de los acuerdos alcanzados al Convenio general, así como la falta de formalización escrita respecto de un compromiso que se declara probado, sería para el Tribunal Supremo un aspecto que sólo podrían alegar los acreedores, si les causara perjuicio. La resolución judicial del Tribunal Supremo, consistente en desestimar el motivo casacional aducido por la abogacía del Estado, no se ve modificada por la regulación contenida en las órdenes ministeriales de referencia.

B) Ayudas para la paralización de buques pesqueros

La **STS de 27 de mayo de 2008**, RJ 2008/3008, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 2 de mayo de 2004, sobre solicitud de subvención por paralización definitiva de buque pesquero, en la modalidad de exportación.

El recurso de casación se articula en torno al apartado d) del núm. 1 del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tres son los motivos de casación que alega la entidad recurrente. El primero de ellos se fundamenta en que la sentencia de instancia habría vulnerado los artículos 98 y 99 del Real Decreto 798/1995, de 19 de mayo.

En particular, la entidad recurrente solicitó en vía administrativa que le fuera adjudicada una ayuda económica por paralización definitiva de la actividad de un buque pesquero, puesto que éste se había exportado y vendido a un país tercero no comunitario, y éste es uno de los supuestos previstos por la normativa para adjudicar la citada subvención económica.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo rechaza este primer motivo tras examinar la normativa vigente en esta materia, constituida no sólo por el Real Decreto 798/1995, de 19 de mayo, sino también por el Real Decreto 3448/2000. Dichas normas establecen que las ayudas por paralización definitiva sólo se concederán a los buques pesqueros que reúnan los siguientes requisitos: a) Que estén inscritos en el Censo de la Flota Pesquera Operativa; b) Que estén en activo en el momento de la decisión de concesión de ayuda, y c) Que hayan ejercido una actividad pesquera durante al menos setenta y cinco días de pesca en cada uno de los dos períodos de doce meses anteriores a la fecha solicitud de paralización definitiva o, en su caso, una actividad pesquera durante al menos el 80% del número de días de mar autorizados por la normativa nacional vigente para el buque de que se trate.

La entidad recurrente admite que su buque pesquero no estaba en activo, pero alega un supuesto de fuerza mayor, como sería que no existía un nuevo convenio para faenar en el caladero de Marruecos, y por ello el buque estaba inactivo.

El Tribunal Supremo rechaza este primer motivo de casación y confirma la sentencia impugnada, puesto que la entidad recurrente se ha limitado a alegar que el buque no estaba en activo como consecuencia de la expiración del acuerdo pesquero entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos, que se había producido el 30 de noviembre de 1999. Considera el Tribunal Supremo que se puede tener por cierto este hecho, pero no es bastante para la percepción de la prima, porque la entidad recurrente no ha acreditado el resto de requisitos exigidos tanto por la normativa estatal, como por el Reglamento CE 2792/1999, de 17 de diciembre.

El segundo de los motivos de casación considera vulnerado el Reglamento 2561/2001, del Consejo, de 17 de diciembre, traspuesto a la normativa interna por el Real Decreto 137/2002, de 1 de febrero. El Tribunal Supremo rechaza este segundo motivo, porque, si bien el Real Decreto 137/2002, de 1 de febrero, fomenta la reconversión de los buques y pescadores dependientes hasta 1999 del Acuerdo de pesca con Marruecos, se constata que la entidad recurrente no presentó una nueva solicitud con base en esta normativa.

En el tercer motivo de casación, la entidad recurrente entiende vulnerada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre admisibilidad de fundamentos nuevos, basados en una nueva normativa. El Tribunal Supremo también rechaza este tercer y último motivo de casación, puesto que señala que se trata de una nueva pretensión, que no se pudo plantear ante la Administración, y ante la que aquélla no se pudo pronunciar. En la sentencia se concluye que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, porque la resolución administrativa y la sentencia impugnadas fueron resueltas de conformidad con la normativa entonces vigente.

8. PRECIOS

A) Autopistas. Tarifas y peajes

Diversas entidades concesionarias de Autopistas impugnaron la Resolución del Ministerio de Fomento de 27 de diciembre de 2002 por la que se autorizaron las tarifas y peajes máximos que debían regir a partir del primero de enero de 2003.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 20 de febrero de 2008**, Ar. 1949, desestima el recurso y condena en costas a la parte actora. En su sentencia el Tribunal recuerda su doctrina en materia de tarifas y peajes establecida en las Sentencias de 24 de mayo, 31 de mayo, 7 de julio de 2007 y 29 de enero de 2008, doctrina que entiende directamente aplicable al caso enjuiciado.

B) Precios del transporte y legislación de familias numerosas

La **STS de 20 de mayo de 2008**, Ar. 2875, plantea la singular relación entre la normativa en materia de transportes y la relativa al fomento de las familias numerosas cuando ambas se ocupan de la regulación de los precios del transporte.

El conflicto surge cuando la Asociación de familias numerosas de Cataluña impugnó la aprobación de la estructura de precios y tarifas del servicio del transporte por parte de la Autoridad del Transporte Metropolitano. La Asociación impugnó el acuerdo de la Autoridad Metropolitana por no haber tenido en cuenta lo dispuesto en los artículos 21 y 26 de la Ley 25/1971 de Protección a las Familias Numerosas.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó en parte el recurso al entender que el sistema de precios y tarifas no incorporaba determinadas previsiones legales de ayuda a las familias numerosas por lo que hace referencia a las líneas de transporte interurbano de viajeros, terrestres, en tanto se efectúa el transporte en líneas regulares nacionales y de clase turista.

La actora recurre en casación al estimar que la sentencia de instancia no había hecho una correcta interpretación del concepto de transporte interurbano, ya que el transporte que se desarrolla dentro del área metropolitana ha de tener la consideración de transporte urbano. Por tanto, el conflicto quedó centrado en la cuestión de determinar qué concepto de transporte interurbano debía prevalecer, si el que se tuvo en cuenta al redactar la legislación de familias numerosas o el establecido en la legislación catalana en materia de áreas metropolitanas. Si debía imponerse el concepto de la legislación de familias numerosas, la resolución impugnada era contraria a derecho, pues no reconoció las ventajas a las familias numerosas en el transporte interurbano metropolitano. Si por el contrario se debía aplicar la legislación metropolitana, como el transporte se calificaba de urbano, la resolución recurrida era conforme a derecho, ya que en este tipo de transporte no existían beneficios para las familias numerosas.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida y afirma que debe prevalecer la normativa en materia de familias numerosas sobre la relativa a la entidad metropolitana de transportes. Por tanto, estima que la resolución impugnada no era ajustada a derecho al no reconocer las ventajas a las familias numerosas en el ámbito del transporte metropolitano. Los argumentos en los que el Tribunal Supremo basa su sentencia son de hecho dos. Por un lado, afirma que no parece admisible que el alcance de unas ayudas establecidas mediante ley estatal quede restringida con posterioridad por una ley autonómica (Ley 7/1987 de la conurbación de Barcelona). Por otro, afirma que el criterio favorable a extender las ayudas al transporte urbano e interurbano quedó confirmado en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, lo que pone de relieve la voluntad del legislador consistente en reconocer las ayudas en todo tipo de transporte.

C) Precios de conexión

Por diversas entidades operadoras se impugnó el acuerdo de la CMT sobre un conflicto de interconexión. La Audiencia Nacional estimó el recurso. Debe señalarse que durante la tramitación del recurso la CMT se allanó a la pretensión de los recurrentes. No obstante, como TESAV, parte codemandada, se opuso al allanamiento, se mantuvo el recurso y la Audiencia Nacional dictó sentencia estimatoria de las pretensiones de las actoras.

Recurrida por TESAV la sentencia de la Audiencia Nacional en casación, el Tribunal Supremo, en la **STS de 15 de abril de 2008**, Ar. 2727, desestimó el recurso. La recurrente alegaba la existencia de un trato desigual en la fijación de los precios de interconexión, pues dichos precios difieren según se trate de los relativos a la conexión a favor de los operadores dominantes por el acceso a su red, o bien de los precios que el operador dominante debe pagar por su interconexión a la red de los no dominantes.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso en base al siguiente razonamiento:

“Los motivos deben rechazarse porque el artículo 28 de la Ley General de Telecomunicaciones impone a los operadores dominantes, titulares de redes públicas a que publiquen una oferta de interconexión de referencia (OIR), entre cuyas cláusulas debe contenerse la de los precios de interconexión a su red, que les vincula desde el momento de su emisión, de tal forma que basta la aceptación de esa oferta por parte de los operadores no dominantes para que se perfeccione el contrato entre ambas partes.

Por el contrario, respecto de los precios que debe pagar el operador dominante por su interconexión a la red de los no dominantes para la terminación de llamadas originadas en la red de aquéllos, la situación no es igual, ya que la LGT no impone a los operadores no dominantes realizar una OIR. Será la negociación entre ambos operadores la que lleve a determinar esos precios, como claramente se infiere del artículo 8 del RIN, en el que se regula el contenido de los acuerdos generales de interconexión (AGI), y en el caso de que ese acuerdo no se consiga, será la decisión de la CMT la que los establezca, como se deduce de la letra i) del apartado 1 de dicho artículo, de tal forma que no puede hablarse de que el operador dominante tenga un derecho preexistente a un precio, a diferencia del no dominante que sí lo tiene en virtud del OIR. De todo lo cual se desprende que, aunque lo normal es que los precios de interconexión sean similares en ambas líneas, no necesariamente tiene que ser así.”

9. SERVICIO PÚBLICO. CORREOS. LIBERALIZACIÓN DEL SERVICIO POSTAL

El procedimiento de liberalización del sector postal es objeto de atención por la **STS de 3 de junio de 2008**, RJ 2008/3110, que resuelve el recurso contencioso-administrativo planteado por la sección correspondiente de Comisiones Obreras frente al Real Decreto 1298/2006, de 10 de noviembre, por el que se regula el acceso a la red postal pública.

Junto con motivos de carácter meramente formal, la impugnación del Real Decreto se fundamenta en tres motivos distintos. En primer lugar, se considera que el reconocimiento a opera-

dores privados de un derecho de acceso originario a la red postal pública vulnera lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, por la que se la liberalizan los servicios postales. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que la regulación reglamentaria no va más allá de lo previsto en la Ley, sino que desarrolla su contenido, exigiendo a dichos operadores privados una autorización singular, a la vez que este derecho de acceso no es un derecho incondicionado, sino que presupone que tales operadores lleguen a un acuerdo con el titular del servicio postal universal en cuanto a las condiciones de acceso.

En segundo lugar, el sindicato recurrente impugna el Real Decreto en lo que se refiere a la posibilidad de acceso de los operadores privados a la red postal pública en cualquier fase del servicio. Sin embargo, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo desestima también dicha alegación, al considerar que la Ley no especifica la modalidad concreta en que se debe plasmar el acceso de los operadores privados a la red pública, sin que pueda interpretarse tampoco que la Ley exija que el uso de la red postal pública sólo sea posible si se pretende ofrecer un servicio perteneciente al servicio postal universal en todas sus fases.

Por último, se denuncia el riesgo que deriva para el organismo público prestador del servicio público postal universal de la implantación de un modelo que en que se permite el acceso a la red de otros operadores, que podrían limitarse a prestar los servicios más rentables.

Pero, nuevamente, el Tribunal rechaza dicha argumentación al considerar que son alegaciones de naturaleza extrajurídica, que no vulneran precepto legal alguno. A la vez que esta incertidumbre económica que se augura para el servicio postal universal se contrarresta con otras medidas tendentes a asegurar la estabilidad económica del prestador de dicho servicio. Entre otros, se recuerda que dicho acceso se hace a cambio del pago de los servicios prestados a los demás operadores.

10. TELECOMUNICACIONES

A) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La STS de 13 de febrero de 2008, RJ 2008/1600, resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad Gestevisión Telecinco, SA frente la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2004. Mediante dicha resolución la Audiencia Nacional declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto por dicha entidad contra las resoluciones de la Comisión de Mercado de Telecomunicaciones (en adelante, CMT) que le requerían para que aportara cierta documentación.

La fundamentación de la Audiencia Nacional se basaba, principalmente, en la imposibilidad de impugnar el mencionado requerimiento de información efectuado por la CMT por considerarse como un acto de mero trámite que no entraba dentro de la categoría de actos recurribles a los efectos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

No obstante, el Tribunal Supremo llega a una conclusión completamente distinta, afirmando que la información solicitada por la CMT formaba parte de la estrategia comercial de la en-

XIV. Derecho Administrativo Económico

tividad requerida, lo que podía ocasionarle unos perjuicios irreparables si dicha información fuese puesta a disposición de terceros sin carácter confidencial. Por lo que, en consecuencia, estima el recurso de casación planteado por Gestevisión Telecinco, SA.

Sin embargo, es preciso apuntar también que el Tribunal Supremo no acoge los argumentos planteados por la recurrente sobre la falta de competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para efectuar dicho requerimiento. Aunque la entidad recurrente no es una operadora de telecomunicaciones, la Sala parte de la consideración que el objeto del recurso no era propiamente la imposición de una sanción sino un requerimiento de información. Por ello, el Tribunal Supremo entiende que la CMT, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, inspección y control en el ámbito de las telecomunicaciones, puede entrar, aunque sea tangencialmente, en otras áreas distintas de las telecomunicaciones. Si bien, corresponderá a los órganos pertinentes, en su caso, la decisión sobre la existencia de otras prácticas contrarias a la libre competencia.

La **STS de 29 de enero de 2008**, RJ 2008/1589, por su parte, se centra en la determinación de la condición de operador principal del mercado de telecomunicaciones efectuada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al amparo del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercado de bienes y servicios.

Según la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no es posible atribuir la condición de operador principal a un grupo y a todas las empresas integrantes de éste, porque el Real Decreto-Ley citado, al establecer determinadas limitaciones para los accionistas en el ejercicio de los derechos sociales en más de un operador principal, adopta una concepción individual del concepto “operador principal”, que se justifica por la razón del propio sistema que quiere que dichas limitaciones se establezcan solamente a cinco operadores principales, no a más. Número que indudablemente se superaría si se tomaran en consideración los casos de grupos de empresas.

B) Televisión local

La **STS de 4 de enero de 2008**, RJ 2008/1929, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado frente a una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que condenó a dicha Administración, al considerar que la asignación de un canal radioeléctrico para la emisión de la programación de TVE-1 había vulnerado los derechos fundamentales que reconoce el artículo 20.1 de la Constitución a la entidad Canal Burgos, SA, anterior usuario de dicha frecuencia.

El motivo de casación se centraba, en este caso, en la interpretación de la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres y, en particular, en la determinación de si la entidad Canal Burgos, SA gozaba del derecho a continuar emitiendo por la misma frecuencia radioeléctrica.

Planteado así el debate, el Tribunal Supremo estima el recurso presentado por la representación estatal, al considerar que dicha disposición legal debe interpretarse dentro del contexto

normativo amplio que supone la regulación general del dominio público radioeléctrico, sin que pueda significar el derecho o la libertad de emitir en cualquier frecuencia radioeléctrica en contra de la planificación y la asignación de frecuencias que el Estado haya decidido en ejercicio de sus competencias.

Por lo tanto, continuando con la argumentación mantenida por la misma Sala en otras ocasiones, se considera que la citada Ley 41/1995 no establece una habilitación legal para la continuidad en el funcionamiento de las emisoras anteriores, en contra de la planificación efectuada por la Administración del Estado, ni tampoco implica su legalización, “sino que tan sólo las coloca en una situación de garantía temporal. Y la significación de dicha garantía es únicamente imposibilitar que tales emisoras (...) a pesar de haber actuado careciendo de título habilitante, sean consideradas en situación de ilegalidad a los efectos de la infracción tipificada en la Ley 11/1998” (FJ 8°).

C) Servicio telefónico

La STS de 4 de marzo de 2008, RJ 2008/1748, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Telefónica frente la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2005.

El Tribunal Supremo estima el recurso planteado, reconociendo a Telefónica el derecho a proceder a la desconexión de la sociedad Redes y Servicios Liberalizados, SA (en adelante, RSL) y a resolver el acuerdo general de interconexión con la citada sociedad, sin que la ejecución de dichas medidas se debiera someter a la condición, impuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y confirmada incongruentemente por la Sala de instancia, de que la citada sociedad recuperara la plena facultad de disposición de sus activos una vez superada la situación de suspensión de pagos en la que se encontraba en aquel momento.

El razonamiento de la Sala parte de la consideración que el establecimiento de dicha condición no se justifica claramente en la protección de los intereses públicos, teniendo en cuenta, además, que la desconexión de la red de la sociedad RSL no supondría dificultades insuperables o excesivamente gravosas, ni trastornos de importancia para los usuarios, pudiéndose afectar, en cambio, el equilibrio económico del operador acreedor.

D) Radiodifusión

Mediante la STS de 3 de junio de 2008, RJ 2008/3112, se resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado por la Generalidad Valenciana frente al Real Decreto 964/2006, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia.

En concreto, la Generalidad Valenciana alegaba que dicha regulación reglamentaria infringía los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad reconocidos constitucionalmente, al posponer la determinación de la oferta de radio pública a la consulta en una página web, sin la necesaria publicidad y transparencia; a la vez que se denunciaba la falta de motivación de la utilización del procedimiento de urgencia en la elaboración del Real

XIV. Derecho Administrativo Económico

Decreto impugnado. No obstante, el Tribunal Supremo desestima los motivos de recurso presentados por la Generalidad, recordando la argumentación efectuada en su Sentencia de 20 de febrero de 2008 (reseñada en el número anterior de esta Revista), en la que se rechazó una impugnación similar a la que se efectúa en la demanda de este recurso.

Igualmente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera que, mediante la regulación impugnada, el Estado no ha hecho un ejercicio abusivo o invasivo de las competencias que en materia de telecomunicaciones y medios de comunicación social le atribuye el artículo 149.1.21 y 149.1.27 de la Constitución. En este sentido, partiendo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1993, de 27 de mayo, subraya que, sin perjuicio de reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas en la distribución de frecuencias radiofónicas, no es contrario a dicho régimen que el Estado distinga entre formas de gestión públicas y privadas, a la vez que no puede privársele de la determinación de las frecuencias disponibles, dado su carácter limitado.

11. TRANSPORTE POR CARRETERA

A) Imputación de infracciones administrativas

En la STS de 5 de febrero de 2008, RJ 2008/1592, se resuelve el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la abogacía del Estado, respecto a una interpretación que del artículo 140.17 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, realizó la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid, de fecha 27 de noviembre de 2006.

La Sala, tras exponer el razonamiento del Juzgado de instancia, examina los artículos 17.1 y 54 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, citada, así como el artículo 140.17 de la misma norma, y deduce que “la exigencia del legislador no es otra que la de que haya coincidencia entre el titular de la empresa de transporte, del vehículo que lo realiza –bien sea de forma dominical, arriendo o de cualquier otra forma jurídica–, y de la autorización administrativa necesaria”.

El Tribunal Supremo considera que esta exigencia es lógica puesto que permite un mayor control del servicio de transportes de pasajeros, y el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para llevarlo a cabo y, entre ellos, el de capacidad para prestarlos y los necesarios para la obtención de título administrativo habilitante.

Para el Tribunal Supremo, la cooperativa, como titular de la autorización de transporte, debe actuar como porteadora, siendo, por tanto, contrario a una interpretación racional y lógica del artículo que bajo esta figura jurídica pueda eludirse el cumplimiento de la norma, y se permita que miembros de la cooperativa, que quizá no reúnen los requisitos legales, puedan ser porteadores del transporte.

En la Sentencia ante el Juzgado de instancia, la cooperativa sancionada había alegado que estaba actuando de conformidad con la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, que permitiría una unidad de explotación en cada vehículo, suscep-

tible de ser adscrito al socio que lo haya aportado. Esta interpretación también es matizada por el Tribunal Supremo, en el sentido de señalar que la citada ley autonómica no amplía el campo de actuación de los cooperativistas respecto a la forma y requisitos de la prestación del servicio de transporte, sino que únicamente habilita a los Estatutos para regular una parte importante del sistema económico que debe mediar entre la cooperativa y sus socios.

Al tratarse de un recurso de casación en interés de la Ley, el Tribunal Supremo concluye declarando la doctrina correcta, que no es la propuesta por la abogacía del Estado, sino que es la siguiente: “La infracción prevista en el artículo 140.17 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su redacción dada por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, es imputable a aquellas Cooperativas de trabajo asociado que no asuman la posición porteadora en contratos de transportes realizados al amparo de sus autorizaciones por sus cooperativistas, aunque cada uno de éstos formen con su vehículo una explotación económica independiente y coticen al Régimen de Autónomos, lo que, por otra parte, no está expresamente prohibido por la LOTT”.

B) Unificación de concesiones

La STS de 15 de abril de 2008, RJ 2008/1775, resuelve, desestimándolo, el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 2 de febrero de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sobre concesión a una tercera entidad, distinta de la recurrente, del servicio público regular permanente de viajeros por carretera, concedido por Orden de 3 de abril de 2002, por sustitución y unificación de concesiones.

La compañía mercantil recurrente presenta cinco motivos de casación, que son rechazados de modo contundente por la Sala del Alto Tribunal, con base en las consideraciones siguientes.

En cuanto al primer motivo de casación, se alega la falta de motivación de la Orden impugnada, lo que para la compañía recurrente supondría una vulneración del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El Tribunal Supremo recuerda que el citado precepto de la Ley jurisdiccional va referido a las faltas o defectos de la sentencia que se impugna, y no del acto administrativo impugnado.

En el segundo motivo de casación, ahora de conformidad con el artículo 88.1.d) de la Ley de la jurisdicción, la recurrente insiste en la falta de motivación de la Orden sobre concesión de servicio regular de transporte por carretera. El Tribunal Supremo rechaza este motivo casacional, puesto que la sentencia de instancia acreditó, a partir de los diversos informes de los servicios técnicos de la administración, que había una motivación implícita, la cual ha sido admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional, plasmada, entre otras, en su Sentencia 122/1994, y también por el propio Tribunal Supremo. Debe añadirse que no se ha producido indefensión para la parte recurrente, ya que ha podido presentar las alegaciones pertinentes tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional.

El Tribunal Supremo rechaza el tercer motivo de casación porque, en contra de lo que sostiene la compañía mercantil recurrente, la sentencia de instancia no dice que la administración pueda realizar cualquier modificación y sin límite alguno, sino que pueda adoptar las que

XIV. Derecho Administrativo Económico

sean necesarias o convenientes para una mejor explotación del servicio, siempre con respeto al equilibrio económico de otras concesiones. En el presente caso, la sentencia de instancia constató que no se aportó ni se propuso prueba alguna sobre las pérdidas de ingresos u otros perjuicios a la concesión de la entidad recurrente.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo rechaza los motivos cuarto y quinto del recurso, tras destacar que en el presente asunto no se trata de una nueva concesión sino de un proceso de unificación de concesiones anteriores, lo que estaba permitido por la normativa. Frente a la alegación de la parte actora, consistente en que las concesiones unificadas no pueden ser otorgadas para quince años, el Tribunal Supremo remarca que la entidad recurrente no ha acreditado tal afirmación. La sentencia concluye indicando que el recurso de casación no es una nueva vía de apelación, y que no pueden aducirse nuevos motivos de impugnación que no se hubieran planteado ante la Sala de instancia.

C) Proceso de sustitución de concesiones

En la STS de 29 de abril de 2008, RJ 2008/2736, se resuelve el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de abril de 2005, sobre concesión de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera.

El Tribunal Supremo rechaza el citado recurso remitiéndose en gran parte a sus anteriores Sentencias de 1 de febrero de 2006, RJ 2006/2841, y 12 de junio de 2007, RJ 2007/5224.

Así, de conformidad con las dos resoluciones reseñadas, el Alto Tribunal recuerda que el origen de la cuestión procesal planteada reside en el contrato que celebraron en 1986 RENFE, como arrendataria (y posteriormente sustituida por Enatcar), y la entidad mercantil ahora recurrente, en calidad de arrendador, relativo al servicio público regular de transporte mecánico por carretera entre Málaga y Barcelona, con hijuelas.

El contrato fue resuelto unilateralmente por Enatcar con efectos de 1 de enero de 1991. Posteriormente, varias resoluciones judiciales adoptadas en la jurisdicción civil obligaron a Enatcar a su cumplimiento.

Ahora bien, el Tribunal Supremo coincide con la abogacía del Estado en que la cuestión relativa a los derechos preexistentes de empresas privadas colaboradoras en la prestación del servicio público regular del transporte por carretera no puede interferir en el proceso de sustitución de concesiones por nuevas concesiones aprobadas de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Frente a ello no puede prevalecer el contenido de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que en su punto tercero dispuso que se respetaran los derechos jurídicos privados de las empresas, derivados de contratos que éstas hubieran suscrito con anterioridad a la aprobación de dicha ley, ya nacidos y patrimonializados. A estos efectos, el Tribunal Supremo destaca la relevancia de la derogación de la mencionada Dispo-

sición Adicional Primera por el Real Decreto-Ley 6/1998, de 5 de junio, que tenía como objetivo racionalizar urgentemente el sector público estatal en materia de transportes terrestres, todo ello sin perjuicio de los derechos preexistentes reconocidos en la jurisdicción civil.

El Tribunal Supremo prosigue su remisión a sus sentencias anteriores, exponiendo que el Tribunal Superior de Justicia no tenía que ejecutar sentencia alguna sino resolver sobre la legalidad de la sustitución de una concesión por otra, especialmente en cuanto que la recurrente estuvo presente en el expediente sobre las sustituciones y presentó alegaciones en torno a ellas. Tras la adjudicación definitiva, la entidad recurrente recurrió, si bien lo hizo, no desde el punto de vista del derecho a permanecer o no en la prestación del servicio, sino desde la vertiente de la indebida resolución de un contrato civil, cuya discusión no era pertinente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. En consecuencia, no hubo vicios de procedimiento que le ocasionaran indefensión.

Con cita particular de la Sentencia de 12 de junio de 2007, del propio Tribunal Supremo, se remarca de nuevo que la autorización del cambio de titularidad de las concesiones a favor de diversas empresas no produce el efecto propugnado por la compañía recurrente de hacer inejecutable las sentencias adoptadas en la vía jurisdiccional civil.

Tras la remisión a sus sentencias anteriores, el Tribunal Supremo examina a continuación dos cuestiones nuevas planteadas en el presente recurso, resuelto por Sentencia de de 29 de abril de 2008. Por una parte, la entidad mercantil recurrente alega que no se ha justificado el equilibrio económico de las concesiones que se unifican. El Alto Tribunal rechaza este motivo porque considera que la recurrente no está legitimada para plantear esa falta de equilibrio, sino que afecta a otra entidad concesionaria. En concreto, el Tribunal Supremo expone que si la unificación es solicitada por el concesionario, debe presumirse que él es el primero en el mantenimiento del equilibrio de la concesión, de tal forma que, si no hay oposición de éste a que ésta se lleve a cabo en la forma establecida, mal puede decirse que ese equilibrio se haya roto. Sólo será en casos extremos de riesgo económico evidente, que aquí no se observan.

Por otra parte, el Tribunal Supremo examina la segunda cuestión nueva planteada en el presente recurso, y que consiste en el problema relativo a la ampliación de tráficos del servicio objeto de unificación. El Tribunal desestima también este último motivo de casación, tras recordar que la misma sentencia de instancia dijo que “no se acredita perjuicio alguno para dicha parte por las ampliaciones acordadas”, a lo que hay que añadir la discrecionalidad técnica de la administración en este ámbito, y que sólo en supuestos de arbitrariedad o irracionalidad cabría modificar, lo que no sucede en el presente asunto.

RICARD GRACIA RETORTILLO

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD**Sumario:**

- 1. Consumo.** A) La “Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc Consumo” impugna el Real Decreto 613/2006 por el que se conceden determinadas subvenciones a las asociaciones de consumidores afectados por el caso Afinsa y Forum Filatélico. B) La “Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc Consumo” impugna el Real Decreto 894/2005 que regula el Consejo de Consumidores y Usuarios. **2. Deporte.** A) Producción y retransmisión de competiciones o acontecimientos deportivos previamente catalogados como de interés general que tengan lugar durante la jornada de huelga. B) Derecho fundamental de un jugador ruso o turco a la práctica de su profesión de futbolista en iguales condiciones que los jugadores españoles o comunitarios.
- 3. Educación.** A) No universitaria. a) Condiciones para los conciertos educativos.
- 4. Extranjeros.** A) Incompatibilidad con el Derecho comunitario del requisito de la nacionalidad del Estado miembro para ser capitán y oficial de navío. B) Permiso de residencia y trabajo. C) Denegación de entrada y expulsión. D) Extradición. E) Asilo y condición de refugiado. F) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Impugnación del acuerdo general entre el Gobierno y la ONCE para la autorización de la comercialización de distintos juegos. **6. Sanidad.** A) El Derecho comunitario como límite a la competencia de los Estados sobre dispensación de productos farmacéuticos. **7. Seguridad privada.** A) Recurso directo contra el Reglamento de seguridad privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, interpuesto por USO y UGT.

1. CONSUMO

- A) La “Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc Consumo” impugna el Real Decreto 613/2006 por el que se conceden determinadas subvenciones a las asociaciones de consumidores afectados por el caso Afinsa y Forum Filatélico**

La STS de 7 de febrero de 2008, Ar. 981, con fundamento en el artículo 31.7.c) de la Ley 38/2003, que prohíbe subvencionar los gastos de procedimientos judiciales, declara nulos

el número 2, letra b), y el número 4, ambos del artículo 3 del Real Decreto 613/2006 por el que se conceden determinadas subvenciones a las asociaciones de consumidores afectados por el caso Afinsa y Forum Filatélico. Al respecto se entiende que son gastos de esta naturaleza los previstos en el artículo 3.2.b) y para los que se destina un importe máximo de 1.300.000 euros.

Asimismo, se añade que se estima en más de 350.000 los afectados por la situación de Afinsa y Forum Filatélico y si la decisión de otorgar subvenciones contempla un estado de cosas en el que los medios de que normalmente disponen las Asociaciones de consumidores y usuarios no son suficientes para hacer frente a un volumen de reclamaciones simultáneo tan elevado como el que se estaba produciendo, lógica es la opción de que los fondos públicos, siempre limitados, se destinen a aquellas organizaciones que por ser las más representativas a nivel nacional habían de ser receptoras de un número significativamente mayor de solicitudes de asesoramiento.

B) La “Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc Consumo” impugna el Real Decreto 894/2005 que regula el Consejo de Consumidores y Usuarios

La STS de 5 de febrero de 2008, Ar. 1936, ante la falta de legitimación imputada a la asociación recurrente, razona que el número 3 del artículo 20 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios condiciona que las asociaciones puedan gozar de cualquier beneficio que les otorgue la Ley a que figuren inscritas en el Libro-Registro que se lleva en el Ministerio de Sanidad y Consumo y reúnan las condiciones que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio. O lo que es lo mismo, para gozar de cualquier beneficio la condición *sine qua non* para ello es figurar en el Libro-Registro, de modo que excluida la asociación de él no es posible obtener beneficio alguno. Pero lo que desconoce ese planteamiento, a juicio del Tribunal Supremo, es que recurrir en este caso un Real Decreto por una asociación de consumidores, conforme a la legislación vigente, no sólo no es un beneficio sino que puede constituir un derecho y un deber a ejercer acciones en defensa de sus asociados, o de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios para el que están legitimados, sin que esa legitimación quede condicionada por su inclusión en el Libro-Registro, de conformidad con lo establecido en el artículo 19.1.b) y 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que para ello basta con que estén legalmente constituidas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, Capítulo II, artículos 5 y siguientes, y al que se remite el artículo 20.1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La demandante impugna el artículo 3.6 del Real Decreto 894/2005 que dispone que “la selección de las asociaciones, federaciones, confederaciones y cooperativas de consumidores y usuarios para formar parte del Consejo se realizará en consonancia con lo establecido en los artículos 22.5 y 20 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de entre las que se hallen inscritas en el libro de registro del Ministerio de Sanidad y Consumo con una antigüedad mínima de inscripción de cinco años (...) cuya ponderación se establecerá en la orden ministerial de convocatoria”. La demanda en el planteamiento que efectúa cuestiona tanto la necesidad de la inscripción en el Registro, como la restricción que inserta el artículo 3.6 en relación con

XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

la selección de aquellas que inscritas en el registro cuenten con una antigüedad mínima de inscripción de cinco años.

El Tribunal Supremo da la razón a la recurrente en esta doble cuestión. Al efecto recuerda que el artículo 20 de la Ley 26/1984, en el núm. 1 dispuso que “las Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados y podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en su defensa, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2. Su organización y funcionamiento serán democráticos”. Por lo tanto, ese requisito de inscripción no afecta a la existencia de las asociaciones que se constituyen conforme a la Ley de asociaciones. Tal y como resulta del número 3 de ese mismo precepto la inscripción en el libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo no es otra cosa más que un requisito que la Ley impone para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes, al que además habrán de sumarse los de reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio. Así lo consideró la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1989 cuando expuso que “la inscripción en dicho libro registro no es sino un elemento que, junto al cumplimiento de otros requisitos que reglamentariamente se determinarán para cada tipo de beneficio que se instituya, opera como una condición previa para el otorgamiento por el Estado de cualesquiera ayudas o beneficios, no advirtiéndose en ello condicionamiento ilegítimo alguno para las asociaciones constituidas con arreglo a la normativa propia que, en su caso, pueden dictar las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asociaciones y de defensa del consumidor y del usuario. No se trata, por tanto, de que la inscripción en el registro estatal, llevado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, se exija necesariamente para la válida constitución de las asociaciones de consumidores y usuarios, ya que esa inscripción se practicará en el referido registro o en el que corresponda en la normativa con arreglo a la cual se constituyan”.

Y lo mismo ocurre con la exigencia que establece el artículo 3.6 del Real Decreto 894/2005 impugnado cuando exige que para que una asociación pueda integrarse en el Consejo de Consumidores y Usuarios es preciso que además de constar inscrita en el Registro que existe en el Ministerio de Sanidad y Consumo cuente esa inscripción con una antigüedad mínima de cinco años, restricción declarada por el Tribunal Supremo como insostenible. Lo único que a estos efectos debe contar es la representación que ostenten las asociaciones y que se podrá acreditar por los medios que la Administración posee para ello. De ahí deriva una ineludible consecuencia y es que una asociación recientemente constituida puede poseer una implantación muy superior a otras que lleven mayor tiempo de actividad y que por el número de asociados que acredite, por los medios con los que cuente, ... pueda ser más representativa que otras muchas y pueda alcanzar las condiciones que le permitan pasar a formar parte de las seleccionadas de acuerdo con las exigencias que derivan de los requisitos que exigen los apartados a) a h) del núm. 6 del artículo 3 del Real Decreto u otras que se puedan establecer, de modo que en ese punto el Real Decreto es nulo porque impone la inscripción en el registro como condición para poder optar a estar entre las asociaciones que puedan integrarse en el

Consejo, además de la exigencia temporal de cinco años que añade, teniendo en cuenta que ambas exigencias carecen de cobertura legal.

2. DEPORTE

A) Producción y retransmisión de competiciones o acontecimientos deportivos previamente catalogados como de interés general que tengan lugar durante la jornada de huelga

La STS de 21 de diciembre de 2007, Ar. 582/2008, considera contrario al artículo 28.2 de la Constitución el apartado del Real Decreto 392/2006 [artículo 2.d)] que incluye entre los servicios esenciales la producción y retransmisión de las competiciones o acontecimientos deportivos previamente catalogados como de interés general que tengan lugar durante la jornada de huelga. La catalogación de una competición o acontecimiento deportivo como de interés general, conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, ciertamente constituye un indicio revelador de la trascendencia social de ese hecho deportivo. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan no es un factor por sí mismo determinante pues si el legislador ha querido atribuir una indudable relevancia a esa catalogación en orden a la salvaguarda del derecho de acceso a la información y de la libre concurrencia de las empresas informativas (Exposición de Motivos de la Ley 21/1997), la mera invocación de esos valores implícitos en la catalogación no es por sí misma suficiente para justificar la restricción del derecho de huelga. Como tampoco parece suficiente, a juicio del Tribunal Supremo, la invocación que se hace en el preámbulo del Real Decreto recurrido a lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley 21/1997 (“Las competiciones o acontecimientos deportivos de interés general deberán retransmitirse en directo, en emisión abierta y para todo el territorio del Estado”), pues esa regla, lo mismo que la excepción que a continuación contempla ese mismo precepto, está formulada con una finalidad estrechamente vinculada a aquellos valores que destaca la Exposición de Motivos de la Ley 21/1997, que no guardan relación con eventuales restricciones al derecho de huelga.

Por tanto, la inclusión en el catálogo de acontecimientos deportivos de interés general al que se refiere el mencionado artículo 4.3 de la Ley 21/1997 no es un dato por sí mismo determinante, pues aquella catalogación se hace atendiendo a valores y consideraciones que por sí mismos no justifican una restricción o sacrificio del derecho de huelga. Y puesto que el Real Decreto impugnado no aporta ningún otro dato que complete la justificación, se debe concluir que este artículo 2.d) del Real Decreto 392/2006 vulnera el artículo 28.2 de la Constitución.

B) Derecho fundamental de un jugador ruso o turco a la práctica de su profesión de futbolista en iguales condiciones que los jugadores españoles o comunitarios

La STS de 23 de noviembre de 2007, Ar. 826/2008, culmina el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de un futbolista ruso, al que en el año 2002 se le denegó la licencia federativa en igualdad de condiciones que a los españoles y comunitarios y, por lo tanto, se declaró que ocupaba plaza de extranjero a los efectos del cupo establecido para la temporada 2002/2003 en el Acuerdo de 28 de mayo de 1999, suscrito

XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

por la RFEF, la Liga Nacional de Fútbol Profesional, con el acuerdo del Consejo Superior de Deportes, y posteriormente ratificado por la Asociación de Futbolistas Españoles. En primera instancia el TSJ de Madrid rechaza el recurso, e idéntica tesis mantiene la abogacía del Estado y el Ministerio fiscal frente al recurso de casación interpuesto.

En su fundamento primero la sentencia recurrida delimita el objeto del litigio señalando que consiste en determinar si la denegación al recurrente –jugador profesional de fútbol, de nacionalidad rusa, con tarjeta de residencia y de trabajo vigente y que presta sus servicios profesionales en virtud de contrato suscrito con la Real Sociedad de San Sebastián– de licencia federativa de jugador nacional/comunitario incide negativamente en el contenido constitucional del artículo 14 CE. Y como la propia sentencia recurrida explica, el demandante funda su pretensión en el artículo 23 del Acuerdo de Colaboración y Cooperación firmado en Corfú el 24 de junio de 1994, conforme al cual tendría derecho a no ser discriminado respecto de los jugadores nacionales y/o comunitarios, por lo que la negativa a otorgarle licencia de jugador nacional o comunitario constituye una clara discriminación por razón de la nacionalidad prohibida por el artículo 14 CE.

Lo que confirma el Tribunal Supremo, siguiendo la STJCE en el caso Kolpak (comentada en esta misma crónica de la Revista en el núm. 20), así como otra precedente STS de 24 de mayo de 2006 (comentada en esta misma Revista en el núm. 34), cuyos fundamentos son enteramente trasladables al presente caso, pues ya hemos señalado la igualdad sustancial que se advierte entre lo dispuesto en el artículo 38 del Acuerdo CE /Eslovaquia que allí se examina y lo que se dispone en el artículo 23 del Acuerdo de Cooperación CE /Rusia que aquí interesa. En el citado artículo 23.1 se establece que “(...) la Comunidad y sus Estados miembros velarán por que el trato que se conceda a los nacionales rusos, legalmente empleados en el territorio de un Estado miembro, no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado”. Pero, aparte del evidente paralelismo que existe entre el caso presente y el resuelto en la Sentencia de 24 de mayo de 2006, sucede que con relación al mencionado artículo 23 del Acuerdo de Cooperación CE/Rusia también ha recaído un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que viene a precisar su alcance. En efecto, la STJCE de 12 de abril de 2005 en el caso Simutenkov (comentada en esta misma Revista en el núm. 28), determina que “El artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, firmado en Corfú el 24 de junio de 1994 y aprobado en nombre de las Comunidades mediante la Decisión 97/800/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 30 de octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.

En igual sentido, se pronuncia el ATJCE de 25 de julio de 2008, C-152/08, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid, el 24 de octubre de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de abril de 2008, en el procedimiento que opone por un lado a la

Real Sociedad de Fútbol y a Nihat Kahveci frente al CSD y a la RFEF. Al efecto téngase presente que Nihat obtuvo la licencia federativa como jugador no comunitario, y su recurso fue desestimado por Resolución de 5 de febrero de 2002 de la RFEF, que a su vez fue recurrida ante el CSD, y frente a esta última desestimación producida mediante Resolución de 26 de junio de 2002 se interpuso recurso ante el órgano jurisdiccional competente. El Tribunal de Justicia reproduce su doctrina de los ya citados casos Kolpak y Simutenkov y concluye señalando que “la prohibición de toda discriminación contra los trabajadores turcos integrados en el mercado legal de trabajo de los Estados miembros en lo que se refiere a la retribución y a las demás condiciones de trabajo, tal y como se formula en el artículo 37 del Protocolo Adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad turca, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear, en las competiciones de ámbito estatal, un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no sean partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.”

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Condiciones para los conciertos educativos

La STS de 16 de octubre 2008, Ar. 2118, en relación con los conciertos educativos, reitera que el concierto debe concederse por parte de la Administración si se reúnen las dos condiciones reglamentariamente previstas: a) cuando en el lugar en que se ubique el centro existan necesidades de escolarización y b) cuando sean suficientes los fondos públicos destinados al sostenimiento de centros concertados.

4. EXTRANJEROS

A) Incompatibilidad con el Derecho comunitario del requisito de la nacionalidad del Estado miembro para ser capitán y oficial de navío

Así lo establece la STJCE de 11 de septiembre de 2008, As. Comisión c. Italia, C-447/07, recordando jurisprudencia ya existente para casos similares (destacadamente, la STJCE de 30 de septiembre de 2003, As. Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01).

B) Permiso de residencia y trabajo

La STS de 13 de mayo de 2008, Ar. 2751, ratifica la legalidad del otorgamiento (en vía jurisdiccional) del permiso de trabajo, puesto que la denegación administrativa se fundaba en un informe del INEM (sobre la situación de empleo) que no constaba en el expediente original,

sino que se aportó con posterioridad (en el período probatorio del recurso contencioso-administrativo); lo que se rechaza por el Tribunal Supremo con las siguientes palabras: “no es que la Administración al aportarlo (el informe del INEM) se limite a completar un expediente que en su día estuvo completo (lo que es correcto), sino que pretende justificar en el proceso algo que no estuvo justificado en el expediente administrativo (lo que no lo es, porque la Administración ha de probar en el expediente, y no después, los hechos que justifican el ejercicio de su potestad)”.

Por su parte, la STS de 18 de junio de 2008, Ar. 3257, ratifica la legalidad del permiso de trabajo en atención al tipo de trabajo de que se trataba (cuidado de un anciano ciego e impedido, durante 24 horas al día), que no era asimilable al trabajo doméstico al que se refería el informe del INEM.

Y la STS de 14 de mayo de 2008, Ar. 2058, reitera su doctrina en relación a que no es suficiente para denegar el permiso de residencia la aportación por parte de la Administración de una simple fotocopia de una sentencia penal condenatoria de la que se desconoce si es o no firme o si está en suspenso por haberse recurrido o si el afectado se encuentra beneficiándose de su remisión condicional.

C) Denegación de entrada y expulsión

En un procedimiento de expulsión, la STS de 19 de mayo de 2008, Ar. 2757, considera correctamente aplicada la previsión del artículo 19.2 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora y, en consecuencia, considera legal la orden de expulsión, sin previa notificación de la propuesta de resolución, teniendo en cuenta que al interesado (asistido de Letrado) ya se le hizo saber que el acuerdo de iniciación tendría el carácter de propuesta de resolución en caso de no presentar alegaciones; y no habiéndose alegado nada por parte del interesado, la propuesta de resolución no tenía por qué serle específicamente notificada para un nuevo trámite de alegaciones.

La STS de 12 de mayo de 2008, Ar. 2746, se enfrenta con la legalidad de una orden de alejamiento de la ciudad de Ceuta y, ante una justificación excesivamente genérica e impersonal por parte de la Administración (pues las referencias lo eran a la especialísima situación de la ciudad de Ceuta, donde el excesivo número de extranjeros crea conflictos y situaciones que inciden de manera notoria sobre la seguridad pública), el Tribunal Supremo la rechaza, porque “la toma en consideración de la singular situación de Ceuta, por lo demás notoria, no puede llevar a la entera desnaturalización de la norma legal que contempla el alejamiento como medida a adoptar con carácter individual”.

D) Extradición

La STC 120/2008, de 13 de octubre, otorga el amparo frente a un Auto de la Audiencia Nacional que acordó la entrega del recurrente a las autoridades italianas. El Alto Tribunal concederá el amparo, pero lo que aquí más interesa es su interpretación con respecto a la cosa juzgada, y que podemos sintetizar en lo siguiente: “si bien nuestra jurisprudencia admite que en determinados supuestos las resoluciones que deniegan una extradición pueden ser sustituidas por otras, también afirma que ello no es así en todo caso. Y que la clave para

discriminar unos casos de otros está en el análisis de la *ratio decidendi* de la denegación en el primer proceso extradicional, diferenciando entre aquellas denegaciones fundadas en razones puramente formales o procedimentales no conectadas con las causas de denegación referidas a las condiciones procesales o materiales de la causa penal (que, en principio, no tienen efecto de cosa juzgada respecto de posteriores solicitudes de extradición o entrega), y aquellas que sí lo están (en las que sí podría concurrir tal efecto, pues estas últimas sí pueden generar en el ciudadano expectativas legítimas de intangibilidad de la primera decisión)” (FJ 3°).

E) Asilo y condición de refugiado

De la abundante jurisprudencia destacaremos aquí algunas sentencias, únicamente.

Así, la **STS de 30 de abril de 2008**, Ar. 2043, que anula la inadmisión a trámite de la solicitud porque la Administración adujo que el relato del recurrente (de los hechos que motivaban la persecución alegada, se entiende) era vago e impreciso; para el Tribunal, sin embargo, la inverosimilitud (que sí es causa que justifica la inadmisión) “no tiene nada que ver con la vaguedad, ni con la falta de contenido informativo, pues hace referencia a la ‘apariencia de no verdadero’, lo que es distinto. (...), la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo sólo cabe respecto de solicitudes tan manifiestamente infundadas que no merezcan un examen en profundidad”.

La **STS de 13 de mayo de 2008**, Ar. 2054, también anula otra inadmisión a trámite, pero en esta ocasión por no haber estado asistidos los solicitantes (naturales de Eslovaquia) de un intérprete.

Por su parte, las **SSTS de 7 de mayo y de 30 de junio de 2008**, Ar. 2046, 3326 y 3332, respectivamente, ratifican la legalidad de la denegación del asilo porque, conforme a jurisprudencia reiterada, las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal.

La **STS de 8 de mayo de 2008**, Ar. 2048, interpreta que el “temor a ser perseguido” no es un elemento suficiente para la concesión de asilo si no va unido a datos objetivos al respecto.

La **STS de 16 de mayo de 2008**, Ar. 2061, anula la denegación del asilo al considerar que se había producido indefensión en el solicitante al no habersele ofrecido la posibilidad de recabar un Abogado de oficio.

Puede tener también interés –por su significación más allá del proceso concreto que se resolvía– la **STS de 16 de mayo de 2008**, Ar. 2062, donde podemos leer lo siguiente:

“En otros muchos recursos que hemos examinado sobre esta materia de asilo, hemos rechazado alegaciones similares a la aquí planteada, acerca de la falta de motivación de la decisión de la Administración, pero si así nos pronunciamos entonces fue porque en esos casos, aun cuando la resolución denegatoria del asilo estaba –como en éste– redactada conforme a un formulario genérico, sin embargo la decisión de la Administración se basa-

XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

ba en un previo informe desfavorable del órgano instructor del expediente, que contenía una valoración detallada del relato efectuado en la solicitud, de los medios de prueba aportados por el solicitante y del propio trabajo de investigación de la solicitud efectuado por la Administración. Así pues, en esos casos la falta de precisión del formulario empleado en la resolución administrativa quedaba, de alguna manera, corregida o salvada por el informe previo del instructor, en la medida que a través de su lectura podían conocerse las concretas razones determinantes del rechazo de la petición de asilo, y eso permitía descartar que la elección del formulario hubiera sido irreflexiva o rutinaria; mas eso es justamente lo que se echa en falta en este caso.

En efecto, en el caso que ahora nos ocupa, no hay en el expediente ningún informe u otra clase de documento que permita suplir las insuficiencias de la motivación de la resolución de la Administración. Parece que la Administración ha tenido en cuenta el expediente del marido de la solicitante, pero lo cierto es que no se ha incorporado copia del mismo al expediente de Doña Alicia ni existe la menor información sobre su contenido y vicisitudes, por lo que a tenor de las actuaciones practicadas en el expediente de doña Alicia resulta imposible saber con certeza cuáles son las específicas razones que han determinado la decisión de la Administración. Y esa falta de datos no ha sido corregida en el curso del proceso, pues la contestación a la demanda por el Sr. Abogado del Estado es un breve escrito en el que nada se dice sobre las concretas alegaciones de la demandante e incluso se confunde el objeto del proceso, dado que se analiza como si versara sobre una inadmisión a trámite de la solicitud de asilo; y ya en casación, el escrito de oposición no es más que un formulario igual al utilizado en muchos otros casos, sin ninguna referencia circunstanciada al caso examinado.”

Por su parte, la **STS de 29 de mayo de 2008**, Ar. 3014, puede tener interés, asimismo, a efectos del caso concreto de solicitantes colombianos que aducen persecución por las FARC.

Siguiendo reiterada línea jurisprudencial, la **STS de 29 de mayo de 2008**, Ar. 3013, anula una denegación de asilo por ausencia de comunicación al ACNUR.

En fin, la **STS de 18 de julio de 2008**, Ar. 3455, considera que el hecho de ser saharauí y haber nacido en el territorio del antiguo Sahara español, por sí solo, no es indicativo de ninguna persecución.

F) Nacionalidad

La **STS de 12 de mayo de 2008**, Ar. 2743, interpreta que la condición de apátrida está vinculada a la circunstancia de que la persona solicitante no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación; cosa que, en el caso concreto del recurrente (con partida de nacimiento de Marruecos), no se producía.

La **STS de 2 de julio de 2008**, Ar. 3405, reitera su jurisprudencia al respecto, en el sentido de que el requisito de la buena conducta cívica no es identificable con la ausencia de antecedentes penales, sino que requiere la presencia de datos positivos reveladores de tal buena conducta.

5. JUEGO

A) Impugnación del acuerdo general entre el Gobierno y la ONCE para la autorización de la comercialización de distintos juegos

La STS de 26 de febrero de 2008, Ar. 1957, resuelve el recurso interpuesto por la Agrupación Nacional de Asociaciones Provinciales de Administradores de Loterías (ANAPAL) contra el Acuerdo General entre el Gobierno y la Organización de Ciegos Españoles (ONCE) en materia de Cooperación, Solidaridad y Competitividad para la estabilidad de futuro de la ONCE para el período 2004-2011, suscrito por el Excmo. Sr. Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y el Presidente del Consejo General de la Organización Nacional de Ciegos Españoles en 3 de febrero de 2004 y aprobado por el Gobierno en la reunión del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2004.

El Tribunal Supremo admite la legitimación de la demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1.b) para la defensa de los derechos e intereses colectivos, en este caso de sus asociados titulares de administraciones de loterías, al considerar que las medidas aprobadas afectan a sus intereses económicos al permitir la comercialización a la ONCE de distintos juegos. Si prosperase el recurso, y la ONCE hubiera de dejar de comercializar algunos de esos juegos o la lotería instantánea que le fue concedida, es claro que no es una hipótesis sino una realidad que cantidades de dinero que ahora se destinan por los jugadores a esos juegos y lotería se utilizarían para tomar parte en aquellos que se comercializan a través de los establecimientos de los que son titulares los asociados de la agrupación recurrente, y no solamente eso, y esto sí es una hipótesis, pero que podría constituirse en realidad, que para el caso de que se anulase esa parte del Acuerdo General, determinados juegos podrían ser comercializados, si así lo estimase conveniente el Estado, a través de las Administraciones de Loterías, lo que sin duda beneficiaría a sus intereses.

Frente a la tesis de la recurrente el Tribunal Supremo da la razón a la Abogacía del Estado y entiende que el Acuerdo suscrito entre el Gobierno y la Once carece de contenido normativo por lo que no está sometido al principio de publicidad de las normas. Por su parte, a juicio del Tribunal Supremo, la cesión que el Estado efectúa a favor de la ONCE de la explotación de determinados juegos activos a los que se refiere la cláusula 16 del Acuerdo General impugnado no es arbitraria ni caprichosa sino que cumple un fin social, que es el de subvenir a cubrir las necesidades de aquellas personas invidentes o afectadas por otra discapacidad y que comercializando de acuerdo con las normas establecidas esos productos del juego obtienen un puesto de trabajo y unos ingresos que les permiten vivir dignamente de su labor. Y, como expresa la contestación a la demanda, esa cobertura legal la posee la Administración para proceder de ese modo a través de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que dio nueva redacción a la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, y que expresó que “la Organización Nacional de Ciegos Españoles precisará Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, de acuerdo con los Ministros de Economía y Hacienda y del Interior, para la concesión de autorizaciones relativas al régimen de sorteos del cupón pro ciegos, así como de cualquier otra modalidad de juego de las definidas en el ‘Acuerdo general entre el Gobierno y la ONCE’ vigente

en cada momento”, requisito que en este caso cumple la cláusula 16 del Acuerdo vigente aquí recurrido.

Finalmente, el Tribunal Supremo entiende que no hay subvención, no porque pudiera estar comprendida en la excepción del número 2 del artículo 3 de la Ley 38/2003, sino porque no puede entenderse incluida en ninguno de los tres supuestos del número 1 del artículo citado de la Ley, puesto que en todo caso falta un elemento esencial de la subvención que es el de la cuantificación de la cantidad que se otorga, y que en este caso no puede quedar determinada *a priori* ya que el resultado que obtenga por ese juego la ONCE estará en función de los beneficios que consiga como consecuencia de la gestión de comercialización que efectúe.

6. SANIDAD

A) El Derecho comunitario como límite a la competencia de los Estados sobre dispensación de productos farmacéuticos

La STJCE de 11 de septiembre de 2008, As. Comisión c. Alemania, C-141/07, recuerda a este respecto que:

“22. (...) tanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como del artículo 152 CE, apartado 5, resulta que el Derecho comunitario no supone merma de la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a regular el consumo de productos farmacéuticos, en interés del equilibrio financiero de sus regímenes del seguro de enfermedad, así como para organizar y prestar servicios sanitarios y de asistencia médica (Sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros, 238/82, Rec. p. 523, apartado 16, y de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04, Rec. p. I-4325, apartados 92 y 146).

23. No obstante, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario al ejercer dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías (véase la Sentencia de 28 de abril de 1998, Decker, C-120/95, Rec. p. I-1831, apartados 23 a 25). Dichas disposiciones implican la prohibición de que los Estados miembros introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dicha libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria (véase, respecto a la libre prestación de servicios, la sentencia Watts, antes citada, apartado 92).

(...).

25. Hay que precisar por otra parte que, en el estado actual del Derecho comunitario, en el que el abastecimiento de medicamentos a los hospitales no es objeto de armonización a nivel comunitario, la determinación de las normas en esa materia continúa siendo competencia de los Estados miembros, siempre que se respeten las disposiciones del Tratado y, en particular, las que se refieren a la libre circulación de mercancías (véase, en este sentido, la Sentencia de 21 de marzo de 1991, Delattre, C-369/88, Rec. p. I-1487, apartado 48).”

7. SEGURIDAD PRIVADA

A) Recurso directo contra el Reglamento de seguridad privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, interpuesto por USO y UGT

La STS de 17 de junio de 2008, Ar. 4209, resuelve el recurso directo que había sido suspendido en su tramitación por el Tribunal Constitucional, hasta que a su vez se resolvió el conflicto positivo de competencias 1903/1995 planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña en relación con determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre; suspensión que fue alzada mediante Providencia de la Sala de 22 de junio de 2005, una vez recibida del Tribunal Constitucional su STC de 9 de junio de 2005.

La cuestión central de la impugnación reside en el examen de la legalidad del artículo 84.1 del RSP que dispone que “Los vigilantes de seguridad que presten o puedan prestar servicio con armas deberán realizar un ejercicio obligatorio de tiro al semestre, efectuando el número de disparos que se determine por el Ministerio de Justicia e Interior y no debiendo transcurrir más de ocho meses entre dos ejercicios sucesivos. La falta de realización o el resultado negativo del ejercicio de tiro podrá dar lugar a la suspensión temporal de la correspondiente licencia de armas hasta que el ejercicio se realice con resultado positivo”. Al efecto, el Tribunal Supremo señala que no estamos en el ámbito de las condiciones laborales de los vigilantes de seguridad, sino en el del establecimiento de unos requisitos mínimos para el ejercicio de esta sensible actividad, por delegación de los titulares de la seguridad pública, entre los que –sin ningún género de duda– el manejo de armas de fuego y el ejercicio de tiro se nos presentan con el carácter de esenciales; sorprende, por ello, que la recurrente intente la descalificación jurídica de la exigencia que se contiene en el precepto impugnado en relación con los ejercicios de tiro exigidos a los vigilantes privados que manejen armas de fuego, y, en concreto, la posibilidad de suspensión temporal de la licencia de armas para quienes, bien no realicen los ejercicios semestrales obligatorios, bien obtengan en éstos un resultado negativo. Mas al contrario, la exigencia sindical debería moverse –a la vista de la especial sensibilidad y peligrosidad de la actividad que nos ocupa– en el ámbito y en dirección de una mayor exigencia formativa continuada de los vigilantes, ya que la impuesta en el precepto que en concreto se impugna –dos ejercicios de tiro al año– no podemos sino calificarla de mínima e imprescindible para el manejo de armas de fuego.

De forma complementaria se indica asimismo que debe rechazarse la calificación pretendida de imputar un carácter sancionador al precepto recurrido, porque se trata de la simple comprobación de las condiciones para el ejercicio de unas funciones portando armas de fuego –como consecuencia de una expresa habilitación y delegación legal– y, derivado de ello, del ejercicio de una medida temporal de suspensión de la licencia habilitante para el uso de las mencionadas armas, sólo para el caso de la no acreditación del mantenimiento de la aptitud en su manejo.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción: corresponde a la Jurisdicción Civil el conocimiento del Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptado en un proceso arbitral en ejercicio de potestades que no tienen carácter público. B) Sujetos: legitimación. a) Las entidades que pertenecían a un grupo de sociedades no tienen interés legítimo para recurrir sobre las cuotas de deducciones pendientes del Impuesto de Sociedades. b) Un sindicato de enseñanza tiene legitimación para impugnar la modificación y prórroga de los conciertos educativos. c) Los sindicatos no tienen legitimación para impugnar un Acuerdo que afecta sólo a funcionarios concretos. d) Falta de legitimación y de representación del Presidente de una Comunidad de Propietarios que recurre sin acuerdo de la Junta. e) Los Registradores de la Propiedad carecen de legitimación para recurrir contra una Instrucción sobre práctica uniforme para dar efectividad a la integración de los cuerpos de notarios y corredores de comercio. C) Objeto. a) En el derecho de marcas lo que resulta susceptible de recurso ordinario es la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas que admite o deniega el registro de una marca, no los fundamentos en los que se ha basado el citado órgano administrativo. b) La resolución que contiene la declaración de impacto ambiental es un acto definitivo impugnabile. c) Es admisible el recurso contra la inactividad material si existen indicios de la existencia de una obligación de hacer por parte de la Administración. d) Es recurrible la denegación de que se certifique la caducidad del procedimiento administrativo. e) Es acto de trámite aquel en el que el Consejo General de la Abogacía informa a los colegiados sobre la forma de cumplimiento de una sanción. f) La decisión administrativa de suspender la tramitación de un recurso de alzada no constituye vía de hecho. g) El recurso contra la vía de hecho puede ampliarse contra un acto expreso. h) La ampliación del procedimiento no requiere una solicitud formal. i) Impugnación indirecta: Requisitos generales. j) No es impugnabile el inicio del procedimiento de expulsión de un extranjero sin propuesta de internamiento. k) Es impugnabile el inicio de un expediente de expulsión en el

que se propone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. D) Pretensiones: no es posible pretender completar los fundamentos de la resolución administrativa recurrida sin solicitar su declaración de nulidad. E) Procedimiento. a) Plazo. a') Retraso de la entrada del recurso en el órgano jurisdiccional no imputable al recurrente privado de libertad. b') Es posible acceder a la vía jurisdiccional desde el vencimiento del plazo determinante de la caducidad. b) En la confección del expediente administrativo el derecho a la tutela judicial efectiva es preferente al derecho a la confidencialidad. c) Efectividad de la solicitud de suspensión del procedimiento. F) Sentencias. a) Motivación: no es necesaria la fijación concreta de los hechos declarados probados. b) Doctrina general sobre la congruencia. G) Extensión de efectos. a) Basta con acreditar la prestación de servicios en el mismo período. b) La identidad debe ser no sólo material, sino también procesal y competencial. H) Medidas cautelares. a) Doctrina general sobre la tutela cautelar. b) No se debe suspender la demolición de un edificio debida a la recuperación del dominio marítimo-terrestre. c) La protección de dominio público es prevalente para evitar situaciones irreversibles. d) Puede suspenderse un Plan Especial aunque su aprobación definitiva no dé lugar al inicio de las obras de inmediato. e) No aplicación del criterio del *fumus boni iuris*. f) Procede suspender la denegación de un permiso de residencia de trabajo si se acredita el arraigo. g) La entrada y permanencia en España de ciudadanos rumanos y búlgaros no está supeditada a autorización previa. h) Procede suspender la orden de expulsión del extranjero si éste solicitó la regularización y está pendiente de resolución o se deniega, y ello aun cuando la expulsión ya se haya materializado. **2. Recurso de casación.**

A) Admisión: se puede recurrir contra el auto que fija una indemnización por imposibilidad de ejecutar una sentencia si es para revisar la ponderación y razonabilidad de aquélla. B) Motivos: en el motivo previsto en el artículo 88.1.c) LJCA es preciso pedir la subsanación de la falta en la instancia respecto de la decisión del Tribunal de instancia que acordó la práctica de la prueba. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.**

A) Requisitos: las sentencias de contraste deben ser del orden contencioso-administrativo y se deben concretar las identidades que determinan la contradicción. B) Motivos. a) La diferencia de pronunciamientos por las diferencias entre las circunstancias de cada caso no es motivo casacional. b) No son situaciones iguales diferentes expropiaciones en diversas localidades.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 1 (marzo de 2008) hasta el número 9 (junio de 2008) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos al objeto del procedimiento y las medidas cautelares.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción: corresponde a la Jurisdicción Civil el conocimiento del Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptado en un proceso arbitral en ejercicio de potestades que no tienen carácter público

Según la STS de 30 de enero de 2008, Ar. 588, la validez de los actos de la CMT en el marco de un procedimiento arbitral de naturaleza claramente privada, en concreto, la impugnación de un Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptado en un procedimiento arbitral en el ejercicio de potestades que no tienen carácter público que el artículo 48 de la Ley General de las Telecomunicaciones le encomienda expresamente, no puede calificarse que constituya una actuación material de la Administración caracterizada de vía de hecho. El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función de arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, que califica de carácter privado, al excluir, expresamente, que tenga carácter público, y dicha disposición refiere que el procedimiento arbitral se ajuste, entre otros principios, al de libertad de prueba, de donde se desprende que el acuerdo incidental de admitir un medio de prueba no supone el ejercicio de potestades administrativas al no ser un acto separable de la propia tramitación del procedimiento arbitral.

En el procedimiento arbitral a que alude el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que se rige supletoriamente por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, no cabe integrar la doctrina de los actos separables para promover que determinados actos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones producidos en la sustanciación de las actuaciones arbitrales tengan un contenido propio, por corresponder al ejercicio de prerrogativas públicas, cuya impugnación debe enjuiciarse en el orden contencioso-administrativo, porque este criterio contradice la decisión del legislador de considerar que dicho organismo, sometido al Derecho público, sin embargo, como excepción, cuando realiza funciones arbitrales no está revestido de la autoridad que corresponde a las Administraciones públicas independientes, puesto que ejerce por mandato de la Ley funciones privadas.

Así lo ha entendido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de enero de 2008, al declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, confirmado en súplica, que inadmitió el recurso interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que, a su vez, había acordado la ad-

misión del arbitraje instado en una reclamación arbitral. Resulta de ello que la actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en este supuesto no supone el ejercicio de potestades administrativas sujeto al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la LJCA. La actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en este supuesto, se ha producido en el ejercicio de potestades inherentes a su función arbitral, derivado del reconocimiento de su posición institucional de árbitro reconocido por el legislador, cuya legalidad constitucional no cabe cuestionar, conforme a las consideraciones jurídicas expuestas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997, de 13 de noviembre, que se rige, además de las prescripciones específicas, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que derogó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, cuyo artículo 25 establece la potestad de los árbitros para decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración, y que en su artículo 42 determina la competencia para conocer de la acción y anulación del laudo de la jurisdicción civil.

B) Sujetos: legitimación

a) Las entidades que pertenecían a un grupo de sociedades no tienen interés legítimo para recurrir sobre las cuotas de deducciones pendientes del Impuesto de Sociedades

La STS de 5 de diciembre de 2007, Ar. 93, considera que aunque de ulteriores actos a la resolución recurrida se puedan derivar consecuencias dañosas para las entidades demandantes, eso acecerá, si ocurre, en un procedimiento futuro cuyo efecto, en el tipo de proceso que rige entre nosotros, que no protege intereses futuros, no pueden ser reparados ahora.

b) Un sindicato de enseñanza tiene legitimación para impugnar la modificación y prórroga de los conciertos educativos

La STS de 20 de febrero de 2008, Ar. 1532, considera que existen intereses en juego que afectan a los representados por el Sindicato y a este mismo como representante de una concepción de la enseñanza en la que debe primar la enseñanza pública, por garantizar, a juicio del Sindicato unos valores y una enseñanza plural y aconfesional que quedan comprometidos cuando la enseñanza se imparte por centros privados de marcada orientación religiosa o ideológica. Con la estimación del recurso el Sindicato obtiene por tanto un beneficio directo al impedir que se detraigan fondos públicos para financiar los conciertos y al impedir el trasvase de alumnos de la enseñanza pública a la privada y los perjuicios que para el sistema de enseñanza pública y sus trabajadores produce la extensión indiscriminada e ilegal de los conciertos. Así pues, el fin perseguido es múltiple, incrementar los fondos destinados a la enseñanza pública o al menos impedir que fondos públicos se destinen a la financiación de la educación privada, frenar la reducción o eliminación de unidades docentes en la enseñanza pública, favorecer la posibilidad de que se creen más plazas docentes en los centros públicos, garantizar una enseñanza acorde con los principios defendidos por el Sindicato y/o elevar la calidad de la enseñanza pública.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

El Tribunal Superior de Justicia en vez de hacer la interpretación *pro actione* de la norma aplicable y en vez de desgarnar todos esos fines perseguidos y beneficios que se pretenden obtener se limitó a señalar que el fin de evitar el perjuicio a los docentes públicos que se verían privados de cubrir los puestos de trabajo que deberían crearse en dicha enseñanza pública si no existieran aquellos conciertos no reunía a su criterio las características necesarias para que se produjera la legitimación del sindicato actuante. Pero en ningún momento puso en duda el que la anulación de la norma pudiera llevar como consecuencia el que hubiera más puestos en la enseñanza pública, es decir, el Tribunal Superior de Justicia no manifestó discrepancia alguna respecto a la consecuencia sino que se limitó a señalar que ésta no legitimaba al Sindicato.

Pues bien, esta tesis resulta vulneradora tanto de la interpretación correcta del artículo 19.1.a) y b) de la LJCA en la interpretación dada a éste y al requisito de legitimación por el Tribunal Constitucional entre otras en su Sentencia número 7/2001, de 15 de enero, en congruencia con el artículo 24 de la CE como del artículo 28 de la Constitución Española en cuanto se introduce una restricción al ejercicio de la actividad sindical sin causa justificada al denegar indebidamente al sindicato el ejercicio de acciones judiciales para las que se encuentra legitimado. La sentencia del Tribunal Constitucional que se acaba de citar viene a reconocer la legitimación cuando lo obtenido es la expectativa de un derecho o una posibilidad, sin que sea necesaria la obtención de un derecho concreto y real, sino que “basta que se posibilite la posterior consecución de ese derecho, de forma que en el caso en el que nos encontramos la anulación de la orden va a suponer el que al menos se abra la posibilidad, la expectativa de que se incrementen los fondos destinados a la enseñanza pública al impedir que se destinen a los conciertos privados, al menos se impida que fondos públicos se destinen a la financiación de la educación privada, la anulación conllevará además la posibilidad o expectativa de que esa medida sirva para frenar la reducción o eliminación de unidades docentes en la enseñanza pública al evitar el trasvase de alumnos entre los centros públicos y los concertados o al menos al hacer ese trasvase menos atractivo por suponer la opción entre un sistema gratuito (el público) y otro que no lo es (el privado no concertado); la anulación también va a favorecer la posibilidad de que se creen más plazas docentes en los centros públicos al evitarse ese cierre de unidades y esa pérdida de alumnos a la enseñanza pública por efecto de los conciertos con la enseñanza privada, y, por último, va a posibilitar el que se pueda intentar garantizar una enseñanza acorde con los principios defendidos por el sindicato y/o elevar la calidad de la enseñanza pública. El Tribunal no niega que se vaya a evitar un perjuicio para los docentes públicos al verse restringidas las plazas y precisamente esa evitación o la apertura de la posibilidad para los docentes públicos de cubrir esas plazas es un beneficio que obtiene el sindicato. Pero es que además los demás beneficios que va a obtener el sindicato ni siquiera son negados por el Tribunal y son beneficios directos, por cuanto el sindicato obtiene en todos ellos la posibilidad de que se realicen con la estimación de su recurso”. Así pues, el sindicato obtiene con la estimación del recurso, una ventaja que le hace acreedor de la legitimación propugnada. Y ello porque la Resolución impugnada incide sobre un ámbito sectorial, el de la educación, que coincide de forma plena sobre aquel sobre el que se proyectan los intereses legítimos por los que aboga la Federación demandante. La correcta distribución de los recursos públicos en materia educativa, no puede entenderse que no sean interés legítimo de un sindicato que representa a los trabajadores tanto de la Administración como de las empresas privadas en el ámbito educativo.

c) Los sindicatos no tienen legitimación para impugnar un Acuerdo que afecta sólo a funcionarios concretos

La STS de 12 de noviembre de 2007, Ar. 1333, ha considerado que del artículo 31.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende, por exclusión, que el sindicato recurrente carece de legitimación para impugnar Acuerdos que afectan de manera individualizada a concretos y determinados funcionarios de la Administración a quienes correspondería por tanto como interesados la legitimación para combatirlo.

d) Falta de legitimación y de representación del Presidente de una Comunidad de Propietarios que recurre sin acuerdo de la Junta

La STS de 29 de enero de 2008, Ar. 443, por no haberse aportado al proceso los correspondientes acuerdos de las Juntas de Propietarios decidiendo el ejercicio de la acción, inadmite el recurso contencioso-administrativo “por falta de capacidad de los Presidentes de las Comunidades de Propietarios actoras para la interposición del presente procedimiento en su nombre”. La facultad de representación, esto es, de poder actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, lo es o se ostenta dentro de los límites que resultan del negocio o del título jurídico que la atribuye. A partir de esta precisión, y a la vista de las facultades que aquella Ley atribuye a los distintos órganos de gobierno de las Comunidades de Propietarios, o lo que es igual, a la vista de los límites que resultan del propio título atributivo de la representación que nos ocupa, ha de afirmarse que la representación legal de la Comunidad que aquel artículo 13.3 atribuye a su Presidente no supone, no equivale, o no quiere decir que sea este quien pueda decidir, por sí solo, el ejercicio de una acción judicial en nombre de aquélla. Como regla, y según resulta del artículo 14.e) de dicha Ley, es a la Junta de Propietarios y no al Presidente de la Comunidad a quien corresponde conocer y decidir sobre tal ejercicio, pues éste constituye un asunto de interés general para la Comunidad por las consecuencias jurídicas y económicas que de tal ejercicio pueden derivarse para ella si la acción se ejercita en su nombre. Buena prueba de la necesidad de diferenciar la representación legal conferida al Presidente, de un lado, y la capacidad de decisión sobre el ejercicio de la acción, de otro, la ofrecen los artículos 7 y 21 de la misma Ley de Propiedad Horizontal, en los que explícitamente se pone de relieve esa diferencia al referirse, respectivamente, a la acción de cesación y a la de cumplimiento de las obligaciones de pago de cuotas y de dotación del fondo de reserva. Consecuentemente, la correcta comparecencia en juicio en nombre y representación de una Comunidad de Propietarios exige que, bien en la escritura de poder, bien en certificación aparte, conste que su Junta de Propietarios ha tomado la decisión de ejercitar la acción y que la eventual omisión de esa constancia se subsane cuando es puesta de relieve en el proceso; ello, y en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el modo que dispone el artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción.

El artículo 138 diferencia con toda claridad el supuesto, previsto en su número 2, de que sea el propio órgano jurisdiccional el que, de oficio, aprecie la existencia de un defecto subsanable, en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación; de aquel otro, previsto en su número 1, en el que el defecto se

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

alega por las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Por tanto, no sólo no hay obstáculo, o trámite procesal hábil para subsanar un defecto que se alega de contrario, sino que, más bien, lo que el número 1 de aquel precepto impone es el deber de subsanar o de combatir la alegación dentro de ese plazo de diez días, con el efecto, si así no se hace, previsto en el número 3 del repetido artículo 138, consistente en que el recurso pueda ser decidido con fundamento en el defecto no subsanado. Y, además, porque una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 del artículo 138 no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución; lo que ocurriría si la alegación no fue clara, o si fue combatida, bien dentro del plazo de aquellos diez días, bien en cualquier otro momento posterior; pues si fue combatida y el órgano jurisdiccional no comparte los argumentos opuestos, surge una situación en la que, como una derivación más del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, es exigible una advertencia implícita, a través del previo requerimiento, de lo infundado de esos argumentos y de la confianza nacida de ellos de obtener una sentencia que, como demanda aquel contenido normal, se pronuncie sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Fuera de esos supuestos, o de otros en que quepa percibir un riesgo de indefensión sin el previo requerimiento, éste no será exigible; siendo en esta línea en la que, como superación de una jurisprudencia vacilante e incluso contradictoria, se sitúa uno de los últimos pronunciamientos de la Sala Tercera, cual es el contenido en la Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2005, dictada en el recurso de casación número 1110 de 2001.

e) Los Registradores de la Propiedad carecen de legitimación para recurrir contra una Instrucción sobre práctica uniforme para dar efectividad a la integración de los cuerpos de notarios y corredores de comercio

Según la STS de 12 de diciembre de 2007, Ar. 289, no procedía reconocerse legitimación a los recurrentes al no entender afectados sus derechos o intereses legítimos en virtud de lo dispuesto en el artículo 19.1 LJCA, ya que la disposición recurrida es una Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado que se refiere a la “práctica uniforme para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados” teniendo por objeto, según se expone en su preámbulo, la necesidad de abordar determinadas cuestiones prácticas que surgen por razón de la integración de los Notarios y los Corredores de Comercio, siendo la finalidad de esta Instrucción el proporcionar un criterio uniforme en todo el territorio nacional que aborde y encauce la solución más acorde con la legalidad vigente ejerciendo esta competencia la Dirección General de Registros y Notariado como centro superior directivo y consultivo en todos los asuntos del Notariado que debe dictar al efecto las disposiciones que estime necesarias para la observancia de las normas que regulan el Notariado. El objeto de ésta no es sino recordar, a raíz de la integración en un solo cuerpo de los Corredores de Comercio y de los Notarios, la obligación impuesta por el artículo 7 del Real Decreto 1643/2000 y carece, en definitiva, la citada Instrucción de los rasgos esenciales configuradores de una auténtica disposición general ya que constituye una simple Instrucción que tiene exclusivamente efectos internos y en virtud de la cual la Dirección General de los Registros y del Notariado se limita a recordar a los cuerpos integrados de Notarios y Corre-

dores de Comercio colegiados la obligación de remitir los índices informatizados regulados en el artículo 7 del Real Decreto 1643/2000, pero ni innova el ordenamiento jurídico, ni tiene efecto alguno nuevo para los Notarios y Corredores de Comercio colegiados que, por imperativo de lo dispuesto en ese artículo 7, ya estaban obligados a la remisión de los citados índices.

Es por ello que en el presente caso no cabe reconocer a los recurrentes la legitimación puesto que, en modo alguno, de tal nulidad no se deriva ningún beneficio en la esfera de sus derechos personales o profesionales que, en su caso, resultarían lesionados no por la citada instrucción sino por el propio contenido del artículo 7 de la citada disposición general que, con carácter específico, introdujo la obligación de remisión de los índices informatizados. De ello se deduce la falta de legitimación de los recurrentes en su condición de Registradores de la Propiedad para la interposición del recurso jurisdiccional contra la citada Instrucción.

C) Objeto

a) En el derecho de marcas lo que resulta susceptible de recurso ordinario es la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas que admite o deniega el registro de una marca, no los fundamentos en los que se ha basado el citado órgano administrativo

La STS de 27 de diciembre de 2007, Ar. 371, sostiene que no se puede exigir a alguien que ha resultado favorecido por una resolución administrativa que la impugne por discrepar del fundamento de dicha resolución, puesto que lo que resulta susceptible de recurso ordinario, según los artículos 107.1 y 114.1 de la Ley 30/1992, es la propia resolución administrativa, y por los motivos de nulidad y anulabilidad previstos en sus artículos 62 y 63, según prescribe el artículo 115, todos ellos de la propia Ley. De ninguno de dichos preceptos se deriva la previsión de impugnación de una resolución exclusivamente encaminada a la modificación de sus fundamentos. En particular en el derecho de marcas, lo que resulta susceptible de recurso ordinario es la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas que admite o deniega el registro de una marca, no tanto los fundamentos en los que se ha basado el citado órgano administrativo.

b) La resolución que contiene la declaración de impacto ambiental es un acto definitivo impugnabile

La STS de 23 de enero de 2008, Ar. 1588, reitera que, a diferencia de la doctrina establecida en relación con los actos aprobatorios de las evaluaciones de impacto ambiental —en los que su revisión jurisdiccional ha de quedar diferida al momento posterior de revisión del acto aprobatorio del proyecto en el que se integra—, la decisión sobre la mencionada innecesariedad de la evaluación, cuenta, por sí misma, con un efecto inmediato, cual es, justamente, la ausencia de evaluación; decisión, pues, necesariamente previa a la evaluación y adoptada con criterios propios e independientes, que en modo alguno alcanza a integrarse en la decisión aprobatoria del proyecto.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

c) Es admisible el recurso contra la inactividad material si existen indicios de la existencia de una obligación de hacer por parte de la Administración

La STS de 6 de febrero de 2008, Ar. 1688, señala que la posibilidad legalmente establecida de interponer un recurso contencioso-administrativo directo contra la inactividad de la Administración (artículos 25.2 y 29 LJCA) es un mecanismo dispuesto para la impugnación del incumplimiento, por parte de la Administración, de obligaciones que le son directamente exigibles y cualquiera que sea la naturaleza de la prestación que constituya el objeto de ese compromiso. Lo que equivale a aceptar que la pasividad o inactividad administrativa susceptible de impugnación podrá ir referida a obligaciones de dar, hacer o no hacer (artículo 1088 del Código Civil). El párrafo segundo del artículo 51.3 LJCA circunscribe la inadmisión de la impugnación intentada frente a la inactividad a este tasado supuesto: “si fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes”. La inicial consecuencia que se deriva de lo anterior debe ser, pues, que, como consecuencia de esa nota de evidencia legalmente establecida, procederá declarar admisible el recurso jurisdiccional interpuesto contra una inactividad de la Administración cuando existan indicios de una posible obligación en los términos del artículo 29 LJCA, y que habrá de ser, tras el enjuiciamiento principal del proceso que así se inicie, cuando se decida definitivamente si existió o no verdadera inactividad.

d) Es recurrible la denegación de que se certifique la caducidad del procedimiento administrativo

La STS de 14 de enero de 2008, Ar. 123, considera recurrible la desestimación por silencio de la petición de declarar la caducidad del expediente administrativo sancionador iniciado. En el proceso no se impugnaba el acuerdo de iniciación de un expediente sancionador, ni la falta de respuesta a las alegaciones de descargo presentadas en su curso, sino que se impugnó la falta de respuesta a la solicitud de que se declare la caducidad del expediente administrativo, por no haberse resuelto en determinado plazo. Y ésta es una petición que será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad. La afirmación de que la eventual caducidad del expediente sólo operará y podrá alegarse como motivo impugnatorio una vez y –si es que llega a dictarse– se acuerde la expulsión, es equivocada. La caducidad opera y puede alegarse (y su no declaración, expresa o presunta, puede impugnarse) por el puro transcurso del plazo. Si las cosas fueran de otro modo, y la Administración nunca dictara resolución expresa ni declarara la caducidad, el interesado no podría nunca acceder a los Tribunales de Justicia a fin de que éstos la declararan, cosa que carecería de sentido.

e) Es acto de trámite aquel en el que el Consejo General de la Abogacía informa a los colegiados sobre la forma de cumplimiento de una sanción

La STS de 19 de diciembre de 2007, Ar. 509, analiza la impugnación de una contestación –de carácter informativo– dirigida a un Colegio de Abogados en orden a cómo debe proceder para la ejecución de la sanción firme impuesta al recurrente, mero acto de comunicación, no fiscalizable jurisdiccionalmente en la medida que no contiene decisión de clase alguna, ni cierra ningún tipo de procedimiento, sin que pueda atribuirse a un mero acto de comunicación virtualidad para vulnerar derechos. Es decir, nos encontramos con un acto de trámite, en el que el Consejo General de la Abogacía informa a los Colegios sobre

la forma en que entiende debe cumplirse una sanción en su día impuesta al recurrente y aún no ejecutada completamente. Pero esta manifestación de opinión, interna entre los Colegios afectados y el Consejo General de la Abogacía, es meramente un acto de trámite, que no afecta al recurrente, que sólo cuando se transforme, si llega a ejecutarse, en un acto notificado al recurrente, empezará a producir efectos respecto al mismo, y podrá en su caso proceder a la interposición de los correspondientes recursos.

f) La decisión administrativa de suspender la tramitación de un recurso de alzada no constituye vía de hecho

Según la STS de 27 de septiembre de 2007, Ar. 725, no constituye vía de hecho –esto es, una actuación material de la Administración Pública que se haya producido sin la previa decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico– la mera pasividad en resolver un recurso de alzada interpuesto contra una decisión previa. En concreto, la demora o, en su caso, la decisión administrativa de suspender, por consideraciones más o menos discutibles, pero en todo caso conocidas por el interesado, un determinado procedimiento impugnatorio, esto es, el que debía conducir a la estimación o desestimación del recurso de alzada interpuesto. Semejante decisión administrativa puede hacerse de modo expreso o de modo tácito, y frente a ambas modalidades de “resolución” cabe que el recurrente afectado reaccione jurisdiccionalmente. Frente al acto expreso puede interponer el correspondiente recurso que asimismo está a su alcance, una vez transcurrido el tiempo preciso, contra la desestimación por silencio de su recurso de alzada, derivada del transcurso en el tiempo consecutivo a la “suspensión” efectiva del trámite.

g) El recurso contra la vía de hecho puede ampliarse contra un acto expreso

La STS de 12 de diciembre de 2007, Ar. 1492, analiza un recurso contencioso-administrativo que se había interpuesto contra una vía de hecho respecto de la cual la Administración había realizado determinadas actuaciones tales como un informe del Sr. Concejal Delgado de Consumo y Mercados, una resolución del Alcalde para iniciar los trámites para la instalación del mercado y para la realización de un Convenio de Colaboración, un informe de la Gerencia Municipal de Urbanismo, un Convenio de Colaboración entre el Ayuntamiento y la Asociación de Comercio Ambulante, un informe de la Jefe de Servicio de la Secretaría de la Alcaldía, una propuesta del Concejal Delgado de Consumo y Mercados a la Comisión de Gobierno para autorizar la instalación del mercadillo como experiencia piloto y por un período de un año, etc. A la vista de todo ello, la parte actora, en su demanda, solicitó se declarara nulo un acuerdo de la Comisión de Gobierno y todas las actuaciones de hecho anteriores realizadas por la Corporación Municipal por las que se autorizó la instalación del mercadillo, así como todos los acuerdos y actos por vía de hecho anteriores. Es decir, un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una vía de hecho se transformó en la demanda en un recurso contra un acto expreso de la Comisión de Gobierno. Este cambio de objeto del pleito no puede hacerse de cualquier manera, sino por vía de ampliación del recurso contencioso-administrativo (artículo 36 LJCA). En conclusión, la demanda, donde se ampliaba el objeto del recurso contencioso-administrativo, puede ser tomada como una solicitud implícita de ampliación del recurso contencioso-administrativo (artículo 36 LJCA), y la Sala de instancia debió tramitar la solicitud de ampliación en la forma que aquel precepto regula.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

h) La ampliación del procedimiento no requiere una solicitud formal

Según la STS de 23 de noviembre de 2007, Ar. 827, aun cuando no se pida formalmente la acumulación (o ampliación) ni se invoquen los preceptos de la Ley de la Jurisdicción que la regulan, esa intención puede entenderse implícita si con ocasión de un recurso de súplica se aduce de forma expresa que pedía la acumulación al proceso de la impugnación de la desestimación presunta de la petición de caducidad, con explícita mención del artículo 34 LJCA. No hay duda de que los expedientados pueden solicitar a la Administración que declare expresamente la caducidad del expediente una vez transcurrido su plazo de tramitación sin que se les haya notificado la resolución, y la desestimación expresa o presunta de esa solicitud de caducidad es un acto perfectamente impugnabile en vía contencioso-administrativa, por lo que desde esta perspectiva no parece que existiera inconveniente alguno para impugnar ante la Sala esa desestimación presunta, más aun habida cuenta que cuando el auto desestimatorio de la súplica se dictó, ya había transcurrido el plazo de quince días desde la presentación de la solicitud de caducidad ante la Administración, que la más reciente jurisprudencia ha considerado aplicable para entender desestimada dicha petición por silencio negativo (SSTS de 21 de junio y 15 de octubre de 2007 y 1709/2004, entre otras).

i) Impugnación indirecta: Requisitos generales

La STS de 26 de diciembre de 2007, Ar. 673, insiste en la flexibilidad con la que la jurisprudencia viene interpretando los requisitos precisos para tomar en consideración procesalmente una impugnación indirecta de una disposición de carácter general, ya que ésta, en modo alguno, requiere una formal plasmación de tal impugnación en el suplico de la demanda, resultando, por el contrario, suficiente la deducción de tal intención de los términos expresos o implícitos de los razonamientos que se efectúen. Así, en las SSTS de 17 de octubre de 2002 y 9 de abril de 2003, se ha analizado –con claridad y precisión– el ámbito del actual artículo 26.2 de la vigente LJCA, señalando que “La claridad de esa norma excusa de mayores explicaciones, si bien no sobrarán las siguientes, vista la insistencia del Ayuntamiento recurrente en contradecir algo tan sabido.

1º. No cabe confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (lo que es un auténtico recurso contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación, con base en la ilegalidad de aquélla; en este caso, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino sólo como un motivo de impugnación del acto).

2º. Por esa razón no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en cuya ilegalidad ha de fundarse, sino sólo el acto de aplicación que se recurre. La ilegalidad de la disposición es sólo un motivo de impugnación que, como tal, no tiene por qué expresarse en el escrito de interposición. Por esa razón no es procedente ampliar el recurso contencioso-administrativo, dirigido contra el acto, a la disposición general cuya ilegalidad se alega, ya que en la impugnación indirecta el objeto procesal es el acto y no la disposición.

3º. El argumento del Ayuntamiento recurrente de que la posibilidad de la impugnación indirecta sólo la tienen las terceras personas que no hubieran utilizado previamente el recurso directo contra la disposición general o la misma persona pero sólo por motivos de impugnación diferentes, carece de todo apoyo normativo y jurisprudencial, significa una

restricción de la legitimación no amparada por norma alguna y su aceptación sería tanto como dar al traste con una norma tradicional del contencioso-administrativo español que, en cuanto carente de apoyo legal, violaría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española. El artículo 26.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, no establece excepciones ni condicionamientos y los Jueces y Tribunales no pueden establecerlos, en contradicción con aquel precepto constitucional”.

Por otra parte, en las SSTs de 10 de diciembre 2002 y 27 de octubre de 2003 se ha puesto de manifiesto que “al impugnar un acto administrativo que hace aplicación de una norma reglamentaria cabe, ciertamente, impugnar también ésta, pero sólo en tanto en cuanto la ilegalidad de dicha norma sea causa, o una de las causas, en que se funda la imputación de la disconformidad a Derecho del acto recurrido. Así se desprende con claridad suficiente de lo que se dispone en los artículos 26 y 27 de la LJCA, siendo tal límite, además, consecuencia del dato normativo de que la impugnación directa de Reglamentos está sujeta a un plazo hábil para ello. Ha de haber, pues, una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de disconformidad a Derecho del acto de aplicación. Por tanto, en la llamada impugnación indirecta de Reglamentos no cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo directamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria. Estas imputaciones de ilegalidad en abstracto, precisamente por respeto a aquel plazo, deben ser inadmitidas, desestimando, en consecuencia, la pretensión de declaración de nulidad de la norma”.

j) No es impugnabile el inicio del procedimiento de expulsión de un extranjero sin propuesta de internamiento

La STS de 8 de febrero de 2008, Ar. 1522, analiza un supuesto en el que el acto administrativo impugnado es el Acuerdo de incoación de un expediente de expulsión de un extranjero del territorio nacional, que es un acto de trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional, al no acreditarse que dicho acto fuera acompañado de cualquier otra determinación que pudiera afectar inmediatamente a la interesada, como pudiera ser, por ejemplo, una propuesta de ingreso en un centro de internamiento.

k) Es impugnabile el inicio de un expediente de expulsión en el que se propone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento

La STS de 8 de febrero de 2008, Ar. 1524, analiza un supuesto en el que el acto impugnado es el Acuerdo de iniciación del expediente de expulsión, acto que inicia un procedimiento sancionador, y, en tal sentido es, sin duda, un acto de trámite. Ahora bien, ese acto de inicio del procedimiento sancionador hace algo más, a saber, pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. En efecto, se decide en éste “proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la LO 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000”. No cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla.

No es lógico ni conforme a lo dispuesto en el artículo 51.1.c) de la LJCA, que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar determinación tan importante, ya sea por vicios generales del acto considerado globalmente (v.g., incompetencia de quien lo dicta) o por defectos de la concreta propuesta que se hace al Juez de Instrucción (v.g., por no ser el caso uno de los que permite hacerla, según el artículo 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000). En materia de urbanismo se ha llegado, ya de antiguo, a idéntica conclusión: la aprobación inicial de los planes urbanísticos es un acto de trámite, y, por lo tanto, inimpugnable; pero como esa aprobación conlleva una suspensión de licencias, los afectados por ésta pueden impugnar aquella aprobación.

D) Pretensiones: no es posible pretender completar los fundamentos de la resolución administrativa recurrida sin solicitar su declaración de nulidad

La STS de 19 de diciembre de 2007, Ar. 77, reitera una consolidada doctrina jurisprudencial que establece que no son admisibles los recursos contencioso-administrativos en los que se deducen pretensiones tendentes a complementar la fundamentación de la resolución administrativa recurrida sin pretender la declaración de nulidad, según se desprende de la interpretación sistemática y teleológica de los artículos 31 y 71 de la LJCA.

Por ello descarta que la sentencia recurrida infrinja el artículo 12.1.a) de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, al eludir pronunciarse sobre la incompatibilidad de la marca denegada con la marca internacional oponente, porque este planteamiento resulta inapropiado, ya que la Sala de instancia no tiene competencia para enjuiciar de forma separada o autónoma respecto del contenido de la decisión administrativa los fundamentos en que se ha basado la Oficina Española de Patentes y Marcas para denegar la marca solicitada, con el objeto de confirmar la validez de dicha resolución por motivos adicionales o complementarios, que se revelen desvinculados de la pretensión estimatoria de anulación del acto recurrido, puesto que la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos que corresponde otorgar a los Tribunales Contencioso-Administrativos en el recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución y los artículos 1, 25 y 31 de la LJCA, se centra en el examen de si se ha producido lesión jurídica subjetiva efectiva que sea ilegal, que delimita el objeto del proceso contencioso-administrativo.

E) Procedimiento

a) Plazo

a') Retraso de la entrada del recurso en el órgano jurisdiccional no imputable al recurrente privado de libertad

La STS de 4 de enero de 2008, Ar. 1654, sostiene que la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo a tener en cuenta debe ser aquella en que tuvo lugar la presen-

tación del correspondiente escrito ante el Centro Penitenciario, ya que no puede olvidarse la situación de privación de libertad del recurrente, ni lo que dispone la Ley Orgánica General Penitenciaria sobre la obligación de la Administración Penitenciaria de no impedir el eventual ejercicio de acciones de los internos (artículo 3.3) y sobre la obligación de estos últimos de presentar sus recursos “ante el Director del establecimiento, quien los hará llegar a la autoridad judicial, entregando copia sellada al recurrente” (artículo 50.2). La interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, que siempre es obligada, hacía necesario en el caso aquí enjuiciado tomar en consideración esa situación del recurrente y lo dispuesto en la legislación penitenciaria; y, en razón de ello, no acoger la extemporaneidad, porque el retraso de la entrada del recurso en la Sala no fue imputable al recurrente.

b’) Es posible acceder a la vía jurisdiccional desde el vencimiento del plazo determinante de la caducidad

La STS de 23 de noviembre de 2007, Ar. 1422, analiza un supuesto en el que el acto administrativo impugnado no es el acuerdo de iniciación de un expediente sancionador, sino la desestimación por silencio de la petición del interesado a la Administración de que declare la caducidad del procedimiento de expulsión preferente abierto ordenando el archivo de las actuaciones. No estamos, en puridad, ante un nuevo procedimiento iniciado a instancia de parte para la obtención de la declaración de caducidad de un anterior procedimiento sancionador, sino, más al contrario, en presencia de una solicitud de finalización y archivo de este mismo expediente sancionador, como consecuencia de haberse producido, en principio, su caducidad por el transcurso del plazo —en este caso de seis meses— establecido para su resolución y consiguiente notificación. Por tanto, estaríamos ante el supuesto contemplado en el artículo 44 LRJPA, esto es, ante una falta de resolución expresa en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración. Por ello, tendremos que examinar los efectos que tal situación produce; esto es, los efectos que se producen como consecuencia del “vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa” en el mencionado expediente sancionador.

Pues bien, tratándose el que nos ocupa de un procedimiento sancionador con un plazo expreso de resolución de seis meses (según el artículo 98 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001), como consecuencia del “vencimiento del plazo máximo”, con arreglo al citado artículo 44 de la LRJPA, se producirían dos efectos: a) En primer lugar, la no exención de la Administración “del cumplimiento de la obligación legal de resolver”. Esto es, que la Administración, no obstante el transcurso del plazo de seis meses, sigue estando obligada a dictar una resolución expresa, aunque sea tardía; cosa distinta será su contenido. b) Y, en segundo lugar, que es lo que aquí interesa, en el apartado 2 del artículo 44 se señala que tal “vencimiento del plazo máximo (...) producirá la caducidad”, añadiendo el inciso final del párrafo primero del citado apartado 2 del artículo que “en estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92”. No obstante, en el artículo 98 del Reglamento que se cita como infringido, ni siquiera se contempla la obligación de dictar resolución alguna declarativa de la caducidad, ya que en el precepto se señala que “transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución, se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución”.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Ante tal situación –y reiterando que hemos rechazado estar en presencia de un nuevo procedimiento iniciado con la finalidad de obtener la caducidad del inicial procedimiento sancionador– debemos trasladarnos al ámbito jurisdiccional y tratar de concretar desde cuándo resulta posible residenciar tal situación en vía jurisdiccional; esto es, acaecido el “vencimiento del plazo máximo” para resolver y notificar, al que el legislador ha anudado de forma inmediata y automática la caducidad del citado procedimiento sancionador, nos queda por determinar desde qué momento el administrado, ante el silencio de la Administración, puede dirigirse a la presente Jurisdicción con la finalidad de obtener una declaración expresa de la caducidad del procedimiento sancionador, en principio sólo obtenida en forma presunta en la vía administrativa. O, dicho de otra forma, si la Administración, producido el “vencimiento del plazo máximo” para resolver y notificar el procedimiento sancionador, sin haberlo efectuado, de forma expresa, cuenta con plazo alguno para dictar “la resolución que declare la caducidad”, y por la que se “ordenará el archivo de las actuaciones”, a que se refiere el inciso final del párrafo primero del citado apartado 2 del artículo 44 de la LRJPA, pero que –sin embargo– ni siquiera exige el precepto reglamentario (artículo 98 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001).

Tal plazo no se encuentra previsto, de forma expresa, tras la reforma de la LRJPA por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPA. Antes de la citada reforma, el anterior artículo 44 contemplaba como forma de acreditación del acto presunto su certificación, emitida por la propia Administración que no había resuelto de forma expresa, y para cuya emisión la Administración contaba con un plazo inexcusable de veinte días. Por ello, en el apartado 5 del citado precepto se señalaba que “los plazos para interponer recursos administrativos y contencioso-administrativos respecto de los actos presuntos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si ésta no fuere emitida en plazo, al partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo”. En consecuencia, antes de la reforma de 1999, y considerando este precepto de aplicación al supuesto entonces contemplado en el 43.4 (procedimientos iniciados de oficio), la Administración contaba con un plazo de veinte días, bien para emitir la certificación del acto presunto, bien para dictar la resolución ratificadora de la caducidad producida, ordenando el archivo de las actuaciones. Sólo transcurrido dicho plazo (44.5 *in fine*) podría hábilmente accederse a la vía jurisdiccional.

Sin embargo, tras la reforma de 1999, el actual 43.5 de la LRJPA –que pudiéramos entender supletoriamente aplicable al supuesto del 44, ante el silencio de éste– contempla una solución distinta, transformando en potestativa la solicitud de certificación del acto presunto; en concreto, se señala ahora que los mencionados actos presuntos “producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver”.

En consecuencia, tras la reforma de 1999, el administrado puede solicitar la certificación del acto presunto (en cuyo caso no podrá acceder a la vía jurisdiccional hasta que transcurra el plazo de quince días establecido en el actual 43.5 *in fine* de la LJCA para la emisión de la certificación, o, hasta que ésta le fuese emitida, de ser anterior al vencimiento del plazo señalado). Pero ello es hoy una mera posibilidad, que –en principio– no impediría acceder a la vía jurisdiccional desde el vencimiento del plazo determinante de la caducidad, que es, a su vez, el mismo momento en el que se producen dichos efectos preclusivos, siendo tal declaración expresa de caducidad una mera constatación de los efectos –ya inamovibles en vía adminis-

trativa— producidos por ministerio de la ley desde el vencimiento del plazo para la resolución, y consiguiente notificación, del expediente sancionador. Ello justificaría que tal resolución expresa cuenta con una configuración especial, formalmente menos exigente, en el artículo 42.1, párrafo segundo, de la LRJPA, ya que ésta “consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso (en éste la caducidad del procedimiento), con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”.

Por otra parte, avalaría tal conclusión el párrafo segundo del artículo 20.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que sigue señalando que “transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha producido el archivo de las actuaciones”; pero tal exigencia contenida en el Reglamento señalado (que tampoco exige resolución, sino sólo certificación), aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, hemos de entenderla modulada por el carácter potestativo de la certificación introducida en la LRJPA, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Tampoco el supuesto analizado resultaría asimilable a los de inactividad contemplados en el artículo 29 de la LRJCA, ya que no estaríamos, en el caso de autos, ante la obligación de realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, ni tampoco ante la no ejecución de un acto firme de carácter presunto. Mas al contrario, podríamos encontrar cierto paralelismo como una situación de vía de hecho, de las contempladas en el artículo 30 de la misma LRJCA, y en las que resulta posible “deducir directamente recurso contencioso-administrativo”, sin necesidad de requerimiento previo, aunque tal vía de hecho parece reservarse para otras actuaciones de índole material.

Por ello, ante tal vacío normativo resulta coherente con el sistema de revisión jurisdiccional de toda actuación administrativa el establecimiento de un plazo para que la Administración instructora del procedimiento sancionador pueda, de oficio o instancia de interesado, dictar la resolución prevista en el artículo 42.1. 2º párrafo de la LRJPA —constatando, o no, la caducidad del procedimiento sancionador—, una vez transcurrido el plazo previsto para su conclusión (y consiguiente notificación), con el correspondiente archivo del expediente. La exigencia de tal plazo vendría, además, avalada por el propio procedimiento previsto para la actuación administrativa por cuanto a tal sistema de actuación no le puede ser exigible una resolución, certificación o simple archivo de actuaciones en la misma fecha en que se produce el inexorable cumplimiento del plazo de caducidad. En tal sentido, es la propia seguridad jurídica la que nos obliga a la determinación de un plazo durante el que la revisión jurisdiccional aún no resultaría posible, y éste hemos de encontrarlo en el de quince días previsto en el artículo 43.5 *in fine* de la LRJPA para que la Administración emita la certificación del acto presunto que (potestativamente, tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero) le puede ser exigido por los administrados. En consecuencia, sólo transcurrido dicho plazo de quince días —que se fija con carácter supletorio— podría el interesado acceder temporalmente en forma adecuada a esta Jurisdicción.

Por ello, en principio, la precipitada venida de la parte recurrente a esta vía jurisdiccional, que, como sabemos, se ha producido apenas concluido el plazo para la resolución del procedimiento sancionador (y a los cuatro días de exigir tal resolución expresa a la Administración), ha impedido a los propios órganos que integran la Administración, el poder articular sus me-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

canismos de respuesta, imponiéndoles una revisión jurisdiccional sin tiempo material para ni siquiera poder encauzar procedimentalmente la respuesta expresa requerida. Es, por tanto, el propio funcionamiento interno de la Administración el que exige, en supuestos como el de autos, el establecimiento de un plazo —que, por las razones expresadas, hemos concretado en el de quince días— para poder articular razonablemente la obligada respuesta administrativa sobre la caducidad del procedimiento seguido.

b) En la confección del expediente administrativo el derecho a la tutela judicial efectiva es preferente al derecho a la confidencialidad

La STS de 12 de diciembre de 2007, Ar. 83, analiza un supuesto de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, en concreto el artículo 52.1 LJCA, al no haberse facilitado copia del expediente administrativo completo, pues respecto de parte de los documentos de la ampliación del expediente sólo se ha permitido su examen sin poder tomar nota acerca de su contenido, lo que le ha originado indefensión al tener un conocimiento limitadísimo de esos documentos. Esos documentos, pese a acompañarse como confidenciales, no consta que hayan sido declarados tales. Sin embargo, la Sala de instancia acordó sólo la exhibición de dichos documentos, haciendo constar que únicamente podrán ser examinados, sin poder tomar nota acerca de su contenido.

Al resolver de esta forma, la Sala ha impedido a la parte recurrente el pleno ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 52.1 LJCA, ya que es indudable que el mero examen de esos documentos no permite tomar conciencia clara de su contenido dada su configuración numérica que impide su retención en la memoria por contener datos de difícil asimilación instantánea. La falta de conocimiento de estos documentos ha impedido al actor formular de forma adecuada su demanda, negándosele la posibilidad de contradecir los datos que figuran en ellos, mediante la presentación de pruebas contradictorias, o mediante alegaciones que desvirtuaran los indicados elementos fácticos.

Incluso en el supuesto de que los documentos hubieran sido declarados confidenciales, es carga de la parte que reclama la entrega no sólo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo, sino argumentar que el proceso de razonamiento técnico-jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el ordenamiento presta a la confidencialidad. Ha quedado demostrado que el derecho a la tutela tiene en este caso supremacía sobre el derecho a la confidencialidad.

c) Efectividad de la solicitud de suspensión del procedimiento

La STS de 11 de febrero de 2008, Ar. 596, analiza un supuesto en el que la Sala de instancia no fijó desde un principio el plazo máximo de suspensión, ni adoptó resolución alguna en

orden a la prórroga de la suspensión, y tampoco procedió luego como determina el artículo 179.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sino que transcurridos más de dos años desde que se había acordado la suspensión procedió directamente a declarar la caducidad, invocando para ello lo dispuesto en el artículo 237 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin haber adoptado previamente la resolución de archivo provisional de las actuaciones a que se refiere el mencionado artículo 179.2.

Sostiene la resolución comentada que la solicitud de suspensión debió ser resuelta mediante auto en el que debió fijarse el plazo de la suspensión, que no debía superar el máximo de sesenta días previsto en el artículo 19.4. Una vez transcurrido ese plazo —o el de las prórrogas que, en su caso, se hubiesen concedido— la falta de solicitud de reanudación debería haber tenido como respuesta la decisión de archivar provisionalmente las actuaciones, conforme a lo previsto en el artículo 179.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y según determina este precepto en su último inciso, en esa situación de archivo provisional habrían de permanecer las actuaciones mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de la instancia por el transcurso del plazo de dos años previsto en el artículo 237 antes mencionado.

F) Sentencias

a) Motivación: no es necesaria la fijación concreta de los hechos declarados probados

La STS de 5 de diciembre de 2007, Ar. 285, sostiene que el artículo 248.3 LOPJ remite la formalidad a las resoluciones en que, en su caso, fuese necesario, necesidad que cabe predicar de las sentencias penales, de conformidad con el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o de las laborales, conforme al artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, mas no de las civiles o contenciosas, como lo ha confirmado una reiterada jurisprudencia, según en esa sentencia se recoge.

La motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir constitucionalizada en el artículo 120.3 de la Constitución, es una exigencia derivada del artículo 24 de la propia Constitución en cuanto que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y posibilita su control mediante el sistema de recursos. Por ello, cuando la sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuzgados o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun pudiendo estar motivada, incurre en la vicio de incongruencia omisiva o *ex silentio* denegadora de la justicia solicitada, que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el artículo 24 de la Constitución.

b) Doctrina general sobre la congruencia

La STS de 26 de diciembre de 2007, Ar. 673, nos recuerda que el artículo 33 de la LJCA establece que la Jurisdicción Contencioso-administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos o alegaciones deducidos para fundamen-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

tar el recurso y la oposición, imponiendo, para comprobar la concurrencia del requisito de congruencia, la comparación de la decisión judicial con las pretensiones y con las alegaciones, aunque éstas deben entenderse como motivos del recurso y no como argumentos jurídicos.

En este sentido, ya desde la STS de 5 de noviembre de 1992, se señalaron los criterios para apreciar la congruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena, etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. En consecuencia, se decía “argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere que lo haga sobre la base de los motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen, en rigor, cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso”. Desde la misma perspectiva el Tribunal Constitucional ha señalado que (STC 8/2004, de 9 de febrero) “debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones”, sin que las primeras requieran “una respuesta explícita y pormenorizada”, mientras que, por el contrario, las pretensiones sí exigen “de respuesta congruente (...) sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse”.

Por otra parte, el artículo 67 de la misma LJCA establece que la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso; precepto que tiene un claro paralelismo con el precepto citado como infringido (artículo 218 LEC), aunque los artículos 33.2 y 65.2 de la LJCA –que tienden a conceder una cierta libertad al juzgador para motivar su decisión– siempre exigen que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para salvaguardar los principios de contradicción y congruencia. En esta línea, el Tribunal Constitucional, desde su clásica STC 20/1982, viene considerando que el vicio de incongruencia, en sus distintas modalidades, como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más, menos, o cosa distinta de lo pedido, y que puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal.

En síntesis, pues, la congruencia de la sentencia presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo (partes) y objetivo (*petitum* y *causa de pedir*). La adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado (*petitum*) como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento (*causa pretendi*). Por tanto, ambas conjuntamente, delimitan pues el alcance objetivo de la resolución judicial, debiendo, no obstante, añadirse para precisar el alcance del requisito de la congruencia que examinamos, dos consideraciones: a) Que la congruencia procesal es compatible con el principio *iura novit curia* en la formulación por los Tribunales de sus razonamientos jurídicos y b) Que la incongruencia es relevante, incluso, desde

la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y del derecho de defensa constitucionalmente reconocidos (artículo 24.1 y 2 Constitución Española), cuando como consecuencia de ella se produce una modificación de los términos del debate procesal, con quiebra del principio de contradicción y menoscabo del fundamental derecho de defensa. Por ello, lo que se exige es que la sentencia tenga coherencia interna, esto es, que observe la necesaria correlación entre la *ratio decidendi* y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, que refleje una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla, pues, de supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios.

G) Extensión de efectos

a) Basta con acreditar la prestación de servicios en el mismo período

Según la STS de 4 de enero de 2008, Ar. 136, el artículo 110 LJCA tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública y tiene su aplicación, en cuestiones de personal, cuando un determinado colectivo o grupo de funcionarios se encuentra en idéntica situación respecto a sus retribuciones, encuadramiento en un Grupo de clasificación, niveles que se les asignan, complementos a los que se creen con derecho, igualdad que reclaman respecto a otro grupo o colectivo de funcionarios por la igualdad de sus servicios, u otros supuestos semejantes que pueden presentarse en el desarrollo de la relación estatutaria.

b) La identidad debe ser no sólo material, sino también procesal y competencial

La STS de 4 de enero de 2008, Ar. 146, matiza, respecto de los requisitos que impone el artículo 110 LJCA, que integran presupuestos procesales de necesaria concurrencia para incorporar a los terceros interesados a la fase ejecutiva de un procedimiento en el que no han sido parte, y particularmente con relación a la “identidad de situación jurídica” que menciona su apartado a), y que la recientísima jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido, respecto de su alcance, que el texto de la norma es claro y no necesita interpretarse a la vista del primitivo proyecto: las situaciones jurídicas deben ser, no iguales o equivalentes, sino idénticas, y no son idénticas cuando una persona interpuso recurso contencioso-administrativo en tiempo contra un determinado acto administrativo, y el ahora recurrente no lo hizo, y, cuando conoció que el recurso promovido por otro había prosperado, pretendió conseguir los mismos efectos que si hubiese impugnado en tiempo la resolución administrativa, acudiendo para ello al artículo 110 de la LJCA, el cual tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas, y en el caso enjuiciado ningún proceso se evitaría, ya que el eventual recurso del ahora recurrente en casación no sería admisible por no haberse promovido en tiempo. Así las cosas, la igualdad ha de serlo en los términos en que este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, y, por tanto, comprensiva no sólo de una identidad material de situaciones sino igualmente de una igualdad procesal. En otras palabras, la apertura de ese cauce la sujeta el legislador a una serie de cautelas, de tal manera que la identidad de situación jurídica es un requisito necesario, pero no suficiente, pues además de éste, y de conformidad con el artículo 110.1, es preciso acreditar que la solicitud se

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

ha formulado en plazo y que el órgano jurisdiccional al que se solicita la extensión de efectos ostenta competencia para ello.

En relación a este último requisito el Legislador ha pretendido evitar que ante una sentencia estimatoria que reconoce una determinada situación jurídica otros interesados, que, *a priori*, se encuentran en idéntica situación puedan solicitar la extensión de los efectos de dicha sentencia al margen de las reglas de competencia territorial, alterando así la correcta aplicación de las normas que regulan el derecho al Juez natural predeterminado por la Ley y que, en el orden contencioso-administrativo se contienen en el artículo 14 de la LJCA. A tal efecto, lo que el artículo 110.1.b) LJCA señala es que un Tribunal es competente para conocer de la solicitud de extensión de efectos si también lo hubiera sido territorialmente para conocer del recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la sentencia cuyos efectos se pretenden extender. Se persigue adecuar la extensión de efectos, que no es sino un incidente de ejecución de sentencia a la misma competencia territorial que tiene el Juez que la dicta, a fin de que el órgano judicial no pueda, por el cauce de la extensión de efectos, conocer de asuntos para los que no tendría competencia territorial en un recurso contencioso-administrativo.

H) Medidas cautelares

a) Doctrina general sobre la tutela cautelar

La STS de 7 de noviembre de 2007, Ar. 1421, señala cómo la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la LJCA se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la

pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial –y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia– sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; expresión que reitera en el artículo 130.2, *in fine*, al exigir también una ponderación “en forma circunstanciada” de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo “en cualquier estado del proceso” (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, “hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley” (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “las medidas que sean adecuadas” para evitar o paliar “los perjuicios de cualquier naturaleza” que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que ésta “podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho” (133.3).

b) No se debe suspender la demolición de un edificio debida a la recuperación del dominio marítimo-terrestre

En el supuesto analizado por la STS de 7 de noviembre de 2007, Ar. 1421, nos encontramos con el lento desarrollo procedimental de una Administración periférica del Estado que, al final, da lugar a una concreta actuación administrativa dirigida y concretada en la resuperación del dominio público marítimo-terrestre, como expresión de un evidente interés general; esto es, de una actuación administrativa dirigida, en defensa de dicho interés general, a la recuperación

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de unos terrenos ocupados sin titularidad alguna así como a la restauración de una indebida situación jurídica largamente prolongada en el tiempo. Tal interés cuenta con una intensidad, y una necesidad de apoyo y protección jurídica, muy superior a los intereses particulares —fundamentalmente económicos— que se alegan de contrario por quien acepta que, desde hace bastante tiempo, viene ocupando y explotando económicamente el dominio público marítimo-terrestre, sin título alguno que avale su situación.

c) La protección de dominio público es prevalente para evitar situaciones irreversibles

La STS de 19 de marzo de 2008, Ar. 1616, ha señalado, respecto del juicio de ponderación entre los intereses en conflicto, que es prevalente la protección del dominio público en evitación de situaciones irreversibles, criterio que en este caso tiene especial relevancia cuando sobre la zona deslindada como servidumbre de protección se ha construido un edificio destinado a hotel con cuatrocientas habitaciones, según manifiesta la representación procesal de la entidad recurrente.

d) Puede suspenderse un Plan Especial aunque su aprobación definitiva no dé lugar al inicio de las obras de inmediato

La STS de 17 de marzo de 2008, Ar. 1443, considera que el hecho de que la aprobación definitiva del Plan Especial no conlleve el inicio de las obras, por ser necesarias otras actuaciones y autorizaciones antes de que pueda comenzar la ejecución material, no es un argumento determinante para denegar la suspensión. En efecto, aunque la ejecución del Plan Especial impugnado precise de actos concretos de ejecución, susceptibles de impugnación autónoma en sede jurisdiccional, es el propio planeamiento especial el que confiere legitimidad y eficacia a dichos actos singulares hasta el extremo de que su aprobación constituye la declaración de necesidad de ocupación para ulteriores expropiaciones forzosas, con la que, según lo establecido en el artículo 21.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, se inicia el expediente expropiatorio, de manera que, en contra del parecer de las representaciones procesales de ambas Administraciones recurrentes, la mera aprobación del Plan Especial de Reforma Interior tiene una eficacia ejecutiva susceptible de ser suspendida evitando así tantas impugnaciones cuantos actos concretos ordenen cada una de las demoliciones previstas para ejecutar dicho Plan Especial.

Por tanto, tratándose de la impugnación dirigida contra un Plan Especial, como sucede en el caso que nos ocupa, la petición de suspensión debe resolverse atendiendo a los criterios que con carácter general deben presidir la adopción de medidas cautelares, y muy señaladamente, el que obliga a tomar en consideración si la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso (artículo 130.1 LJCA), lo que supone la necesidad de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso.

e) No aplicación del criterio del *fumus boni iuris*

Según la STS de 21 de noviembre de 2007, Ar. 1642, cuando la apariencia de buen derecho invocada no es manifiesta y evidente sino que ha de someterse a un juicio contradictorio para resolverla con acierto, no es aplicable a la suspensión cautelar interesada el principio de *fumus boni iuris* a fin de acceder a ella.

f) Procede suspender la denegación de un permiso de residencia de trabajo si se acredita el arraigo

La STS de 9 de enero de 2008, Ar. 117, deja sentadas las consideraciones jurídicas que han de valorarse a la hora de resolver sobre peticiones de suspensión en materia de extranjería. Dice que las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no se compadece con el principio de eficacia administrativa. Y añade que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la LJCA.

g) La entrada y permanencia en España de ciudadanos rumanos y búlgaros no está supeditada a autorización previa

Con fecha 25 de abril de 2005 se firmó en Luxemburgo el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea. Este Tratado fue ratificado por España mediante instrumento de 26 de mayo de 2006, publicado en el BOE núm. 17, de 19 de enero de 2007, y entró en vigor el día 1 de enero de 2007, conforme a lo dispuesto en su artículo 4. Por consiguiente, tal y como reconoce la STS de 6 de marzo de 2008, Ar. 1376, a partir de esa fecha de 1 de enero de 2007 los nacionales de Rumanía y Bulgaria pasaron a tener la consideración de ciudadanos de la Unión Europea; condición esta, la de ciudadano de la Unión Europea, que implica el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. De este modo, el régimen jurídico de esta concreta libertad de circulación y residencia ha pasado a ser para los ciudadanos rumanos y búlgaros el regulado con carácter general en el Real Decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, pues aun cuando, de conformidad con lo establecido en el Tratado de adhesión, su Procolo adjunto y Anexos al mismo, se han establecido disposiciones transitorias en relación a la libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena, ese régimen transitorio se proyecta únicamente sobre el acceso al mercado de trabajo y no afecta al resto de las libertades, como la referida de circulación y residencia, de la que, insistimos, gozan con plenitud los nacionales de Bulgaria y Rumanía desde la tan citada fecha de 1 de enero de 2007.

Justamente porque los nacionales rumanos y búlgaros tienen la consideración de ciudadanos europeos, no les es de aplicación la Ley Orgánica 4/2000, al menos en cuanto al régimen sancionador, por aplicación de lo dispuesto en su artículo 1.3, a cuyo tenor “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régi-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

men comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” (siendo evidente que el régimen sancionador de esta Ley Orgánica no es norma más favorable a los efectos que aquí interesan). Y esto tiene la importante consecuencia jurídica de que por aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable (artículo 128.2 de la Ley 30/1992), el artículo 53.a) de esta LO 4/2000 (reformada por LO 8/2000) ha dejado de ser aplicable a los ciudadanos rumanos y búlgaros, toda vez que la omisión y/o el retraso del cumplimiento de las formalidades administrativas a las que está sujeta su presencia en España (al igual que cualesquiera otros ciudadanos comunitarios), no se puede catalogar como “estancia irregular”, a los efectos de dicho artículo 53.a), visto que a partir del 1 de enero de 2007 su presencia en territorio español no requiere autorización previa, estando sujeta, exclusivamente, a un simple control administrativo de registro cuya omisión o defectuosa cumplimentación podrá dar lugar a las consecuencias que procedan, pero en ningún caso a la expulsión por aplicación del tan citado artículo 53.a). Debiéndose tener en cuenta, en este sentido, que la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dicho con reiteración que el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora (STS de 31 de enero de 2007, por citar una de las últimas).

Las consideraciones que acabamos de exponer proporcionan una evidente “apariencia de buen derecho” a la pretensión cautelar esgrimida por la parte recurrente en casación, y además imponen una reconsideración de los intereses en juego, ya que la existencia de este marco legal sobrevenido priva de vigor a los intereses generales esgrimidos por la Administración en pro del mantenimiento de la ejecutividad del acto impugnado, en la misma medida que refuerza la posición jurídica del recurrente. En efecto, la entrada y permanencia en territorio español de los ciudadanos rumanos y búlgaros ha dejado de merecer cualquier desvalor jurídico para el legislador español desde el momento que esa entrada y permanencia han dejado de estar supeditadas a ninguna autorización previa y sólo pasan por un simple control administrativo de registro, cuyo incumplimiento, por sí solo, no puede dar lugar en ningún caso a la expulsión y prohibición de entrada. Es, pues, este mismo marco jurídico actualmente vigente el que determina que carezca de sentido ejecutar la resolución de la Administración. Y desde la perspectiva de los intereses concernidos, mientras que el interés del actor en la suspensión del acto resulta evidente, no se aprecia ningún interés general que justifique su ejecución, dada la evolución referida del entramado jurídico aplicable a la situación personal de los ciudadanos rumanos y búlgaros en España.

h) Procede suspender la orden de expulsión del extranjero si éste solicitó la regularización y está pendiente de resolución o se deniega, y ello aun cuando la expulsión ya se haya materializado

La STS de 7 de febrero de 2008, Ar. 1518, nos recuerda que es doctrina jurisprudencial consolidada que no resulta conforme a derecho la orden de expulsión o la obligación de salida del territorio español mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de residencia, de trabajo o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero, oportunamente presentadas. Esta doctrina jurisprudencial es de aplicación al caso analizado, pues a tenor de la documentación adjunta al escrito de interposición del recurso contencioso-

administrativo puede considerarse acreditado que, en efecto, el recurrente había promovido antes de su detención la regularización de su situación jurídica en España.

Surge, no obstante, un aparente problema para la estimación del recurso, puesto de manifiesto por el propio recurrente en su recurso de súplica, cual es que tras dictarse la resolución sancionadora de expulsión, dicha resolución fue ejecutada. No cabe extraer otra conclusión a la vista del hecho de que aquél, tras pedir por segunda vez permiso de residencia y trabajo, fue citado a una entrevista en el Consulado de España en su país. Si así fue, ello sólo puede deberse a que el interesado había dejado España en ejecución de esa orden de expulsión y había regresado a su país de origen.

Situados en esta perspectiva, hemos de plantearnos si la ejecución efectiva del acto administrativo impide acceder a la suspensión cautelar de ese mismo acto ya ejecutado. Pues bien, alguna sentencia se mueve en esta línea. Así, la STS de 18 de julio de 1996 apuntaba que “es clara y reiterada la doctrina de esta Sala en orden a la imposibilidad de aplicar la medida de suspensión respecto a los actos ya ejecutados (...) ya que la esencia de la medida cautelar de suspensión de la ejecución pugna con la ya ejecución del acto a que se refiere, al carecer de sentido suspender algo que está ejecutado”. Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha sido corregida por SSTS como la de 10 de julio de 2000, donde se concluye que “si la suspensión llegare a otorgarse produciría un efecto cautelar nada deleznable, puesto que el acto impugnado en el proceso principal tiene un doble contenido: la orden de expulsión —ya ejecutada, según nos dice el recurrente— y la prohibición de entrar en territorio nacional español durante tres años. Es este segundo aspecto el que podría ser corregido con el eventual otorgamiento de la suspensión solicitada”. Esta doctrina es, sin duda, aplicable al presente caso, pues la orden de expulsión dictada contra el interesado conllevaba la prohibición de entrada en territorio español durante tres años.

No se desvirtúa la conclusión estimatoria alcanzada por el hecho de que la solicitud de permiso de residencia y trabajo que estaba pendiente de resolución al tiempo de acordarse la expulsión fue finalmente denegada por la Administración, antes de que la Sala de instancia dictara su auto. Este dato, decimos, no desvirtúa la conclusión estimatoria del presente recurso de casación, ante todo porque no consta la firmeza de esa denegación al tiempo de la resolución del Tribunal *a quo*, y en todo caso subsiste el hecho de que la ejecución de la orden de expulsión, antes de que la Sala de instancia se hubiera pronunciado sobre la medida cautelar solicitada, fue contraria a Derecho, y esta declaración pudiera surtir efectos favorables para el interesado, por ejemplo, de cara a la tramitación y decisión sobre su segunda solicitud de permiso de trabajo y residencia.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Admisión: se puede recurrir contra el auto que fija una indemnización por imposibilidad de ejecutar una sentencia si es para revisar la ponderación y razonabilidad de aquélla

La STS de 2 de octubre de 2007, Ar. 267, señala que conforme a lo dispuesto en el artículo 87 LJCA, es la Sala de Instancia la que tiene potestad para determinar el *quantum* de la indem-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

nización que en cada caso corresponda cuando se trata, como aquí acontece, de concretar los daños y perjuicios ocasionados ante la imposibilidad material de ejecutar una sentencia que reconoció a la entidad hoy recurrente el derecho a la adjudicación de la concesión para la construcción y gestión del equipamiento deportivo y un aparcamiento, y que ese quantum no es revisable en casación, siempre que la Sala de Instancia cumpla los términos de la sentencia o de la resolución que trata de ejecutar, y lo haga de forma razonable y moderada. Sin embargo, no hay que olvidar que, en el caso de autos, aunque el recurrente trata ciertamente de revisar el quantum fijado por la Sala de Instancia, lo hace alegando entre otros, incongruencia, falta de motivación, arbitrariedad, que la cantidad señalada es una caricatura si se compara con los importes de las pruebas periciales obrantes y, en fin, la rotura del principio de equivalencia, es claro que, en este supuesto, sí es admisible el recurso de casación, aunque no lo sea para alterar el criterio de la Sala de Instancia y sí para revisar la razonabilidad y ponderación de la indemnización fijada. En otras palabras, aunque el Tribunal de casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto a la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de Instancia.

B) Motivos: en el motivo previsto en el artículo 88.1.c) LJCA es preciso pedir la subsanación de la falta en la instancia respecto de la decisión del Tribunal de instancia que acordó la práctica de la prueba

El artículo 61 de la LJCA permite al Tribunal acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto, así como la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime necesaria, una vez finalizado el período de prueba y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia. En el asunto enjuiciado en la STS de 9 de enero de 2008, Ar. 584, entiende el recurrente que este precepto ha sido vulnerado porque la diligencia de prueba interesada del Ayuntamiento fue acordada por la Sala de oficio cuando ya se había producido el señalamiento, declarado ya concluso para sentencia.

El artículo 88.1.c) de la LJCA permite fundamentar el recurso de casación en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio siempre que se haya producido indefensión y se haya intentado subsanar el defecto en la instancia, lo que exige, en primer término, examinar si la diligencia de prueba interesada por parte de la Sala ha producido efectiva indefensión al recurrente y si éste, de haber resultado posible, debiera haber interpuesto recurso de súplica contra el acuerdo del Tribunal que dispuso la práctica de dicha prueba, según resulta de lo dispuesto en el apartado 2 de ese precepto. Modificando lo que ocurría con la anterior Ley de la Jurisdicción en que el acuerdo de práctica de prueba para mejor proveer no resultaba susceptible de ningún recurso, la nueva Ley de la jurisdicción ha alterado este principio sobre la base de que, conforme a su artículo 79, en principio son recurribles todas las decisiones del Tribunal salvo las expresamente excluidas por Ley, por lo que, no existiendo dicha exclusión en relación con las diligencias practicadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 61.2, resultaba procedente el recurso de súplica contra el acuerdo de práctica de la prueba adoptado por el Tribunal de instancia, recurso de súplica cuya posibilidad con la nueva Ley de la Jurisdicción está implícitamente aceptada por cuanto que ya no existe en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de practicar prueba para mejor proveer ni, en consecuencia, precepto equivalente al artículo 340 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil que excluía

en tales casos la posibilidad del recurso de súplica, por cuanto que, según la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, la Ley ha suprimido las denominadas diligencias para mejor proveer sustituyéndolas por unas diligencias finales con presupuestos distintos de los de aquéllas. De todo ello resulta que, permitida la práctica de dicha prueba en la vigente Ley de la Jurisdicción, cabe interponer recurso de súplica contra el acuerdo que así lo disponga al no resultar éste excluido por esa ley ni por la supletoria de Enjuiciamiento Civil.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Requisitos: las sentencias de contraste deben ser del orden contencioso-administrativo y se deben concretar las identidades que determinan la contradicción

La STS de 29 de enero de 2008, Ar. 325, analiza el recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se impone al recurrente el deber procesal de razonar en su escrito de interposición sobre dos aspectos distintos pero relacionados, a saber.

Uno, sobre la contradicción alegada. Para abrir esta modalidad casacional no basta que los pronunciamientos judiciales enfrentados sean distintos; es necesario que sean distintos en presencia o ante supuestos sustancialmente iguales; en esto consiste la contradicción, precisamente. Por ello, aquel escrito razonado ha de expresar, claro es, en qué son distintos aquellos pronunciamientos; pero ha de expresarlo, y esto es lo importante, poniendo de relieve que ese distinto pronunciamiento se ha producido al resolver supuestos sustancialmente iguales. De ahí que la norma exija que el razonamiento sobre ese primer aspecto contenga una relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada. Esto es, exige: (1) una relación, en el sentido, de los varios que el Diccionario de la Lengua Española da a este término, de lista de elementos; de lista, en este caso, y cualquiera que sea la forma o modelo con que quede plasmada en el escrito, que abarque, que comprenda, que se refiera a todos y cada uno de los elementos que determinan para aquellas normas que los supuestos pueden ser sustancialmente iguales; la relación ha de referirse, pues, a los litigantes, a los hechos, a los fundamentos y a las pretensiones, tanto del supuesto en el que se dictó la sentencia recurrida, como del o de los supuestos en que se dictaron las de contraste, y (2) que tal relación sea precisa y circunstanciada, o lo que es igual: que la relación no deje de hacerse con el detalle mínimo necesario para percibir cuáles eran, en los supuestos que se comparan y en lo jurídicamente relevante, la situación de los litigantes, los hechos, los fundamentos y las pretensiones.

Y otro, sobre la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida. Aquí, en este segundo aspecto, el escrito de interposición habrá de identificar cuál o cuáles son las normas o los principios o la jurisprudencia que esa sentencia pueda haber infringido al pronunciarse en el sentido en que lo hizo y habrá de contener una exposición razonada capaz, por breve que fuera, de ser reconocida como fundamento de esa imputación. Y ello, con el siguiente matiz para el caso de que la sentencia recurrida hubiera sido dictada por una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia: la infracción legal imputada lo ha de ser del Derecho estatal o comunitario europeo y ha de haber sido relevante y determinante del fallo recurrido. Es así porque el artículo 96.4 de la Ley Jurisdiccional veda esta modalidad casacional frente a las sentencias que quedan excluidas del recurso de casación en el artículo

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

86.4 y porque el artículo 99 de la misma Ley atribuye el conocimiento del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando lo infringido hayan sido normas emanadas de la Comunidad Autónoma a los Tribunales Superiores de Justicia.

B) Motivos

a) La diferencia de pronunciamientos por las diferencias entre las circunstancias de cada caso no es motivo casacional

La STS de 18 de marzo de 2008, Ar. 1381, ha dicho que cuando el distinto resultado del proceso y consiguientes pronunciamientos judiciales son fruto de los distintos hechos fijados por el Tribunal de instancia en su función de valoración de la prueba y no implican una contradicción ontológica; cuando la diferencia en los pronunciamientos aparece justificada como respuesta a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, de manera que tal diferencia no responde a una diversa y contradictoria interpretación de la norma, cuya corrección constituye el fundamento y objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina, sino a la específica valoración de las pruebas, que justifica la divergencia en la solución adoptada, no es posible plantear este recurso excepcional y subsidiario.

b) No son situaciones iguales diferentes expropiaciones en diversas localidades

Según la STS de 18 de marzo de 2008, Ar. 1383, falta la justificación de las identidades de sujetos, fundamentos y pretensiones cuando el proceso resuelto por la sentencia recurrida, se refiere a la expropiación de una finca en el lugar determinado de un municipio, suelo no urbanizable, con unas determinadas circunstancias de localización, régimen urbanístico y usos posibles, mientras que la sentencia invocada contempla la expropiación de una finca en otro municipio, para la construcción de una variante de autovía, que a pesar de estar clasificado como suelo no urbanizable se considera urbanizable a efectos valorativos, atendiendo a la realidad de las cosas consistente en el destino efectivo previsto para los terrenos afectados por la expropiación, y la otra sentencia invocada se refiere a la expropiación de una finca para la construcción de una ronda, discutiéndose en dicho proceso la procedencia de conceder indemnización por la porción de la finca que no fue expropiada, dado que es susceptible de aprovechamiento urbanístico. Se trata por lo tanto de supuestos de hechos distintos, fincas sujetas a diferente régimen urbanístico, correspondientes a poblaciones distintas y distantes, en los que se plantean cuestiones valorativas dispares que se resuelven atendiendo a las circunstancias de hecho que concurren en cada caso.

Lo que en realidad se plantea por la parte es la invocación de la doctrina contenida en dichas sentencias respecto de los concretos aspectos cuestionados por ella, que hace extensivo a la infracción de la jurisprudencia sobre la valoración de la prueba pericial y las sentencias que cita sobre valoración de las expectativas urbanísticas, lo que supone instar una revisión del criterio aplicado en la sentencia por entender que es contrario al seguido en las sentencias de contraste y las demás que cita, planteando así una situación equivalente a la casación ordinaria por infracción de la jurisprudencia, al margen de las identidades exigidas en el recurso de casación para la unificación de doctrina, que, como se ha señalado antes, no es un medio de eludir la inimpugnabilidad de la sentencia en casación ordinaria y ha de plantearse en razón de la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico “no sólo

en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de ésta”, para poder apreciar una contradicción que haya de solventarse a través de este recurso de casación para la unificación de doctrina.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J.L. VICENTE IGLESIAS

Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

[La Ley, Madrid, 2008, 812 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Este especialista en contratos, que cuenta ya en su bibliografía con varios libros sobre la materia, aborda ahora la LCSP que entró en vigor en mayo de 2008 y que es y será sin duda objeto de estudio en los próximos tiempos, no sólo por su relevancia sino también por los cambios, especialmente, de estructura y en cierto modo de concepción de lo que ha de ser una Ley de contratación, que la nueva norma ha introducido. Uno de esos estudios es el comentario que a ésta ha hecho el autor de esta amplia obra.

En efecto, como su propio autor pone de relieve nos encontramos en un momento en que el Derecho de la Contratación Pública ha sufrido profundas modificaciones como consecuencia de la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Ello por sí solo justifica la oportunidad de ésta y otras obras que en esta materia están viendo la luz en los últimos meses. Y en concreto en ésta el autor comenta el texto legal artículo por artículo desde una perspectiva tanto teórico como práctica, y con referencias a la legislación anterior, pero sobre todo haciendo especial mención a las novedades producidas por la nueva LCSP.

Además, todo ello lo hace el autor tratando las dudas que se debaten desde la aprobación de esta norma e, incluso, ya con el Proyecto, respecto a si ésta da respuesta a las necesidades existentes en cuanto a contratación y, particularmente, por lo que se refiere a las exigencias mínimas en materia de objetividad, publicidad y concurrencia que se imponen desde Europa.

Por ello esta obra trata de ser un auténtico Manual de Contratación Pública, que busca no sólo analizar desde un plano teórico esta nueva norma sino también y, especialmente, ofrecer un apoyo a los operadores jurídicos que intervienen en el mundo de la contratación.

C. LUCENA CAYUELA

La contratación del sector público local. Aspectos prácticos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

[Tecnos, Madrid, 2008, 240 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Recientemente, en mayo de este año, como ya se ha dicho, ha entrado en vigor una de las más importantes Leyes en materia de Derecho Administrativo como es la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), Ley que, dado el cambio que adopta de estructura respecto a las normas anteriores, lo que fue duramente criticado por el Consejo de Estado, ha adquirido una cierta complejidad que presenta dudas, especialmente, en la práctica.

Pues bien, la obra que presenta la autora, Carme LUCENA CAYUELA, que es Jefe del Departamento Central de Contratación del Ayuntamiento de Badalona, trata de ofrecer un panorama de esa nueva Ley, especialmente desde el punto de vista práctico, ex-

plicando aquello que respecto a la normativa anterior no supone un cambio en la práctica diaria de lo que sí son verdaderas novedades, y todo ello con especial referencia a la contratación de ámbito local.

Esta obra comienza con un estudio y exposición de la contratación del sector público, con especial atención al sector público local, y destacando de forma particularizada los aspectos prácticos más útiles, y de otro lado este mismo libro, a través principalmente del anexo final, trata de ofrecer ese contenido explicado de forma resumida y visual a través de esquemas.

De tal modo que el objetivo central es el análisis de la contratación pública explicando de modo sistemático y ordenado el contenido de la Ley de Contratos del Sector Público, desde sus antecedentes inmediatos (normativos y jurisprudenciales, nacionales y europeos), hasta los aspectos prácticos más notables agrupados temáticamente, pasando por el análisis de todos los trámites a tener en cuenta en la preparación, adjudicación, ejecución y extinción de los contratos públicos, para lo que sigue el orden lógico de elaboración y gestión de un contrato público.

Del mismo modo, en cada uno de los temas que aborda esta obra se hace especial mención a los aspectos introducidos *ex novo* por esta Ley, a los que no constituyen tal novedad sino que recogen las prácticas habituales extendidas por las entidades contratantes y los propios licitadores y contratistas por razones operativas, y a los no menos importantes interrogantes que abre dicha regulación y dejan un campo de actuación muy importante a los operadores jurídicos.

Y todo ello lo hace a través de veinte epígrafes que recogen el siguiente contenido: generalidades de la LCSP; su ámbito de aplicación; tipos contractuales; régimen de invalidez y revisión de contratos; aspectos económicos y temporales del contrato y contenido mínimo; las partes de la relación contractual, donde se engloba tanto el estudio de la Administración y demás entes, organismos y entidades contratantes, como el contratista y sus requisitos; las garantías de la contratación; las

actuaciones preparatorias; la publicidad de licitaciones y adjudicaciones; los criterios de valoración y la subasta; los procedimientos de adjudicación; la adjudicación y formalización; la ejecución; la extinción; las normas específicas de contratación en el ámbito local; las cláusulas sociales y medioambientales; el régimen jurídico de la actuación de las entidades contratantes y finalmente un Anexo con la contratación del sector público en esquemas.

J.J. PERNAS GARCÍA

Las operaciones *in house* y el Derecho Comunitario de Contratos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE

[Iustel, Madrid, 2008, 200 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Otro tema de los que suscitan cierto interés y curiosidad al estudiar la nueva LCSP es el de los “medios propios” a los que la norma se refiere en su artículo 24 de nuestra nueva LCSP, y que enlaza con las viejas encomiendas de gestión. Es además un tema que ha sido bastante tratado por la doctrina en otros países como es el caso de Francia. Pues bien, ese es el objeto de análisis de esta monografía.

El autor, muy acertadamente, adopta la perspectiva del Derecho Comunitario y especialmente de la jurisprudencia del TJCE; que ha sido tan fundamental en esta materia, valga de ejemplo la Sentencia de 13 de enero de 2005, que se refería precisamente a la normativa española entonces vigente y el incumplimiento de las imposiciones europeas a este respecto por la misma.

Así, como bien explica el autor de esta obra, las operaciones *in house* son aquellos supuestos en los que la Administración acude a sus medios propios para atender a sus necesidades de suministro de bienes, prestación de servicios o realización de obras.

En este caso la Administración está exenta del cumplimiento de las exigencias derivadas del Derecho de la contratación pública. Sin embargo, cuando la Administración acude al mercado para aprovisionarse, debe garantizar la libre concurrencia mediante la aplicación de los principios y normas sobre contratación pública.

No obstante, la línea que separa estos dos ámbitos no es clara ni precisa y para su clarificación ha sido imprescindible la doctrina del TJCE, analizada en este libro.

En efecto, las directivas comunitarias de contratación pública no han dado respuesta a estas dudas sino que ha sido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien ha aportado una serie de criterios, indicios y circunstancias que han permitido identificar, de forma cada vez más precisa, cuándo la Administración realiza una encomienda a un medio propio; doctrina jurisprudencial que recoge ahora la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Por ello el objetivo central de esta interesante monografía es el estudio de la evolución y el estado actual de la doctrina del TJCE sobre las operaciones *in house*, aunque teniendo también presentes los estudios doctrinales europeos más relevantes sobre esta cuestión.

E. PORTO REY

Las valoraciones en la Ley 8/2007, de Suelo

[Montecorvo, Madrid, 2008, 241 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Si una de las Leyes de la pasada legislatura más relevantes, desde el punto de vista de la materia y de cara a los administrativistas, ha sido la LCSP ya mencionada, sin duda otra de esas normas es la Ley de Suelo 8/2007, que dado el reducido ámbito competencial en la materia por lo que se refiere al Estado se ciñe básicamente a derecho de propiedad, expropiación y responsabilidad y

valoraciones, precisamente a efectos de los supuestos anteriores.

Se trata además de un tema de gran relevancia pero también no libre de polémica y que a lo largo de las distintas normas que se han venido dictando ha evolucionado y cambiado considerablemente, no habiéndose dado un único criterio de valoración que fuese inamovible.

Pues bien, este interesante e importante tema es tratado en la obra que nos presenta PORTO REY, que ya en el año 2004 tratara este tema —evidentemente de acuerdo con la normativa anterior—, por lo que ahora puede exponer con todo detalle y conocimiento los cambios experimentados en este tema con la nueva Ley de Suelo.

La estructura de esta monografía ofrece en primer lugar el marco normativo, así como los objetivos y características de la Ley de Suelo de 2007; pasando a continuación a hablar de las situaciones básicas de suelo, así como los aprovechamientos en las leyes urbanísticas, pues debe recordarse que los distintos tipos o situaciones del suelo que ofrece la Ley estatal sólo lo son a efectos de lo regulado en dicha Ley, es decir, básicamente expropiación y responsabilidad y las valoraciones precisas para ello, ya que las competencias restantes no son estatales; también explica los distintos métodos disciplinares y normativos para valorar inmuebles; para pasar más tarde ya sí a exponer los sistemas valorativos en la anterior legislación de suelo del Estado y los argumentos que aduce la Exposición de Motivos de la Ley actual para cambiar los criterios valorativos de su predecesora, precisando también aquellos supuestos en los que la Ley de 2007 acepta los criterios generales de valoración de la Ley de 1998 y aquellos otros en los que la Ley actual no acepta los criterios valorativos anteriores, haciendo así una comparación entre ambas normas a este respecto.

Finalmente explica y analiza el régimen de valoraciones en todos sus aspectos, tanto en cuanto a su ámbito de aplicación y momento de referencia, como

respecto a los distintos preceptos de la Ley, es decir, el artículo 20 en cuanto a los criterios generales para la valoración de inmuebles; el artículo 21 por lo que se refiere a la valoración de suelo rural; el artículo 22 en cuanto a la valoración del suelo urbanizado; el artículo 23 en materia de indemnizaciones; el 25 para tratar la valoración del suelo en régimen de equidistribución de beneficios y cargas; el artículo 26 que lleva por título “Régimen de valoraciones”, y el artículo 27 para analizar el régimen transitorio; concluyendo con el estudio del premio de afección.

J. BARREDA BARBERÁ

La ordenación jurídica del suelo no urbanizable

[Tirant lo blanch, Valencia, 2008, 350 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta misma línea del importante tema del Derecho urbanístico se encamina la obra que presenta BARREDA BARBERÁ, que hace un estudio exhaustivo del régimen jurídico del suelo no urbanizable.

Este libro se divide en varios capítulos, dedicados a dar respuesta a lo que el autor entiende que son cuestiones básicas en la materia, como la configuración, utilidad, protección y valor del suelo no urbanizable.

Así comienza en el capítulo preliminar con el análisis del sustrato territorial y sociológico del suelo no urbanizable, así como su irrupción como categoría jurídica. A continuación analiza el proceso a través del cual se clasifica el suelo; para más tarde pasar al análisis tanto de los usos propios como los ajenos al destino natural del suelo.

El capítulo tercero lo dedica a la protección y expone las técnicas preventivas, restauradoras y punitivas que están al servicio de la defensa del suelo no urbanizable y sus valores.

La valoración de este suelo lo expone en los capítulos cuarto y último, con un análisis exhaustivo de la jurisprudencia existente a este respecto, ya que entiende que esa doctrina jurisprudencial ha ayudado a interpretar y complementar los criterios legales de tasación de los terrenos y los elementos anejos.

Además, y como es necesario e imprescindible en esta materia por la distribución competencial que en ella existe, el autor emplea en su estudio tanto la Legislación del Estado como la de las Comunidades Autónomas.

Finalmente concluye este libro con unas conclusiones que plasman algunos de los aspectos más significativos a los que el autor, a través de su investigación, ha llegado.

VVAA

El nuevo régimen jurídico del suelo

[Iustel, Madrid, 2008, 248 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Si como se ha visto uno de los temas de plena actualidad y de máxima relevancia en el panorama del Derecho Administrativo es el urbanismo y particularmente el estudio de la nueva Ley de Suelo de 2007, a ello responde este libro que agrupa cinco trabajos que en su día fueran publicados en el número 15 de la *Revista General de Derecho Administrativo* y que estuvo dedicado monográficamente a la nueva Ley estatal de Suelo, y que fueron elaborados por algunos de los máximos especialistas en la materia y que cuentan con una larga y prolija obra sobre temas urbanísticos.

Se trata de expertos tan destacados en el Derecho Urbanístico como los profesores Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Luciano PAREJO ALFONSO, Ángel MENÉNDEZ REXACH, José María BAÑO LEÓN y Marcos

VAQUER CABALLERÍA, que sin duda constituyen referentes indiscutibles en el urbanismo español.

Los cinco autores a través de sus trabajos llevan a cabo un estudio preciso y pormenorizado de la nueva Ley de Suelo de 2007 y de aquellos aspectos de ésta más relevantes.

Así, comienza el Profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ con una valoración general sobre la nueva Ley, para a continuación proceder el Profesor Luciano PAREJO a exponer el nuevo marco general que para la ordenación territorial y urbanística define la Ley 8/2007, de Suelo; la aportación del Profesor Marcos VAQUER se centra en la Constitución, la Ley de Suelo y el ordenamiento territorial y urbanístico; mientras que el Profesor MENÉNDEZ REXACH habla de las situaciones básicas de suelo, y el Profesor BAÑO LEÓN concluye con las valoraciones del suelo.

J. MORCILLO MORENO

Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo (Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales)

[La Ley, Madrid, 2007, 625 páginas]

JOSE ANTONIO MORENO MOLINA

Juana MORCILLO MORENO trata en esta excelente monografía el estudio de la prejudicialidad en el campo del Derecho administrativo, instituto que hasta el momento se encontraba falto de una completa regulación desde la perspectiva iusadministrativa habida cuenta de que los estudios existentes al respecto provenían del Derecho procesal.

La prejudicialidad consiste en la resolución de una cuestión ajena al campo jurisdiccional en el que se esté desarrollando el objeto principal de un proceso y sin cuya previa resolución resultaría imposible dar una válida

solución al problema de fondo. En efecto, la prejudicialidad hunde sus raíces en la confluencia de diversos órdenes jurisdiccionales, ante la necesaria especialización material derivada de la heterogeneidad de asuntos necesitados de resolución, y de disposiciones de diferente naturaleza, como consecuencia del continuo trasvase entre normas materiales y normas procesales. Tal bifida aleación de órdenes jurisdiccionales, por un lado, y de normas sustantivas y adjetivas, por otro, no ha logrado un ensamblaje perfecto sino que, antes bien, ha dejado una hendidura suficiente para dar entrada a la existencia de contradicciones entre resoluciones provenientes de diferentes órdenes jurisdiccionales. A ello hay que adicionar la parquedad con la que el legislador ha abordado la prejudicialidad en el proceso contencioso-administrativo, a la que ha brindado un único precepto, el artículo 4 de su ley reguladora.

Por todo ello, el trabajo de la profesora MORCILLO MORENO evidencia, por una parte, la posible existencia de sentencias contradictorias procedentes de distintos órdenes jurisdiccionales y, por otra, la inexistencia actual de mecanismos procesales adecuados para corregir tales contradicciones.

La obra se estructura en cinco capítulos a los que se añaden una Introducción, un apartado de Conclusiones y un práctico muestrario de Formularios de utilidad tanto para el abogado como para los órganos jurisdiccionales. La relevancia práctica del tema objeto de estudio queda de manifiesto en el propio título de la obra. Sin duda, a la aprehensión de los matices prácticos de la cuestión habrá contribuido la experiencia de su autora en la judicatura como jueza sustituta.

Ante la confusión que desde siempre ha acompañado al concepto de cuestión prejudicial, el capítulo primero acota los límites formales y materiales del objeto de la investigación para poderlo diferenciar de otras figuras afines partiendo de la premisa de que, si bien todo lo prejudicial antecede, no todo lo que antecede es prejudicial. Además, dado que uno de los pilares más importantes sobre los que se asienta la diferenciación entre el conocimiento prejudicial o incidental y el conocimien-

to pleno o con valor de cosa juzgada de una cuestión es, respectivamente, el de la naturaleza *incidenter tantum* o *principaliter* de su resolución, esclarece los motivos de tal distinción y los efectos derivados de su traslación al plano jurídico-procesal.

Los capítulos segundo y tercero se dedican al estudio de las leyes procesales que han regulado el instituto de la prejudicialidad en nuestro sistema procesal. Concretamente, la doctora MORCILLO MORENO entresaca, de cada una de ellas, los principales problemas y sus correlativas vías de solución, todo ello para extrapolar las principales conclusiones en cada caso alcanzadas al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Y para hacer más sistemático el estudio, la autora ha optado por la distinción de una etapa preconstitucional (capítulo segundo) y de otra posconstitucional (capítulo tercero), diferenciando a su vez, en cada una de ellas, una doble óptica desde la que enfocar la prejudicialidad en su relación con el Derecho administrativo, a saber: de un lado, con relación a los problemas que plantean las cuestiones prejudiciales administrativas en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y laboral y, de otro, con relación a aquellos otros problemas que suscitan las cuestiones prejudiciales civiles, penales y sociales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El capítulo tercero aborda la prejudicialidad en la etapa posconstitucional incidiendo especialmente en la articulación de las cuestiones prejudiciales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y en su operatividad en el orden jurisdiccional civil en tanto resultado de aplicación supletoria al proceso administrativo las disposiciones que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 con relación a la prejudicialidad. Entre los principales problemas sustantivos que se tratan en dicho capítulo, merece especial atención el estudio de las diferentes situaciones jurídicas por las que puede atravesar una cuestión prejudicial suscitada a raíz de un conflicto de naturaleza contencioso-administrativa en función de que la cuestión prejudicial en él suscitada haya sido previamente resuelta en la vía jurisdiccional correspondiente, no lo haya sido todavía o lo sea en el futuro aunque en sentido dispar a como en su momento la resolviera el juez administrativo.

En directa conexión con el tema de la prejudicialidad administrativa, otro aspecto analizado es el de la articulación de la prejudicialidad en el procedimiento administrativo pues, aunque ignorado por la ley, no ha dejado por ello de plantear inconvenientes. Existe una importante laguna legal desde el momento en que se contemplan los efectos de un pronunciamiento penal en el procedimiento administrativo únicamente con ocasión del *non bis in idem* en materia sancionadora y, más limitadamente, con relación al procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Al estudio de dichas regulaciones y de sus implicaciones con el tema de la prejudicialidad destina la monografía su Capítulo Cuarto¹.

Finalmente, tras el análisis del sistema actualmente vigente y de sus principales críticas, la profesora MORCILLO MORENO articula algunas propuestas tendentes a la unificación del sistema y a intentar corregir algunas de sus deficiencias. Antes de exponer las principales conclusiones de su trabajo, el estudio de un tema trasversal que reviste tantos y tan complejos matices y en el que están llamados a desempeñar un activo papel todos los órdenes jurisdiccionales conducía a realizar, en el último capítulo, algunas reflexiones para mejorar el sistema aportando algunos aires renovadores.

La prejudicialidad está llamada a desempeñar un papel creciente, no sólo por el aumento de los tipos penales en blanco, con remisiones a la correspondiente normativa administrativa, sino porque también son cada día mayores las interacciones entre órdenes jurisdiccionales, por cuanto la sociedad deviene cada día más compleja y los *a priori* claros criterios de distribución competencial entre órdenes jurisdiccionales presentan en ocasiones *a posteriori* ciertos rasgos de artificiosidad. Así las cosas, esperemos que el legislador se haga eco de las meditadas propuestas articuladas en esta magnífica monografía, densa y completa, pero escrita con un estilo ágil y de muy agradable lectura que reta al lector y le invita a intercambiar puntos de vista con la autora.

(1) Al respecto, *vid.* el estudio monográfico, de la misma autora, *La prejudicialidad en el procedimiento administrativo*, ed. Bomarzo, Albacete, 2005.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

