



Justicia **Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa **Administrativa**

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

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 DE VALLADOLID. **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 2007

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] **Deuda tributaria, herederos y cuantía litigiosa en el recurso de casación**

RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ

- [13] **Los Registros del Agua en Alemania y España: un estudio comparativo a la luz de la Directiva marco**

SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [51] **I. DERECHO COMUNITARIO**

L. ORTEGA ÁLVAREZ

- [89] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:**

PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

- [101] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**

J. GARCÍA ROCA

- [127] **IV. FUENTES DEL DERECHO**

A. MENÉNDEZ REXACH

- [145] **V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

A. MENÉNDEZ REXACH

- [167] **VI. ORGANIZACIÓN**

ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

- [185] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

M. REBOLLO PUIG

- [205] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**

F. LÓPEZ MENUDO

- [217] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

F. LÓPEZ MENUDO

- [227] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [245] **XI. URBANISMO**

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [249] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**

A. EMBID IRUJO

- [263] **XIII. MEDIO AMBIENTE**

A. EMBID IRUJO

- [277] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**

J. TORNOS MAS

- [305] **XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

- [315] **XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**

G. FERNÁNDEZ FARRERES

Deuda tributaria, herederos y cuantía litigiosa en el recurso de casación

RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ

Doctor en Derecho.
Letrado del Gabinete Técnico del
Tribunal Supremo,
Sala de lo Contencioso-administrativo

Resumen

DEUDA TRIBUTARIA, HEREDEROS Y CUANTÍA LITIGIOSA EN EL RECURSO DE CASACIÓN

A pesar de las previsiones que la Ley jurisdiccional y otros textos rituales contienen en aras de identificar adecuadamente la cuantía litigiosa de la pretensión, son muchos los supuestos en que tales reglas resultan insuficientes. Un claro exponente de esa necesaria interpretación que exigen estas pautas normativas se manifiesta en los supuestos en los que concurre una pluralidad de recurrentes –en calidad de herederos del obligado tributario– en el marco de reclamaciones de naturaleza tributaria.

En efecto, la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo no ha mantenido frente a esta cues-

tion una postura uniforme, virando desde posiciones que entendían aplicable a estos casos lo previsto en el artículo 41.2 de la LRJCA, es decir, identificando la cuantía litigiosa con el valor económico de la pretensión casacional de cada uno de los recurrentes y no de la suma de todos; hasta la doctrina que al día de hoy está sólidamente establecida y que aboga por la invocación de disposiciones sectoriales –artículo 25.6 de la Ley 58/2003–, en donde se impone el criterio de la solidaridad y, por ende, de la consideración global de la deuda tributaria a efectos de fijar la cuantía litigiosa del recurso.

Abstract

TRIBUTARY DEBT, HEIRS AND LITIGIOUS QUANTITY IN THE CASSATION APPEAL

In spite of the forecasts that the jurisdictional law and other ritual texts contain for the sake of identifying the litigious quantity of the claim appropriately, there are a great

deal of possibilities in which such rules are insufficient. A clear exponent of that necessary interpretation demanded by these normative guidelines is manifested in the cases in which

concur a plurality of petitioners –in the quality of heirs of the obliged tributary– in the scope of reclamations of tributary nature.

Indeed, the Third Hall of the Supreme Court has not maintained in this question an uniform attitude, turning from positions which applied to these cases what states the article 41.2 LRJCA, that is to say, identifying the liti-

gious quantity with the economic value of the cassational claim of each one of the recur-rents and not of the sum of all; to the doctrine that today is strongly established and that pleads for the invocation of sectoral dispositions –article 25.6 of the Law 58/2003– where the criterion of the solidarity is imposed and, for that, of the global consideration of the tributary debt to the effects of fixing the liti-gious quantity of the appeal.

Sumario:

I. Introducción. II. Marco normativo. III. Doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo IV. Un caso excepcional: la sanción.

I. INTRODUCCIÓN

Determinadas vicisitudes en las relaciones y vínculos jurídicos de los sujetos de derecho generan en ocasiones consecuencias que van más allá de la sustantividad de la propia relación jurídica, para afectar a cuestiones de orden general, y que por tanto deben extra-polarse de ese particular contexto.

Un claro ejemplo de lo anterior lo constituyen aquellas situaciones en las que un sujeto tributario a quien le ha sido incoada un Acta de Inspección y los consiguientes actos administrativos de liquidación tributaria por determinada cantidad, fallece dejando he-rederos, quienes sustituyen en la acción jurisdiccional al finado, recayendo sobre ellos la legitimidad pasiva de la reclamación tributaria.

En estos supuestos, y como se decía más arriba, al margen de la vinculación jurídica entre los herederos y el causante, y derivada de la naturaleza parental –como regla ge-neral– existente entre ellos, se generan además unas consecuencias exógenas a la citada relación. Una de ellas, y sobre la que nos vamos a extender en estas notas, versa acerca de la determinación de la cuantía litigiosa en el caso de que la pretensión de los here-de-ros llegara hasta el Tribunal Supremo en forma de recurso de casación. Ello, además, va a exigirnos un posicionamiento en torno a la praxis remisiva en el ámbito del recurso casacional, y a la invocación de disposiciones normativas ajenas a la Ley jurisdiccional a la hora de identificar la cuantía litigiosa en el marco de la vía casacional.

Como se advertirá de esta breve introducción, no son baladíes las consecuencias que se derivan de fenómenos jurídicos como la sucesión a los efectos casacionales, resultando especialmente interesante examinar cuál ha sido la interpretación que el Alto Tribunal ha dado sobre el particular, lo que a continuación, y sin solución de continuidad, pasamos a abordar.

II. MARCO NORMATIVO

Desde la perspectiva normativa, nuestro ordenamiento jurídico nos brinda una triple perspectiva para identificar cuantitativamente una pretensión casacional en el supuesto que estamos examinando. A saber:

– Comenzando por el texto ritual del ordenamiento contencioso-administrativo, el artículo 41.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LRJCA), contempla tal coyuntura y dispone que en caso de existir varios demandantes, la determinación de la cuantía litigiosa viene dada por el valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos y no por la suma de todos.

– Con gran profusión¹ se ha invocado, para inadmitir por razón de la cuantía recursos de casación en el orden contencioso-administrativo, el artículo 393 del Código Civil, que en la misma línea del citado artículo 41.2 de la LRJCA, presume iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad, y por ende, individualiza el valor económico de la pretensión casacional a los efectos de aplicar el artículo 86.2.b) de la LRJCA.

– Finalmente, y para enmarcar las coordenadas legislativas de la cuestión, no debe pasar inadvertida la legislación sectorial, y en concreto el artículo 35.6 de la Ley General Tributaria (LGT), en su redacción dada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que básicamente reproduce lo que sobre el particular contemplaba el artículo 34 de la LGT de 1963 y que, en sentido contrario a las previsiones antes vistas, subraya el carácter solidario de las obligaciones tributarias cuando varios sujetos concurren en un mismo presupuesto, salvo disposición legal en contrario.

III. DOCTRINA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Examinadas las coordenadas legislativas de la cuestión, y para el supuesto que desde el inicio se viene planteando, el debate se focaliza en determinar el criterio idóneo para fijar la cuantía litigiosa en el recurso de casación cuando existe una pluralidad de demandantes y el objeto casacional es de naturaleza tributaria.

La Sala Tercera, si bien en una única resolución –Auto de 22 de abril de 2004 (recurso de casación 7856/2004)–, optó en un primer momento por aplicar el artículo 41.2 de la

(1) Recursos de casación 26 y 4426/2004 o 9635/2003, entre otros muchos.

LRJCA a los supuestos en que hubiese una pluralidad de herederos, individualizando el interés económico de cada una de las pretensiones, en proporción a la parte alícuota que a cada heredero le correspondiese del caudal relicto y, por ende, la responsabilidad que cada uno de ellos debería asumir en cuanto a la deuda tributaria del causante en concepto de liquidaciones por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A continuación se reproduce el Fundamento que recoge el sentir de la Sala sobre el particular:

“Cuarto.— No obstante, y en relación con esta última liquidación —respecto a la que no se ha hecho referencia expresa en la providencia de 3 de mayo de 2002— que, en efecto, su cuota supera el umbral cuantitativo fijado por la Ley, tampoco puede acceder al recurso de casación. El artículo 41.2 de la LRJCA dispone que cuando existan varios demandantes, para la determinación de la cuantía del recurso se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos. En este caso, existe una pluralidad de recurrentes, declarados herederos de la causante a la que fueron extendidas las Actas de Inspección, D.^a Agustina, en virtud del Auto de Declaración de Herederos Abintestato del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Olot (Gerona), de 23 de octubre de 1989. El referido Auto declaraba herederos abintestato de la causante D.^a Agustina a ‘su hijo D. Pedro y a sus nietos, hijos de la fallecida hija D.^a Adela, D.^a Asunción, D. Manuel, D. Luis y D. Francisco Javier. Quienes le sucederán en todos sus bienes, derechos y obligaciones por derecho propio, en la proporción de una mitad para D. Pedro y la otra mitad, por partes iguales, para los nietos de la causante D.^a Asunción, D. Manuel, D. Luis y D. Francisco Javier.’

Por lo tanto, y en atención a la proporción sucesoria que correspondió a cada recurrente, fijada en el fallo del Auto reproducido, con arreglo al artículo 41.2 de Ley Jurisdiccional, cuando existen varios demandantes, como es el caso, debe atenderse al valor de la pretensión deducida por cada uno de ellos y no a la suma de todos. En este sentido, el valor de la pretensión de Pedro, hijo de la finada, en relación con la liquidación derivada del Acta núm. 0663980 2 (ejercicio 1987) no puede ser la misma que la que ostentan los nietos de aquélla, pues el primero heredó una mitad del caudal relicto de la causante, mientras que los segundos sucedieron en la otra mitad, por partes iguales. Realizando una sencilla proyección matemática, el interés económico de D. Pedro con respecto a la cuota derivada del Acta núm. 0663980 2 —26.134.311 pesetas— sería de 13.067.155 pesetas, mientras que el interés económico de los restantes recurrentes, D.^a Asunción, D. Manuel, D. Luis y D. Francisco Javier, sería de 3.266.789 pesetas, en ambos casos, muy inferiores a la cantidad de 25 millones de pesetas y consiguientemente, arrojando una cantidad que dista con mucho de alcanzar el mínimo legal para recurrir.”

Como se ha indicado más arriba, esta interpretación, al margen de su lectura meramente cuantitativa, en cuanto que pauta el modo de computar la cuantía litigiosa valorando por separado la pretensión económica de cada recurrente-heredero, reafirma en esta materia la improcedencia de la invocación de las reglas previstas en la normativa sectorial, toda vez que en vía jurisdiccional las únicas reglas aplicables son las contenidas en la Ley regu-

ladora de esta Jurisdicción y, por remisión de la misma en defecto de normativa específica, las normas de la legislación procesal civil.

No obstante, y como se anticipó, la tesis defendida en el Auto de 22 de abril de 2004 en modo alguno se ha consolidado, siendo, por el contrario, la excepción a una regla que ha venido interpretando la fijación de la cuantía litigiosa en estos supuestos de forma radicalmente opuesta a la contemplada por el Auto citado, tanto en vía de recurso de casación como de recurso de queja.

En este sentido, el primer Auto en donde se aprecia de forma inequívoca el cambio de la tendencia doctrinal de la Sala es el de fecha 21 de julio de 2005, el cual, resolviendo un recurso de casación interpuesto por los herederos del deudor tributario, contra una sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 22 de septiembre de 2000, que estimó el recurso de alzada interpuesto por la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda contra la anterior resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 14 de abril de 1999, por la que, a su vez, había sido estimada la reclamación económico-administrativa formulada por el propio recurrente finado contra la resolución de 21 de febrero de 1997 del Jefe de la Oficina Técnica de Inspección de la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Madrid, por la que fue aprobada liquidación tributaria en la que figuraba como obligado tributario el causante, por el concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, correspondiente al ejercicio 1994, por un importe total de 31.978.822 pesetas (cuota: 27.424.802 pesetas e intereses de demora: 4.554.020 pesetas).

Debe señalarse además que en el presente recurso se da la particularidad de que la providencia, en virtud de la cual se puso de manifiesto a las partes para alegaciones la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 86.2.b) de la LRJCA, invocaba el artículo 393 del Código Civil como sustento normativo de la necesaria individualización del interés económico de las pretensiones casacionales. Veamos a continuación cuál es el argumento de fondo empleado por la Sala para rechazar la causa de inadmisión planteada y admitir el recurso de casación interpuesto:

“(…) Y si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.2º de la LRJCA, cuando existan varios demandantes, se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos, hay que tener en cuenta, no obstante, que el artículo 35.6º de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en los mismos términos que el artículo 34 de la Ley anterior de 1963, establece que ‘La concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por ley se disponga expresamente otra cosa’, y, por tanto, siendo la responsabilidad solidaria, cada uno de los recurrentes responde frente a la Hacienda Pública de la totalidad de la deuda reclamada, cuya cuota, como se ha indicado, excede de 25.000.000 de pesetas.

Por tanto, en aplicación de la regla establecida en el artículo 41.2 de la vigente Ley Jurisdiccional, atendiendo al valor deducido por cada uno de los recurrentes, que alcanza a la totalidad de la cuota tributaria, es claro que la cuantía del presente recurso de casación resulta que supera el límite fijado en el artículo 86.2.b) de la mencionada Ley, toda vez que la pretensión ejercitada, individualmente considerada, al responder solidariamente de la misma cada uno de los herederos y obligados tributarios, supera la cifra de 25 millones de pesetas, razón por la cual procede declarar la admisión del recurso de casación interpuesto.”

Nótese de la anterior transcripción dos aspectos esenciales: de una parte, la invocación de disposiciones normativas de naturaleza sectorial en aras de la determinación de la cuantía litigiosa en vía casacional, rechazando la excluyente doctrina conforme a la cual en vía jurisdiccional las únicas reglas aplicables eran las contenidas en la Ley Jurisdiccional y, por remisión de la misma en defecto de normativa específica, las normas de la legislación procesal civil.

Esta exégesis permite a la Sala, en segundo término, rechazar la aplicación del artículo 393 del Código Civil sin vetar el empleo del artículo 41.2 de la LRJCA, pues, no en vano, lo invoca precisamente para admitir el recurso de casación interpuesto, atendiendo al valor económico de la pretensión de cada uno de los herederos-recurrentes, pero eso sí, entendiendo que cada uno de ellos asume de forma solidaria la totalidad de la deuda tributaria.

Esta doctrina se ha consolidado a través de dos Autos más, resolviendo sendos recursos de queja interpuestos contra la decisión de la Sala de instancia de no tener por preparados los recursos de casación anunciados en materia de liquidación tributaria por el concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En los Autos resolviendo recursos de queja de fechas 1 de diciembre de 2005 y de 8 de mayo de 2006, respectivamente, la Sala de instancia —en ambos casos la Audiencia Nacional— acordó no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación anunciado por insuficiencia en la cuantía litigiosa teniendo en cuenta la pluralidad de los recurrentes y herederos del deudor tributario originalmente inspeccionado, invocando para ello los artículos 86.2.b), 41.3 y 42.1.a) de la LRJCA.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo estimó en ambos casos el recurso de queja deducido contra la decisión de no tener por preparado el recurso de casación anunciado y lo sostuvo en base a los siguientes argumentos, idénticos en uno y otro Auto:

“(…) Y si bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.2º de la LRJCA, cuando existan varios demandantes, se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos, hay que tener en cuenta, no obstante, que el artículo 35.6º de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en los mismos términos que el artículo 34 de la Ley anterior de 1963, establece que ‘La concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que

queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por ley se disponga expresamente otra cosa', y, por tanto, siendo la responsabilidad solidaria, cada uno de los recurrentes responde frente a la Hacienda Pública de la totalidad de la deuda reclamada, cuya cuota, como se ha indicado, excede de 25.000.000 de pesetas –por todos, Auto de 21 de julio de 2005–.

Por tanto, en aplicación de la regla establecida en el artículo 41.2 de la vigente Ley Jurisdiccional, atendiendo al valor deducido por cada uno de los recurrentes, que alcanza a la totalidad de la cuota tributaria, es claro que la cuantía del presente recurso de casación resulta que supera el límite fijado en el artículo 86.2.b) de la mencionada Ley, toda vez que la pretensión ejercitada, individualmente considerada, al responder solidariamente de la misma cada uno de los herederos y obligados tributarios, supera la cifra de 25 millones de pesetas, razón por la cual procede estimar el presente recurso de queja.”

IV. UN CASO EXCEPCIONAL: LA SANCIÓN

Finalmente, acentuado es el interés que tiene el Auto dictado por la Sección Primera de la Sala Tercera del Alto Tribunal, de 1 de diciembre de 2005, resolviendo sobre la admisibilidad o no del recurso de casación interpuesto por la viuda y los hijos de un deudor tributario por el concepto de IRPF contra la sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional en la cual se declaró la nulidad de la liquidación resultante tras la realización de los requerimientos de información declarados inconstitucionales y de los actos posteriores derivados del acto nulo.

En este caso, si bien la cuota y los intereses de la liquidación en concepto de IRPF resultaban inferiores al umbral cuantitativo fijado por la Ley, la sanción que se impuso por el pretendido incumplimiento de las obligaciones fiscales referidas a la declaración conjunta presentada por los cónyuges respecto al IRPF del año 1989, ascendía a 35.079.430 pesetas, es decir, alcanzaba y superaba el límite cuantitativo legal.

Aplicando a este caso la doctrina examinada en las anteriores resoluciones, recuérdese, invocando el artículo 35.6 de la Ley 58/2003, el recurso debiere ser admitido toda vez que al tratarse de obligaciones solidarias, la cifra de 35.079.430 pesetas en concepto de sanción sería exigible en su totalidad a la viuda y, por consiguiente, salvándose así el límite cuantitativo del artículo 86.2 de la LRJCA. Ahora bien, el Auto de 1 de diciembre de 2005, recogiendo el sentir de la Sala puesto de manifiesto en Sentencia de la propia Sala (Sección Segunda) de 25 de mayo de 2000, así como en Auto de la misma Sala de 21 de julio de 2005, rechaza tal exigibilidad solidaria y, por el contrario, postula la división de la suma en concepto de sanción entre los cónyuges con los siguientes argumentos:

“(…) Tratándose de una sanción impuesta por razón de declaración conjunta de ambos cónyuges, es evidente que el reproche tributario se dirige contra los dos declarantes, siendo necesario averiguar su naturaleza jurídica. A este respecto la Sentencia de esta Sala de 23 de abril de 1997 dejó dicho que ‘no puede admitirse una responsabilidad solidaria implícita entre los cónyuges cuando de materia sancionadora se trata’, puesto que si bien

es verdad que el artículo 37.6 de la Ley General Tributaria establece que ‘Cuando sean dos o más los responsables solidarios o subsidiarios de una misma deuda, ésta podrá exigirse íntegramente a cualquiera de ellos’, tal precepto se concreta a la deuda tributaria pero no a las sanciones, ya que en apartado 3 del propio artículo 37 señala que ‘La responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria, con excepción de las sanciones’. Es decir, por el juego del mencionado artículo 37 tanto uno como otro cónyuge son responsables de la totalidad de la deuda tributaria resultante de una declaración conjunta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero no así de la sanción que pueda corresponder por defectos u omisiones de dicha declaración, ya que en tal caso la responsabilidad de cada uno de ellos no alcanza a la totalidad de la sanción; es decir, alcanza sólo a su cuota parte, que no puede ser otra sino su mitad.

De esta forma la sanción que en estos autos se discute ha de imputarse en un 50 por 100 a Don Carlos y en el 50 por 100 restante a su esposa –hoy, viuda y aquí recurrente– Dña. María. Mas desde el momento que el Sr. falleció, es evidente que con arreglo al artículo 89.3 de la citada Ley General Tributaria, el artículo 10.4 del Reglamento General de Recaudación y el artículo 21 del Real Decreto 2631/1985, de 18 de diciembre, regulador del procedimiento entonces vigente para sancionar las infracciones tributarias, la sanción quedó extinguida en la parte correspondiente al Sr., siendo exigible únicamente en su 50 por 100 correspondiente a Dña. María.”

Los Registros del Agua en Alemania y España: un estudio comparativo a la luz de la Directiva marco*

SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO

Profesor del Departamento de Derecho
Administrativo
Universidad de Murcia

Resumen

LOS REGISTROS DEL AGUA EN ALEMANIA Y ESPAÑA: UN ESTUDIO COMPARATIVO A LA LUZ DE LA DIRECTIVA MARCO

La función registral de las Administraciones Públicas sirve, entre otros, a importantes objetivos de protección y conservación de los bienes públicos, en especial, cuando éstos constituyen recursos naturales. En especial, el Registro de Aguas puede desempeñar esta importante función de forma complementaria a la de constatar los derechos de aprovechamiento concedidos por las Administraciones Hidráulicas. El presente trabajo estudia de

forma comparativa la configuración jurídica de los Registros del Agua en Alemania y España a la luz de los mandatos de la Directiva marco de Aguas y adelanta argumentos para avanzar en el entendimiento de las potencialidades de los instrumentos registrales en la protección y conservación de determinados recursos naturales, sobre todo, cuando además tienen la consideración jurídica de bienes públicos.

Abstract

THE WATER REGISTRATIONS IN GERMANY AND SPAIN: A COMPARATIVE STUDY BY THE MEANS OF THE STANDARD DIRECTIVE

The register function of the Public Administrations serves, among other, to important purposes of protection and conservation

of the public goods, especially, when these constitute natural resources. In special, the Waters Registration can carry out this important

(*) El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “La interconexión telemática entre el Registro de la Propiedad y el Registro de Aguas: aspectos jurídicos y técnicos” (Ref. PI/10-03), de la Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua (Consejo de Europa), del que yo mismo he sido investigador responsable.

function in a complementary way to the one of verifying the rights of exploitation conceded by the Hydraulic Administrations. The present work studies in a comparative way the juridical configuration of the Water Registrations in Germany and Spain by the means of the Water

Standard Directive and it anticipates arguments to advance in the understanding of the potentialities of the register instruments in the protection and conservation of certain natural resources, mainly, when they also have the juridical consideration of public goods.

Sumario:

I. Introducción: la creciente importancia del control y registro de los derechos y obligaciones de los particulares que afectan a las aguas. II. El marco general del estudio comparado de los Registros del Agua en Alemania y en España. A) La creación de los Registros del Agua en España y Alemania: su impacto. B) Excursus: aproximación al estudio de los Registros de Agua en el marco de la moderna legislación comparada de aguas. C) El reforzamiento de la función pública registral en materia de aguas en la Directiva Marco de Aguas. **III. El régimen jurídico de los Registros del Agua en Alemania.** A) Breve panorama de la evolución histórica de la regulación del Registro de Aguas en Alemania. B) Concepto, naturaleza jurídica y contenido del Registro del agua alemán. a) Concepto y naturaleza jurídica del Registro de Aguas. b) Contenido del Registro de Aguas: las distintas clases de supuestos de inscripción. C) Distinción de los libros de aguas de otros registros públicos. D) Procedimiento y principios que regulan las inscripciones en el Registro de Aguas. En especial, la rectificación de inscripciones. E) El derecho de acceso a los registros del agua. a) En general, la creciente importancia del derecho de acceso a la información ambiental. b) En especial, el derecho de acceso a los registros del agua como instrumento de la participación pública en este ámbito. **IV. Conclusiones.**

I. INTRODUCCIÓN: LA CRECIENTE IMPORTANCIA DEL CONTROL Y REGISTRO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PARTICULARES QUE AFECTAN A LAS AGUAS

El proceso de industrialización que se produjo a lo largo del siglo XIX en Europa determinó la multiplicación de las relaciones jurídicas, relaciones que se creaban sin que existiera necesariamente una conexión o conocimiento personal entre las partes en estas sociedades capitalistas. La inseguridad jurídica derivada de esta nueva forma de producirse las relaciones sociales exigieron la creación de instrumentos jurídicos que eliminaran

o redujeran dicha inseguridad: los registros públicos, destacadamente, el de la propiedad y el registro mercantil. Del mismo modo, la relación entre el agua y la propiedad del suelo —ámbito de relaciones jurídicas en el que la seguridad era especialmente importante— hizo pronto aconsejable recopilar también, del mismo modo que se hacía con los derechos sobre las fincas, los derechos que sobre los cuerpos de agua existían¹.

Los problemas relacionados con la titularidad de los derechos sobre el agua justificaron desde el punto de vista práctico esta medida². En efecto, desde la Edad Media se habían concedido privilegios y constituido derechos sobre el agua cuyo ejercicio se veía entorpecido por las alegaciones contrarias sobre la discutida titularidad; además, los documentos en que se fundaban, siempre que hubieran existido, se habían ya perdido. Esta situación hizo surgir la necesidad de poner orden en este caos y obtener claridad sobre los derechos de uso del agua realmente existentes a través de la creación de un registro ordenado. Hubo en este sentido recopilaciones parciales de antiguos derechos, llevadas a cabo por la iniciativa personal de los funcionarios, que todavía bien avanzado el siglo XIX permitieron resolver disputas jurídicas en torno a la titularidad de derechos sobre el agua. A pesar de su carácter aislado, estas recopilaciones pusieron de manifiesto la necesidad e importancia de registrar y sistematizar los derechos sobre el agua tanto en interés de los particulares como del interés económico general.

La naturaleza jurídica del agua en España determina, por otra parte, que goce, al igual que el resto de bienes públicos, de un sistema de garantías especial y reforzado respecto a los establecidos para los bienes de los particulares³. Los aspectos más característicos de este régimen jurídico residen, como se sabe, en la existencia de unos instrumentos de protección y conservación de los bienes públicos que diferencian claramente la posición de la Administración como propietario frente a la de los particulares. En términos generales lo que caracteriza a ese régimen jurídico básico en cuanto a la conservación y protección de los bienes públicos es el principio de autotutela o autoprotección: mientras que los propietarios particulares necesitan la tutela jurisdiccional para defender su patrimonio privado, las Administraciones Públicas pueden unilateralmente, por sí mismas, adoptar medidas de defensa y protección de sus bienes públicos⁴.

Entre estas medidas de protección adquiere singular relevancia la inscripción registral⁵. En efecto, con la inscripción en el Registro de la propiedad, los bienes de la Administración

(1) No es de extrañar por ello que la idea de crear registros de agua nazca en los Estados alemanes a la misma vez que se lleva a cabo la creación del Registro de la Propiedad. Cfr. W. H. MENSING, *Das Recht der Wasserbücher. Ein Ausschnitt aus dem neuen Wasserrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Erich Schmidt Verlag, Berlín, 1963.

(2) Vid., en relación a esta evolución en Alemania, el estudio de G.-M. KNOOP, “§ 37”, en F. SIEDER/H. ZEITLER/H. DAHME, *Wasserhaushaltsgesetz. Abwasserabgabengesetz*, tomo II, C.H. Beck, Munich, 2004, pág. 1.

(3) Para un estudio histórico de la construcción alemana de los bienes públicos como propiedades privadas sometidas a determinadas limitaciones del uso común o del uso especial, vid. A. GALLEGO ANABITARTE, “El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado”, en A. GALLEGO ANABITARTE/A. MENÉNDEZ REXACH/J.M. DÍAZ LEMA, *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986, págs. 58 y ss.

(4) Sobre el privilegio de autotutela y su aplicación a los bienes públicos, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2002, págs. 49 y ss.

(5) El agua como finca especial objeto de inscripción registral en C. LASARTE, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 306-307.

gozan de todas las garantías que éste otorga a los bienes inscritos, tanto de los particulares como públicos (presunción de propiedad a favor del titular inscrito, acciones sumarias de defensa de los bienes inscritos). Así, las diferentes leyes reguladoras de los patrimonios públicos establecen la obligación de las Administraciones Públicas, a través de sus servicios patrimoniales, de inscribir los propios inmuebles en el Registro de la propiedad. Tradicionalmente se señalaba que por bienes inscribibles se debían entender todos los inmuebles patrimoniales, los derechos reales sobre los mismos, los bienes de dominio público cuando pertenezcan al mismo de una forma artificial o por afectación singular, excepto los bienes de dominio público necesario o natural, como los ríos o la zona marítimo-terrestre. Sin embargo, tanto las leyes sobre propiedades demaniales especiales, en especial la Ley de Costas de 1988 (artículo 13.2), como la nueva redacción del artículo 5 del Reglamento hipotecario (“Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial” –Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que modifica el Decreto de 14 de febrero de 1947–) amplían las posibilidades de inscripción registral de los bienes demaniales. En la actualidad, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece una obligación general, sin distinción de régimen jurídico, de inscripción de todos los bienes públicos⁶.

La complejidad técnica de determinación de los derechos sobre el agua, considerada de forma general un bien de carácter demanial en el ordenamiento jurídico español, exige sin embargo que su inscripción en el Registro de la propiedad venga precedida de las comprobaciones llevadas a cabo por la Administración Pública del Agua. Como señala PÉREZ, “no se trata de que, como ocurre con las fincas normales (rústicas o urbanas), deban aparecer perfectamente descritas y que, al respecto, la coordinación Catastro-Registro, pueda mejorar su identificación, añadiendo garantías a la presunción de exactitud del registro en el juego del principio de legitimación registral, sino de que la configuración de esas situaciones jurídicas que son los aprovechamientos de agua no puede quedar al margen de la intervención de la Administración Pública del Agua, encargada de controlar o supervisar los actos de los particulares que busquen la protección registral. En materia de derechos sobre el agua, el Registro de la Propiedad no puede ser un registro autónomo, que refleje las situaciones jurídicas con trascendencia real y relativas al agua, resultantes de las escrituras públicas, ejecutorias o documentos auténticos presentados por los particulares o autoridades judiciales o gubernativas, sino que necesariamente ha de partir

(6) Artículo 36 de la LPAP: “Las Administraciones públicas deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros.”

Un privilegio adicional de que disponen las Administraciones Públicas en materia de inscripción registral consiste en la posibilidad de inscribir un bien aun cuando se carezca de un título escrito de dominio mediante una certificación expedida por la propia AP: certificación de dominio (artículo 37.3 y 4 LPAP en relación con el artículo 206 Ley Hipotecaria –que introduce cautelas y requisitos respecto a la legislación patrimonial precedente que disminuyen el carácter “privilegiado” de la certificación–).

Sobre el nuevo régimen jurídico de los bienes públicos en España, vid. J.F. MESTRE DELGADO (dir.), *El régimen jurídico general del patrimonio de las administraciones públicas: comentarios a la Ley 33/2003, de 3 noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004; C. CHINCHILLA MARÍN (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004; J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), *Derecho de bienes públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

de los datos comprobados de los Registros Administrativos de Aguas, incorporándolos y relacionándolos con las fincas registrales a las que se destina el uso del agua, de modo que cumpla así su función de publicar las situaciones jurídicas reales y completas, como único registro garante de la protección del tráfico jurídico inmobiliario”⁷.

En la actualidad, y a pesar de su falta de tratamiento dogmático⁸, la actividad registral de las Administraciones Públicas adquiere de nuevo una gran relevancia en el ámbito de la protección de los recursos naturales^{9 y 10} y ello desde dos perspectivas fundamentalmente: por una parte, porque cada vez más se es consciente de que sólo un conocimiento acabado de la realidad permite el ejercicio efectivo de las facultades públicas de protección y conservación y, más allá, el correcto diseño de las medidas públicas necesarias para alcanzar los objetivos de protección ambiental. Por otra parte, los registros públicos dotan

(7) E. PÉREZ PÉREZ, *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 352.

Sobre las relaciones entre el Registro de la propiedad y el de aguas, vid. también M.D. MÁS BADÍA, *El nuevo régimen jurídico de las aguas*, Tirant lo blanc, Valencia, 1993, págs. 290 y ss.

(8) La doctrina española ha dedicado, en efecto, poca atención a la actividad o función registral de las Administraciones Públicas. Constituyen excepciones el estudio de J. SALAS, *Registro de Empresas periodísticas y Editoriales*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1975 y J.A. GARCÍA TREVÍJANO, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 294 y ss. Unas reflexiones introductorias sobre la actividad administrativa registral en J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 3ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 266-267 y 288-289.

(9) Se debe señalar, como muestra significativa de la tendencia normativa señalada, que el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, establece en su artículo 8 –Publicidad registral– que “los propietarios de fincas en las que se haya realizado alguna de las actividades potencialmente contaminantes estarán obligados a declarar tal circunstancia en las escrituras públicas que documenten la transmisión de derechos sobre aquéllas. La existencia de tal declaración se hará constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción a que tal transmisión dé lugar” (apdo. 1º).

Además “a requerimiento de la comunidad autónoma correspondiente, el registrador de la propiedad expedirá certificación de dominio y cargas de la finca o fincas registrales dentro de las cuales se halle el suelo que se vaya a declarar como contaminado. El registrador hará constar la expedición de dicha certificación por nota extendida al margen de la última inscripción de dominio, expresando la iniciación del procedimiento y el hecho de haber sido expedida la certificación. Dicha nota tendrá un plazo de caducidad de cinco años y podrá ser cancelada a instancia de la Administración que haya ordenado su extensión. Cuando con posterioridad a la nota se practique cualquier asiento en el folio registral, se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente su contenido” (apdo. 2º).

Por último, “la resolución administrativa por la que se declare el suelo contaminado se hará constar en el folio de la finca o fincas registrales a que afecte, por medio de nota extendida al margen de la última inscripción de dominio. La nota marginal se extenderá en virtud de certificación administrativa en la que se haga inserción literal de la resolución por la que se declare el suelo contaminado, con expresión de su firmeza en vía administrativa, y de la que resulte que el expediente ha sido notificado a todos los titulares registrales que aparecieran en la certificación a la que se refiere el apartado anterior. Dicha certificación habrá de ser presentada en el Registro de la Propiedad por duplicado, y en ella se harán constar, además de las circunstancias previstas por la legislación aplicable, las previstas por la legislación hipotecaria en relación con las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo. La nota marginal de declaración de suelo contaminado se cancelará en virtud de una certificación expedida por la Administración competente, en la que se incorpore la resolución administrativa de desclasificación” (apdo. 3º).

(10) Otra buena muestra de lo que se afirma en el texto está representada por el Registro Nacional de Derechos de Emisión (RENADE) previsto en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de gases de efecto invernadero y regulado mediante Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión.

El objetivo de este nuevo Registro Público, creado en cumplimiento de las exigencias comunitarias –Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre, por la que se regula el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión y Reglamento 2216/2004 (CE) de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de Registros– y adscrito a la Oficina Española de Cambio Climático del Ministerio de Medio Ambiente, es el control de los derechos de emisión, a través de la publicidad y la permanente actualización de los cambios de titularidad. En concreto, en dicho Registro deben inscribirse la expedición, titularidad, transmisión, entrega, retirada, cancelación y demás transferencias de los derechos de emisión.

de garantías y estabilidad al conjunto de los derechos otorgados a los particulares sobre bienes públicos y, en general, recursos naturales, de modo que se pueda compatibilizar una eficaz protección ambiental con las necesarias garantías jurídicas que requiere el tráfico jurídico.

Esta señalada importancia de los inventarios y registros administrativos viene siendo señalada desde otros ámbitos distintos a la ciencia jurídica. Así, afirma COASE¹¹ que los derechos de propiedad y de uso sobre las aguas deben ser regulados de forma clara para facilitar un uso y gestión efectiva y eficiente de los recursos. Resulta, desde esta perspectiva económica, irrelevante quiénes sean formalmente titulares de esos derechos porque, en la realidad social, siempre prevalecerá aquel uso que mayores beneficios proporcione. La internalización de estos efectos requiere, por tanto, una redefinición de los derechos de propiedad y de uso. Por el contrario, los análisis tradicionales se han centrado principalmente en la aplicación de medias estatales (por ejemplo, medidas de protección y regulación de uso) y en la evaluación de los efectos resultantes (por ejemplo, sobre la sostenibilidad del recurso natural).

Desde la perspectiva politológica —public policy—, por otra parte, se pone el acento en el denominado régimen institucional del recurso¹², y se subraya la necesidad de coordinar los diferentes derechos de uso sobre una masa de agua —water body— y redistribuirlos para proteger otros usos o intereses. Este conjunto de derechos debe ser tenido en cuenta por la política pública para lograr una gestión integrada de acuerdo con las modernas exigencias del ordenamiento jurídico, en especial, las derivadas de la Directiva marco de Aguas (en adelante, DMA)¹³.

En concreto, al estudiar el conjunto de presiones que se ejercen sobre el agua en España se señala que está pendiente de resolver la necesidad de alcanzar un equilibrio entre la utilización del recurso natural para el desarrollo económico y la protección de los ecosistemas acuáticos. Entre las diferentes causas que influyen se señala que “unas pautas distorsionadas de consumo causadas por un rígido sistema de reparto del agua impide un uso racional del recurso”¹⁴ y, más adelante y en relación al uso del agua para la agricultura y su bajo precio: “en el caso de España el sistema de concesión y los derechos de propiedad relacionados con el uso del agua disminuyen de forma importante la viabilidad de soluciones efectivas”¹⁵.

(11) Citado por I. KISSLING-NÄF/S. KUKS, “Introduction to Institutional Resource Regimes”, en I. KISSLING-NÄF/S. KUKS (edit.), *The evolution of National Water Regimes in Europe. Transitions in Water Rights and Water Policies*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2004, pág. 2.

(12) Definido como el “marco institucional que combina los elementos más prominentes del programa de protección específica y/o política de gestión del recurso con un programa específico de los derechos formales de propiedad y de uso para los bienes y servicios que proporciona un recurso natural (sistema regulador)” (*ibidem*).

(13) *Ibidem*, pág. 17.

(14) S. KUKS, “The Sustainability Performance of National Resource Regimes”, en I. KISSLING-NÄF/S. KUKS, *op. cit.*, pág. 39.

(15) *Ibidem*, pág. 41.

La función ambiental y ecológica de los recursos naturales, en este caso el agua, constituye un interés cuya defensa corresponde principalmente a los poderes públicos en cuanto encarnan usos específicos de los recursos naturales no representados por los titulares privados. Así, KUKS propone “una Directiva europea sobre calidad de aguas que atribuya un derecho de uso a los gobiernos nacionales para proteger una masa de agua por razones ambientales mediante la restricción de otros usos contaminantes. Este derecho de uso formará parte del subsistema de derechos de propiedad. El modo en que cada gobierno nacional aplique este derecho de uso debe ser considerado como una parte del subsistema de políticas públicas en el marco del régimen del recurso. Un derecho de uso de carácter público, orientado a la protección ambiental, permite a otros interesados exigir su aplicación. Por ejemplo, una asociación ambiental puede acudir a los tribunales para intentar la aplicación del estándar ambiental. Mientras que, por una parte, las autoridades públicas representan usos específicos, como las funciones ambientales y ecológicas del recurso, por otra parte, son responsables de garantizar un igual acceso de todos los usuarios, lo que implica tener que decidir entre varios usos competitivos en la perspectiva de la defensa del interés público en una utilización sostenible”¹⁶.

II. EL MARCO GENERAL DEL ESTUDIO COMPARADO DE LOS REGISTROS DEL AGUA EN ALEMANIA Y EN ESPAÑA

A) La creación de los Registros del Agua en España y Alemania: su impacto

La Ley marco de aguas de 1957 –Wasserhaushaltgesetz (en adelante, WHG)– supuso básicamente en Alemania dos cosas: en primer lugar, una cierta unificación de lo que hasta entonces había sido objeto exclusivo de regulación por los Estados y, en segundo, la transformación de la gestión de las aguas en una actividad regida por el derecho público¹⁷.

Por otra parte, señala este autor cómo las situaciones de escasez agravan la rivalidad entre los diferentes titulares de derechos sobre el agua, situación de conflicto que reclama una intervención redistributiva de los poderes públicos: “In case of water depletion, there is a rivalry between the various users and use functions of the same water body. Water scarcity is the result of use claims by users –industrial, agricultural, hydropower, and so on. If one admits that a minimum ecological water flow or water table should be safeguarded, then the pressure on the availability of water rises yet further. This is a typical case of rivalry between property right holders. The rivalry could be typically managed by redistributing use rights, based on the assumption that only a limited amount of water is available. Water distribution then becomes a matter of distributing or redistributing water use quotas” (Ibidem, pág. 45).

Una reflexión sobre la evolución de las políticas públicas de protección de las aguas superficiales y subterráneas así como de las perspectivas para combatir la escasez y el riesgo de inundaciones en los países de la Europa occidental en *ibidem*, págs. 46-47. En relación al problema de la prevención de inundaciones, se señala que “Flood protection is one of the oldest reason for water management in all countries. However, the idea that flood protection should be a matter not merely of artificial measures, but should also embrace the restoration of the dynamics of river systems, including flood plains, evolved relatively late in all countries. Damaging floods in the 1990’s and the growing attention to climate change have triggered the approach of restoring flood plains and applying instruments of land use planning to water management. In all countries this is still a rather new approach, in a very experimental stage” (*ibidem*, pág. 47).

(16) *Ibidem*, pág. 46.

En la doctrina española se debe destacar la argumentada defensa de la configuración jurídica de los caudales ecológicos o demandas ambientales como uso privativo en I. CARO-PATÓN CARMONA/C. MENÉNDEZ MARTÍNEZ, “Concepto, determinación e implantación de los caudales ecológicos. El problema de su afección a derechos concesionales existentes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, 2004, págs. 573 y ss.

(17) Un balance general sobre el significado y alcance de la WHG en M. REINHARDT, “Vierzig Jahre Wasserhaushaltgesetz”, *Zeitschrift für Wasserrecht*, Heft 1/2000, págs. 4 y ss.

Además, en afirmación de HASCHE, con el tiempo la WHG constituyó una buena base para adaptar la gestión y protección del recurso a las exigencias ecológicas que desde los años 70 del pasado siglo impregnan de forma creciente el ordenamiento jurídico de las aguas¹⁸.

De este modo, la Ley de aguas aprobada en 1957 ordenó en su §37 el establecimiento de libros-registro¹⁹ de aguas en todos y cada uno de los Estados lo que supuso la instauración, con carácter general y por primera vez en el ordenamiento jurídico de aguas alemán, de este instrumento que permite la constancia documental de los derechos de uso, en sus distintas modalidades, de las aguas.

El precepto, durante su proceso parlamentario de aprobación, no levantó demasiadas discusiones por cuanto constituía una opinión común la necesidad de su establecimiento a nivel federal de modo que se tuviera una panorámica general sobre los usos del agua. Si acaso, conviene añadir que también se ordenó incluir en el libro-registro, además de las titularidades de derechos sobre el uso del agua, aquellas disposiciones de protección que sobre cada masa de agua se hubieran dictado, así como la designación de zonas con riesgo de inundación. De este modo, el registro del agua dejó atrás la visión de defensa y garantía de derechos particulares —objetivo secundario de la inscripción registral—, para fijar como finalidad decisiva la de ser útil a la actividad planificadora de la Administración. Las leyes de los diversos estados en desarrollo de la legislación federal no han hecho sino ampliar estos contenidos del registro de aguas reforzando la perspectiva señalada según la cual los registros de aguas deben permitir a las autoridades tener una visión general completa de la situación de las aguas y de las relaciones jurídicas en torno a ellas en una determinada masa de agua.

En este sentido, la obligación de los Estados de gestionar un registro de aguas podría aparecer, a primera vista, como un cuerpo extraño en la Ley marco. Sin embargo, señala WOLF que el precepto no tiende simplemente a asegurar la publicidad de los derechos sobre el agua sino que, por una parte, proporciona una base documental jurídica importante para la planificación y gestión del agua y, por otra, obliga a tener en cuenta en esa

Como señala WOLF, la WHG tiene su complemento en la Ley de impuestos sobre aguas residuales de 1976 —*Abwasserabgabengesetz*—. Una breve panorámica del contenido de esta Ley en J. WOLF, *Umweltrecht*, C.H. Beck, Munich, 2002, pág. 355.

(18) F. HASCHE, *Das neue Bewirtschaftungsermessen im Wasserrecht. Die Auswirkungen der Wasserrahmenrichtlinie und der IVU-Richtlinie im Wasserrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlín, 2005, pág. 2.

(19) La denominación alemana de *Buch* —literalmente, libro— no debe hacer pensar que la forma de presentación de registro se haga en volúmenes encuadernados sino que desde el punto de vista jurídico equivale a la expresión *Register* —literalmente, registro— que permite su llevanza mediante hojas separables y de acuerdo a la evolución técnica. *Vid.*, sobre la forma de llevanza del registro y su presentación formal mediante un sistema de fichas extraíbles, KNOOP, *op. cit.*, pág. 2; también, M. CZYCHOWSKI, *Wasserhaushaltgesetz. Kommentar*, 7ª edición, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, pág. 1283.

La posibilidad de adjuntar planos gráficos que dan la posibilidad a la autoridad competente de comprender la situación real de los aprovechamientos en KNOOP, *op. cit.*, pág. 3.

planificación los derechos de uso registrados y las zonificaciones hidrológicas establecidas²⁰.

De este modo, la obligación de instaurar y mantener registros de aguas consignada, de forma sintética, en el § 37 WHG tiene como finalidad dar información sobre la cantidad y el contenido de los usos vigentes en cada masa de agua y, también, de las normas sobre protección que les afectan de modo que se pueda obtener una imagen lo más cercana posible a la realidad de las relaciones de hecho vigentes entre los diferentes usos del agua en un ámbito geográfico determinado de modo que constituyen un instrumento de ayuda para permitir a la Administración Pública adoptar las medidas de planificación, entre otras, para la gestión racional del agua²¹. Además, los registros representan un instrumento adicional para la identificación de los interesados en los procedimientos jurídicos sobre el agua y, por último, proporcionan información exacta sobre las relaciones jurídicas existentes en relación a cada masa de agua a aquellos ciudadanos, asociaciones, medios de comunicación y, en general, usuarios –Gewässerkunde– que la soliciten²².

Por su parte, en España fue la Ley de Aguas de 1985²³ la que estableció una obligación general de registro de los derechos sobre el agua²⁴. Como dice DEL SAZ²⁵, la ley creó, con

(20) WOLF, *op. cit.*, pág. 365.

Este autor añade que los derechos y zonificaciones registradas no pueden ser obviados por los planes hidrológicos; por el contrario, forman parte del sistema con la consecuencia de que la planificación debe llevarse a cabo con respeto a los mismos. En el caso de conflicto con los derechos de uso existentes, éstos deben ser adaptados (§§ 5, 14, apdos. 4, 18, WHG). Sin embargo, en la opinión de este mismo autor, la revocación de las autorizaciones y de los viejos derechos –alte Rechte– sólo es posible mediante una indemnización (§§ 12, 15, apdo. 4, WHG). Cfr. WOLF, *op. cit.*, pág. 366.

(21) Este carácter de los registros de agua como instrumentos puestos al servicio de la Administración para el mejor ejercicio de sus facultades de planificación es subrayado también por CZYCHOWSKI. Vid. CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1283.

(22) Cfr. M. KOTULLA, *Wasserhaushaltsgesetz Kommentar*, Kohlhammer, Stuttgart, 2003, pág. 797.

(23) Una visión general de la Ley en el horizonte actual de su posible nueva reforma en S. ÁLVAREZ CARREÑO, “La reforma de la legislación de aguas en España: reflexiones sobre su necesidad y alcance”, en *Libro de actas del IV Congreso ibérico sobre gestión y planificación del agua –en prensa–*.

(24) Existen precedentes de esta institución en el derecho histórico de aguas español. Así, MENÉNDEZ REXACH recuerda que “la necesidad de conocer los aprovechamientos existentes y la conveniencia de instrumentar un sistema que garantice su publicidad, aconsejaron la creación de un Registro Central de aprovechamientos de aguas públicas, lo que se hizo por Real Decreto de 12 de abril de 1901. Su preámbulo justifica la creación del Registro “porque la falta de datos estadísticos que permitan conocer con exactitud el caudal disponible de cada corriente, hace que en muchos casos no pueda juzgar la Administración con probabilidades de acierto sobre la posibilidad y utilidad de las concesiones, corriéndose el grave riesgo de otorgar algunas que resulten ilusorias en la práctica o por el contrario, denegar otras que quizás fueran realizables en buenas condiciones”. “Tal razón bastaría –añade el preámbulo– para justificar el contenido del Decreto, si no existiese además la obligación de cumplir lo establecido en los artículos 58 y 204 de la Ley de Aguas, según los cuales el Ministerio debe tener conocimiento del régimen de las corrientes y del caudal aprovechable de las mismas con objeto de evitar abusos y la pérdida de la riqueza que el agua representa” (A. MENÉNDEZ REXACH, “La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y la posterior evolución”, en GALLEGO ANABITARTE/MENÉNDEZ REXACH/DÍAZ LEMA, *op. cit.*, pág. 471).

El acierto del legislador de 1985 al incluir en la Ley los principios básicos del Registro de Aguas, hasta entonces regulado –en su anterior denominación de Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas– solamente por disposiciones reglamentarias en A. MENÉNDEZ REXACH/J.M. DÍAZ LEMA, “La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985: análisis institucional”, en GALLEGO ANABITARTE/MENÉNDEZ REXACH/DÍAZ LEMA, *op. cit.*, pág. 531.

Un profundo estudio del antiguo Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas en J.L. MOREU BALLONGA, *Aguas Públicas y Aguas Privadas*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 639 y ss.

(25) S. DEL SAZ, *Régimen Jurídico de las Aguas Subterráneas*, Mundi Prensa, Madrid, 2002, pág. 288.

la finalidad de protección de la titularidad del demanio hidráulico, un sistema registral administrativo basado en el Registro de Aguas Públicas y en el Catálogo de Aguas privadas, al que se superpone el Registro de la Propiedad al que tienen acceso no sólo las aguas privadas sino también las concesiones de aguas públicas, estableciéndose entre ellos complejas relaciones.

La función básica de los Registros Administrativos de Aguas es lograr el conocimiento de los derechos de aprovechamiento del agua, pero no aisladamente considerados sino con referencia al sistema hídrico de que forman parte y con constancia suficiente del destino de cada derecho de uso privativo, determinando incluso las fincas o explotaciones, agrícolas o industriales, que se beneficien del agua objeto del correspondiente derecho de aprovechamiento. Por ello, el ordenamiento jurídico se preocupa de que queden acreditados y consten en los Registros de Aguas todos los datos necesarios para concretar el caudal aprovechado, el sistema hídrico de que se deriva y los inmuebles que se benefician o a los que esté vinculado su uso, así como los cambios de titularidad producidos por transferencias y las modificaciones o extinciones originadas por cualquier causa, de modo que, en todo momento, sea posible conocer en su globalidad los recursos hídricos existentes en cada sistema de gestión (cuenca o subcuenca hidrográfica, canal, acuífero subterráneo, etc.), como único medio de conseguir la ordenación racional y la justa Administración de un bien tan necesario²⁶.

La doctrina alemana ha dedicado alguna atención al sistema de registro de derechos de agua en España. Así, DÖPP subraya el carácter no meramente informativo, sino defensivo de la inscripción en el Registro español: “la publicidad del procedimiento de otorgamiento de la concesión queda documentado mediante la inscripción en el registro público de aguas de la concesión otorgada. Con ella adquiere el titular una posición fuerte. Disfruta de la protección administrativa de su derecho, esto es, puede exigir de la autoridad competente que actúe contra aquel que perjudique su derecho. La Ley no regula de forma expresa la forma en que puede actuar la Administración. Podría, por ejemplo, dictar una orden –*Unterlassungsverfügung*–”²⁷.

(26) Se defienden en el texto las reflexiones que sobre la necesaria complementariedad de la inscripción de los derechos sobre el agua en el Registro y Catálogo de Aprovechamientos de Aguas y en el Registro de la Propiedad sostiene E. PÉREZ PÉREZ, *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral: propiedad agraria, forestal, de las aguas, de las minas, urbanística, horizontal y de los complejos inmobiliarios privados*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 347 y ss.

(27) L. DÖPP, *Das spanische Wasserrecht. Die Verteilung von Wasser als Regelungsproblem*, Lit Verlag, Münster, 2000, pág. 68.

DÄHNE destaca, en el mismo sentido, que el carácter defensivo de los derechos de los titulares inscritos sólo se predica del registro español no del libro de aguas alemán: “los derechos de uso del agua concedidos se registran en ambos países. Estos registros sirven, por una parte, para facilitar el control por la Administración de su ejercicio pero en España, además, deben servir para la protección de sus titulares” (C. DÄHNE, *Spanisches und deutsches Wasserrecht. Ein Vergleich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pág. 168).

Una visión crítica de la protección administrativa que proporciona la inscripción en Registro de Aguas español en MOREU, op. cit., págs. 652-728.

La función defensiva del Registro español, a diferencia del alemán, tiene que ver, como se sabe, con el problema planteado por la demanialización de las aguas subterráneas y la justificación de la no indemnizabilidad a través de anudar esta función al registro. Para un análisis de las obligaciones de indemnización derivada de las limitaciones por causas de protección ambiental de los derechos de propiedad sobre aguas en derecho alemán vid. H. SENDLER, “Wassernutzung und

La Administración Pública del Agua, tanto en España como en Alemania, que gestiona los Registros debe estar dotada de los medios personales y materiales necesarios para el conocimiento actualizado, global y sistemático de los aprovechamientos de agua de cada cuenca hidrográfica, para poder ofrecer la información precisa sobre ese elemento básico de dichas situaciones de aprovechamiento. Esa información actualizada será publicada por los Registros Administrativos de Aguas y tendrá que constar también, en cuanto afecte a la titularidad de bienes inmuebles, en los Registros de la Propiedad. Como afirma PÉREZ, en el aprovechamiento de aguas se da siempre el binomio recurso-agua y bienes inmuebles que se benefician de su uso de modo que es incuestionable la necesidad de que aparezcan conectados el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad para el conocimiento y la publicidad de las situaciones jurídicas íntegras. El Registro de la Propiedad es el único medio verdaderamente eficaz que acredita la preexistencia de los derechos reales y los hace públicos, así que resulta imprescindible que se sustente en una información veraz y comprobada que, en el caso de los aprovechamientos de aguas sólo pueden facilitar las Administraciones Públicas del Agua, a través de los Registros que ellas mismas controlan²⁸.

Esta necesidad es tanto más perentoria en relación a las aguas subterráneas. Como afirman FORNÉS, DE LA HERA y LLAMAS "... veinte años después de la aprobación de la Ley de Aguas, la situación legal práctica de los aprovechamientos de aguas subterráneas está muy en mantillas, ya que se desconoce con aceptable aproximación el número de aprovechamientos que existen. El mismo Libro Blanco del Agua calificó esta situación como muy desalentadora. A este complejo panorama, hay que añadir que en algunas zonas se ha producido una situación que puede calificarse de insumisión hidrológica: se perforan muchas nuevas captaciones (quizás la mayoría) sin permiso ni concesión del Organismo de Cuenca correspondiente, cuyos responsables son incapaces de controlarlas por falta de mentalidad y/o por falta de medios y de apoyo"²⁹. De este modo, se reclama la decisión política para conocer con objetividad, prontitud y transparencia los datos, no sólo jurídicos sino también económicos y ecológicos, que permitan una planificación y gestión sostenible de las aguas subterráneas en España³⁰.

Eigentum", *Zeitschrift für Wasserrecht*, núm. 1, 1975, págs. 1-29.

(28) PÉREZ, op. cit., pág. 349.

(29) J. M. FORNÉS/ A. DE LA HERA PORTILLO/R. LLAMAS MADURGA, "El Registro/Catálogo de Aguas subterráneas en España", Comunicación presentada al IV Congreso Ibérico de Gestión y Planificación del Agua, pág. 11.

(30) Sobre el caos jurídico e institucional que existe en la gestión de las aguas subterráneas en casi toda España y de modo singular en la Cuenca del Segura, vid. M. RAMÓN LLAMAS MADURGA, "Una causa radical de los conflictos hídricos en España", *Tecnología del Agua*, núm. 259, 2005, págs. 72-76.

Un relato pormenorizado de las dificultades del proceso de adecuación del régimen jurídico de las aguas subterráneas a las previsiones de la Ley de 1985 en M. GARCÍA CARRETERO, "Situación legal de las aguas subterráneas en la Cuenca alta del Guadiana", en C. COLETO/L. MARTÍNEZ CORTINA/M. RAMÓN LLAMAS (edit.), *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: la Cuenca alta del Guadiana*, Fundación Marcelino Botín/Mundi-Prensa, Madrid, 2003, págs. 103 y ss.

Otras aportaciones interesantes sobre la repercusión de las obligaciones de Registro de los derechos del agua en J.M. GONZÁLEZ MONTECUBIO, "Las inscripciones en el Catálogo y Registro de Aguas. Acuíferos sobreexplotados", en S. DEL SAZ/J. M. FORNÉS/M. RAMÓN LLAMAS (edit.), *Régimen Jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín/Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2002, pág. 235, y J. DÍAZ MORA, "La clarificación jurídica en los acuíferos sobreexplotados. El caso de La Mancha Occidental", en *ibidem*, págs. 245 y ss.

En definitiva, en relación concreta al objeto seleccionado el método comparativo puede resultar especialmente fértil en cuanto, en ambos ordenamientos, se cuenta con registros de los usos autorizados del agua que sirven, por una parte, al control del uso de los derechos por la Administración y que en España, además, sirve aún de forma limitada a la protección de sus titulares.

B) *Excursus*: aproximación al estudio de los Registros de Agua en el marco de la moderna legislación comparada de aguas

La hermenéutica jurídica comparativa tiene un *prius* en la existencia de elementos de similitud entre los ordenamientos jurídicos en su regulación del agua³¹. La posibilidad del estudio comparado³² de los ordenamientos de aguas español y alemán viene facilitada por el común origen en el derecho romano, a pesar de que es indudable que la evolución de ambos ordenamientos desde aquellos lejanos tiempos ha seguido una evolución muy diferente³³ y, sobre todo, —por la común pertenencia de ambos Estados a la Unión Europea donde se aplica el cada vez más decisivo bloque normativo comunitario en esta materia³⁴.

Las condiciones geográficas y meteorológicas de ambos estados así como su diferente reparto competencial en este ámbito determinan que, no obstante, la comparación se deba realizar con muchas precauciones y reservas. Desde el punto de vista competencial, la distribución de las competencias legislativas en materia de aguas entre el Estado central y los entes territoriales adopta distintas perspectivas en España y en Alemania. En España se orienta al criterio geográfico, a la extensión de las cuencas. En Alemania, el eje de la distribución competencial se basa en la extensión del contenido —*inhaltliche Reichweite*— de las respectivas normas federales y estatales. El ordenamiento español sigue, como se sabe, un criterio básicamente geográfico por el cual el Estado tiene competencia exclusiva en

(31) Subraya esta necesidad DÄHNE, *op. cit.*, pág. 30.

Esta autora lleva a cabo un análisis comparativo de las condiciones naturales y de los problemas específicos de cada país en págs. 31 y ss. El estudio de las respectivas formas de organización política y territorial en págs. 44 y ss.

(32) La necesidad de un análisis desde el Derecho comparado, precisamente en esta materia de aguas, es subrayada por GALLEGO: “en primer lugar, la mejor manera de estudiar una institución jurídica nacional es compararla con otra extranjera. La comparación permite superar la estrechez de miras, de espíritu crítico, y obliga a replantear convencionalismos recibidos. En segundo lugar, las aguas y su regulación son un fenómeno de importancia universal y secular, que obviamente no tienen otros ámbitos del Derecho público...” (A. GALLEGO ANABITARTE, “El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado”, en A. GALLEGO ANABITARTE/A. MENÉNDEZ REXACH/J.M. DÍAZ LEMA, *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986, pág. 16).

(33) El derecho romano de las aguas forma el tronco común del derecho de aguas occidental. Como subraya GALLEGO “los anglosajones no saben lo que es ‘dominio público’, tampoco los alemanes, que solamente conocen el dominio o la propiedad privada, sometida en ocasiones —como en el caso de las aguas— a determinadas limitaciones, y los franceses tienen un concepto mucho más restringido del dominio público hidráulico que el español ... este dato da especial relieve al Derecho comparado en esta materia. ¿Cómo es posible que de un tronco común, el Derecho romano, se haya llegado a sistemas jurídicos tan diferentes como el español, el francés, el alemán y el anglosajón, en materia de aguas?” (GALLEGO, “El Derecho español de aguas...”, *op. cit.*, pág. 16).

(34) El papel del derecho comunitario como dinamizador de los contenidos ambientales y conservacionistas de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros ha sido una cuestión de la que me he ocupado en S. ÁLVAREZ CARREÑO, *El régimen jurídico de la depuración de aguas residuales urbanas*, Montecorvo, Madrid, 2002, págs. 97 y ss.; y en “La calidad ambiental de las aguas como eje vertebrador de la nueva normativa comunitaria”, en E. PÉREZ PÉREZ (coord.), *Aplicación en España de la directiva europea marco de aguas*, Ecoiuris, Madrid, págs. 95 y ss.

aquellas cuencas hidrográficas que excedan del territorio de una Comunidad Autónoma y, por el contrario, son éstas las que resultan competentes de manera igualmente exclusiva cuando la cuenca le sea interna³⁵.

En el ordenamiento alemán, por el contrario, se debe comenzar por diferenciar entre la competencia para la gestión del recurso, por una parte, y la competencia sobre los cursos fluviales navegables³⁶. Para las vías de navegación o tráfico fluvial –*Wasserstraßen*– tiene la Federación, según el artículo 74, apdo. 1º, núm. 21 de la Norma Fundamental (en adelante, GG), una competencia legislativa concurrente –*konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit*– para regular de modo completo esta materia. De acuerdo con el artículo 72, apdo. 1º, GG los Estados sólo pueden en este ámbito desplegar actividad legislativa en tanto que no lo haga la Federación. En relación, por otra parte, con las aguas como recurso la Federación tiene sin embargo la competencia para aprobar la legislación marco (ex artículo 75, apdo. 1.1, núm. 4 GG), representada por la WHG, que necesita para su aplicabilidad, en su condición de ley marco, el complemento de las respectivas leyes de aguas de cada uno de los Estados. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la competencia legislativa concurrente de la Federación en relación a las vías de agua navegables se extiende solamente a su función de medio de comunicación –*Verkehrsfunktion*– mientras que para la gestión del agua, incluida la protección de su calidad, estas vías fluviales federales están sometidas a la WHG y, por tanto, a las leyes de agua de los Estados³⁷.

Estas diferencias en la distribución competencial en materia de aguas entre España y Alemania hunden sus raíces en la diferente organización del Estado. Las Comunidades Autónomas no tienen el carácter de Estado y, por tanto, carecen de soberanía sobre su territorio. Por otra parte, las características naturales del recurso también determinan las diferencias dado que la escasez y la irregularidad de su presentación en España han obligado a la construcción de una extensa red de obras hidráulicas para asegurar de forma centralizada su distribución. La distribución de competencias en Alemania no ha tenido que afrontar esta realidad de los problemas de distribución del agua. Sin embargo, los crecientes problemas relativos a la calidad del agua y las necesarias obras de conducción de agua potable sitúan a Alemania en una posición similar a España de modo que, en este aspecto, señala la doctrina que también sería deseable una regulación general de carácter federal. Del mismo modo se señala, desde el punto de vista de la ordenación y protección del agua, que la solución española –orientada no a las fronteras políticas sino a las cuencas hidrográficas naturales– supone una solución más adaptada a la propia naturaleza porque los usos del agua tienen consecuencias sobre toda la cuenca. España tiene en cuenta en su

(35) En la opinión de DÄHNE, la distribución competencial en España en materia de aguas es más compleja que la alemana por la existencia del artículo 148 CE y la necesidad de analizar la regulación contenida en cada uno de los Estatutos de Autonomía. En Alemania sólo se debe distinguir lo que corresponde a la competencia marco y lo que constituye legislación de ejecución –*Ausführungbestimmung*– (DÄHNE, op. cit., pág. 67).

(36) Un completo estudio de la distribución competencial en materia de aguas en derecho alemán en J.M. DÍAZ LEMA, “Derecho Comparado”, en GALLEGO/MENÉNDEZ/DÍAZ LEMA, op. cit., págs. 713 y ss.

(37) Una introducción a la distribución competencial en materia legislativa en Alemania en H. MAURER, *Staatsrecht I*, 2ª edic., C.H. Beck, Munich, 2001, págs. 555 y ss. Para las peculiaridades de la legislación marco vid., en especial, págs. 562-563.

distribución competencial esta realidad. En Alemania una solución similar que tuviera en cuenta toda la cuenca tendría todo su sentido³⁸.

La distribución actual de competencias en el ámbito específico de los registros de agua plantea algunas dificultades adicionales dado que el agua, en su discurrir natural, no respeta las divisiones administrativas, de modo que la legislación de los Estados muestra una preferencia por centralizar la gestión de los registros en las autoridades administrativas superiores o incluso, con alguna excepción —de modo destacado Baviera, donde se atribuye esta responsabilidad a las autoridades locales—, por establecer los registros para grandes zonas —Bezirke—.

La protección ambiental del agua, en general, de los recursos naturales, vive un proceso europeo de fortalecimiento³⁹. Así, la reforma de la Constitución alemana de 2002 introdujo como principio esencial del Estado el de su carácter ambiental⁴⁰. Por su parte, en Francia se ha aprobado la Carta del Medio Ambiente de 2004 que se integra —a través de la remisión que hace el propio Preámbulo de la vigente Constitución francesa de 4 de octubre de 1958— en el bloque de la constitucionalidad con el mismo valor que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Carta de Derechos sociales y económicos de 1946 y que, en coherencia y bajo el control del Consejo constitucional francés, obliga de forma directa a los poderes públicos y a los ciudadanos⁴¹.

La protección integral de las aguas y de sus funciones para las personas y la naturaleza por razones ecológicas se ha introducido en tiempos recientes en la normativa de aguas española y alemana⁴². En concreto, para Alemania señala WOLF que, hasta tiempos recientes, el agua no se reguló desde el punto de vista de su función ecológica integral, sino más bien se trataba de la regulación de los diferentes usos que posibilitaba. Desde este punto de vista surgieron muy diferentes bases jurídicas: el abastecimiento de aguas se regula de forma diferente al uso para navegación o transporte de los cursos fluviales o el uso de

(38) Cfr. DÄHNE, *op. cit.*, pág. 67.

(39) Un análisis de este proceso en WOLF, *op. cit.*, págs. 327 y ss.

(40) Sobre la definición como Estado ambiental de la R.F. de Alemania tras la incorporación en 2002 de un nuevo artículo 20 (a) en su Norma Fundamental y sus posibles consecuencias sobre la política de aguas vid. A. EMBID, "The transfer from the Ebro Basin to the Mediterranean Basins as a decision of the 2001 National Hydrological Plan: The Main Problems Posed", *International Journal of Water Resources Development*, vol. 19, núm. 3, 2003, pág. 403.

Sobre las obligaciones de protección ambiental derivadas de la cláusula constitucional en el marco de la jurisprudencia constitucional alemana y de los Tribunales de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal Europeo de derechos humanos, vid. P. SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, pág. 939 y *passim*.

(41) El texto de la *Charte de l'environnement* finalmente aprobada por la Asamblea francesa el 25 de febrero de 2005, puede consultarse en el sitio web <http://www.legifrance.gouv.fr/hmhl/constitution/constitution.htm>.

(42) Una reflexión sobre la evolución general del derecho de aguas en Europa en A. FANLO LORAS, "La evolución del derecho comunitario europeo sobre el agua", en E. EMBID IRUJO, *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 173 y ss.

Un estudio comparado del derecho de aguas referido principalmente a la delimitación de la participación pública y privada en la gestión del agua en S. BURCHI, "Evoluciones en la legislación comparada", en EMBID, *op. cit.*, págs. 267 y ss.

agua para agricultura, ganadería o el uso industrial. Esta variedad de las bases jurídicas del agua está sometida a una evolución integradora desde la perspectiva de su protección ambiental; en especial, la protección de los cuerpos de agua otorga ese carácter ambiental, aunque todavía se esté lejos de alcanzar su protección integral en sentido ecológico⁴³.

En la actualidad, constituye ya un principio básico aceptado por todos que el Derecho de aguas forma parte del Derecho ambiental. En España fue temprano defensor de esta perspectiva el maestro MARTÍN MATEO⁴⁴; en Alemania señala BREUER que “el derecho de protección de las aguas representa, desde el punto de vista sistemático, una parte del Derecho Ambiental. Desde el punto de vista de la evolución histórica, la protección jurídica del recurso natural, así como de las aguas continentales, esto es, de los cuerpos de agua superficiales y subterráneos, forma el estrato más antiguo de la protección ambiental. A causa de las interacciones fácticas del ciclo hidrológico y del mantenimiento general de la naturaleza, la protección jurídica de las aguas se ha extendido con posterioridad por normativas provenientes del derecho nacional, europeo e internacional a las aguas costeras y las marinas. En conjunto, el derecho de aguas ha jugado tanto a nivel alemán como estatal e incluso supranacional europeo el papel de locomotora para el desarrollo de un moderno derecho ambiental”⁴⁵.

Como señala BREUER, desde una perspectiva de evolución histórica la legislación en materia de agua muestra corrientes evolutivas paralelas en Alemania y otros Estados europeos⁴⁶. Si lo reducimos a lo esencial, en la legislación en materia de agua de los Estados europeos se pueden reconocer con sorprendente coincidencia, si bien con desajustes temporales, tres fases de desarrollo. En la primera fase preindustrial, los ordenamientos jurídicos partían, desde un punto de vista general, de una aparente ilimitada disponibilidad del recurso agua. Los conflictos individuales y concretos relacionados con el uso o contaminación

(43) WOLF, *op. cit.*, pág. 328.

(44) Cfr. R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. II, Trivium, Madrid, 1992, pág. 15 y *passim*.

Pionera en este sentido ambientalista de los estudios del derecho de aguas fue la obra de F. DELGADO PIQUERAS, *Derecho de Aguas y Medio Ambiente*, Tecnos, Madrid, 1992; especialmente, págs. 122 y ss.

(45) R. BREUER, “Gewässerschutzrecht”, en H.-W. RENGELING (edit.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, tomo II, Carl Heymanns, Munich, 1998, pág. 653.

(46) También los problemas ambientales relacionados con el agua muestran aspectos similares en los Estados europeos. Así, señala TIETMANN que “en una creciente porción del territorio de la Unión Europea existen problemas de cantidad de agua a consecuencia de la sobreexplotación de los recursos. El consumo de agua creció entre 1970 y 1985 un 35%. En más del 60% de las ciudades se puede constatar una sobreexplotación de los recursos de agua subterránea. La emisión de nutrientes –Nährstoffen– en las aguas, por ejemplo, de nitratos de la agricultura en aguas subterráneas, pero también de sustancias nitrogenadas –Stickstoffen– en los mares a causa del tráfico aéreo muestran una tendencia creciente; mientras que la emisión de fosfato disminuye, entre otras causas, por el tratamiento a que está sometido en las instalaciones de depuración y por la utilización de detergentes libres de fosfatos. Los pesticidas se vierten en las aguas subterráneas a través de su uso como medio de protección de las plantas. Los metales pesados en las aguas residuales industriales disminuyen” (K. TIETMANN, “Situation der Umwelt in der Europäischen Union”, en RENGELING, *op. cit.*, tomo I, pág. 22).

Un informe comparativo reciente sobre el estado de las aguas y su gestión en varios estados europeos en WWF's *Water and Wetlands Index. Critical issues in water policy across Europe*, 2003; accesible en <http://www.panda.org/downloads/europe/wwwireport.pdf>.

El problema específico de las emisiones de fosfato a nivel europeo en “Implementation of the 1991 EU urban waste water directive and its role in reducing phosphate discharges (Summary report)”, *Scope Newsletter*, núm. 34, 1999; accesible en <http://www.ceep-phosphates.org>.

—enturbiamiento, en la terminología normativa española decimonónica— de las aguas se residenciaban en el ámbito de las relaciones vecinales. Se contemplaban como conflictos entre el derecho de propiedad y de posesión de los afectados y, en consecuencia, dirimidos a través del derecho civil como compensación de intereses.

En una segunda fase preindustrial, desde el siglo XIX, se pone en primer plano el reparto y distribución de los recursos de agua que se estaban convirtiendo en escasos y fuertemente degradados. A comienzos del siglo XX se sometió por ello el uso de las aguas, especialmente de las superficiales, en los estados europeos industrializados a normativas especiales. La legislación en materia de aguas supeditó, en esa fase, los usos del agua a las autorizaciones y concesiones con una función de reparto y distribución. Con ello se desplazó la perspectiva del uso de las aguas desde el punto de vista individual al de la gestión pública. Sólo en una tercera fase se aprobó, en el momento culminante de los procesos de industrialización y urbanización con la consiguiente contaminación de las aguas producida por esos fenómenos, una moderna legislación de aguas orientada a los fines de su protección ambiental. Esta fase de la protección específica y ecológica de las aguas se impuso en la segunda fase del siglo XX⁴⁷ y con ella se consumó de manera definitiva el cambio a una gestión pública y orientada al interés general de las aguas⁴⁸.

C) El reforzamiento de la función pública registral en materia de aguas en la Directiva Marco de Aguas

La política europea de aguas se ha desarrollado desde comienzos de los años 70⁴⁹. Se distinguen tres fases en el desarrollo de esta regulación. La primera fase (1973-1988)

(47) El relativo retraso de la situación española en este ámbito se debe, en opinión de KUKS, a factores tales como la tardía fecha de aprobación de una ley general sobre contaminación de aguas, la tardía creación de un Ministerio de Medio Ambiente, la tardía incorporación a la UE, el menor gasto *per capita* en la lucha contra la contaminación, la inexistencia de un sistema de recuperación completa de costes para el tratamiento de los vertidos y, por último, en la insuficiencia de los mecanismos de financiación de la depuración —todo ello, se debe reseñar, con referencia a datos de 1995 lo que, en determinadas afirmaciones, exigen matizarlas de acuerdo a los rápidos avances que en esta materia se han producido en España—. Cfr. la explicación del deficiente tratamiento de las aguas residuales en España, en general, de las medidas ambientales de protección y conservación del agua en S. KUKS, “The Sustainability Performance of National Resource Regimes, *op. cit.*, pág. 31.

(48) BREUER, “Gewässerschutzrecht”, en RENGELING, *op. cit.*, pág. 654.

A pesar de los paralelismos también señala BREUER las diferencias entre los derechos de aguas nacionales que vienen determinadas por diversos factores de orden político, administrativo y económico. En concreto, en relación a España señala que “... las causas de los criterios cuantitativos y cualitativos de la política de aguas se encuentran en las especiales condiciones naturales del territorio estatal. Las enormes diferencias entre las regiones con sequía casi permanente frente a aquellas con una suficiente reserva —*Dargebot*— de agua obligan a considerar el reparto y transporte del agua como una tarea central” (*Ibidem*, pág. 659).

La evolución del derecho de aguas francés, en *ibidem*, págs. 655-656; holandés, págs. 656-657; británico, págs. 657-658; y, en fin, portugués, págs. 658-659.

Esta evolución en grandes líneas de los ordenamientos jurídicos del agua se puede aplicar, en esta formulación general, a España. Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 61 y ss. Un estudio en profundidad de la legislación histórica en S. MARTÍN-RETORTILLO, *La Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*, Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963, págs. XVII-IV.

Desde la perspectiva del abastecimiento *vid.* un completo estudio histórico en M. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, *El abastecimiento de agua en España*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, págs. 31 y ss.

(49) Cfr. D. AUBIN/F. VARONE, “The evolution of European Water Policy”, en KISSLING-NÄF/KUKS, *op. cit.*, págs. 49 y ss.

se centró principalmente en la protección del agua usada para actividades humanas. Su principal acción consiste en establecer un estándar de calidad para cuerpos de agua determinados. Una segunda fase (1988-1995) completa la fase inicial con medidas de carácter más específico (por ejemplo, el tratamiento de las aguas residuales urbanas o la regulación de la eliminación de productos fertilizantes –*manure disposal*– siguiendo una perspectiva de orden y control –*command-and-control approach*–. Desde 1995, comenzó una tercera fase con la preparación y adopción de la Directiva Marco del Agua (en adelante, DMA). Esta evolución no está sólo guiada por la progresiva escasez de los recursos hídricos en los Estados miembros, sino también por más amplios cambios en la filosofía de la construcción europea, de modo significativo por la aplicación del principio de subsidiariedad⁵⁰. La DMA intenta reconciliar los objetivos de calidad y los límites de emisión propios de cada una de las dos primeras fases, integrando de modo parcial en la política de aguas europea los aspectos cuantitativos del problema del agua en Europa⁵¹.

La DMA no afronta la cuestión de los derechos privativos sobre el agua. Sin embargo, como afirman AUBIN y VARONE, durante las fases de su transposición e implementación esta cuestión influirá en varios aspectos en el sistema de regulación. Así, señalan estos autores que “por una parte, las leyes de agua producen diferentes efectos en términos de eficacia cuando las condiciones de propiedad o de apropiación varían; por ejemplo, el control de la extracción de agua en terrenos privados no representa una tarea sencilla. Las políticas públicas sobre el agua deben ser capaces de adecuarse al sistema regulador o este sistema debe ser modificado cuando se acentúan problemas específicos. Las interacciones entre el sistema regulador y las políticas públicas siguen siendo, en gran parte, desconocidas. La investigación puede sugerir las relaciones ausentes entre el concepto del recurso, el sistema casi intangible de derechos de propiedad y las políticas públicas en los distintos sectores que se han llevado a cabo durante mucho tiempo. La identificación de estas conexiones y la propuesta de mecanismos de compensación resultan necesarias para el diseño de un régimen institucional coherente del recurso”⁵².

La incorporación de la DMA en todos los Estados miembros de la UE ha supuesto la modificación del actual marco normativo del agua y ha planteado dificultades, en mayor o menor medida, en todos ellos⁵³. Así en Alemania, de acuerdo a los mencionados criterios de distribución competencial –se atribuye a la Federación sólo una competencia legislativa marco (artículo 75 GG) y a los Estados todas las demás competencias legislativas,

Un análisis sintético de la evolución de la legislación comunitaria en materia de aguas en C. OLAZÁBAL, “Community Legislation on Water Protection. An Assessment of its Evolution and Possible Future”, en M. ONIDA (edit.), *Europe and the Environment. Legal Essays in Honour of Ludwig Krämer*, Europe Law Publishing, Groningen, 2004, págs. 155-172.

(50) AUBIN/VARONE, *op. cit.*, pág. 52.

(51) *Ibidem*, pág. 51.

En págs. 53 y ss. llevan a cabo un análisis más detallado de los principales pasos evolutivos de la política comunitaria en este ámbito.

(52) *Ibidem*, pág. 83.

(53) En concreto, en Francia la transposición de la DMA se llevó a cabo mediante la Ley 2004-338, de 21 de abril de 2004 por la que se modifica el Código de Medio Ambiente.

reglamentarias y de gestión⁵⁴—, la transposición de la DMA exigió la modificación de la Ley Federal de Aguas —la nueva redacción de la Ley entró en vigor el 25 de junio de 2002— para incluir sólo sus aspectos fundamentales, encargándose a los Estados la modificación de sus respectivas legislaciones hídricas para realizar una transposición completa de la DMA, sobre todo, en lo que se refiere a sus elementos procedimentales⁵⁵.

Sin embargo, la nueva regulación no afectó a los registros del agua regulados en la Ley marco⁵⁶. Se debe subrayar, sin embargo, que el artículo 11, apdo 3º, letras e) hasta la i), DMA establece la obligación de controlar de forma continua los usos autorizados y los expedientes con ellos relacionados⁵⁷. De acuerdo con esto, las leyes estatales deben reco-

(54) Sobre el debate en Alemania acerca de la ampliación de las competencias de la Federación en materia de aguas, vid. M. REINHARDT, "Vierzig Jahre Wasserhaushaltsgesetz", *Zeitschrift für Wasserrecht*, Heft 1/2000, págs. 4 y ss.

(55) Sobre la transposición de la DMA en Alemania, vid. S. VON KEITZ (HRS.G.)/D. BORCHARDT (ERARB.), *Handbuch der EU-Wasserrahmenrichtlinie: Inhalte, Neuerungen und Anregungen für die nationale Umsetzung*, Schmidt, Berlín, 2002.

Un análisis de las principales cuestiones en J. CASPAR, "Die EU-Wasserrahmenrichtlinie: Neue Herausforderungen an einen europäischen Gewässerschutz", *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 13/2001, págs. 529 y ss.

Un estudio crítico en M. SCHMALHOLZ, "Die EU –Wasserrahmenrichtlinie– 'Der Schweizer käse' im europäischen Gewässerschutz?", *Zeitschrift für Wasserrecht*, núm. 2, 2001, págs. 67-102.

Para HASCHE, la investigación sobre la DMA demuestra que, por una parte, con ella se ha dado un nuevo impulso y se ha creado un nuevo marco regulador. Sin embargo, a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, no es tan concreta y vinculante. No obstante la introducción de nuevos instrumentos, la DMA deja a los Estados miembros un amplio margen en cuestiones de gran importancia y no sólo de detalle. Incluso la regulación del objetivo ambiental principal es menos estricta de lo que su apariencia reguladora puede hacer creer... la gran cantidad de posibilidades de interpretación de los objetivos ambientales están ligados al otorgamiento de amplios márgenes de aplicación por los Estados" (HASCHE, op. cit., pág. 214).

(56) Cfr. M. KOTULLA, *Wasserhaushaltsgesetz Kommentar*, Kohlhammer, Stuttgart, 2003, pág. 796.

(57) El artículo 11 de la DMA está dedicado a regular los Programas de Medidas. En ellos se deben tener en cuenta los resultados de los análisis de las diferentes masas de agua (ex artículo 5 DMA) y su finalidad esencial será alcanzar los objetivos ambientales que determina la DMA (ex artículo 4). Entre las medidas básicas que deben ser recogidas en el programa recoge el apdo. 3º de este artículo 11 algunas directamente relacionadas con la obligación de registro. Así, cuando señala que estos programas de medidas deberán incluir "medidas de control de la captación de aguas dulces superficiales y subterráneas y de embalse de aguas dulces superficiales, con inclusión de un registro o registros de las captaciones..." [letra e)]; "medidas de control, con inclusión de un requisito de autorización previa, de la recarga artificial o el aumento de masas de agua subterránea" [letra f)]; "para los vertidos de fuente puntual que puedan causar contaminación, un requisito de reglamentación previa, como la prohibición de la entrada de contaminantes en el agua, o el requisito de autorización previa, o el de registro basado en normas generales de carácter vinculante..." [letra g)]; "para fuentes difusas que puedan generar contaminación, medidas para evitar o controlar la entrada de contaminantes; los controles podrán consistir en un requisito de reglamentación previa, como la prohibición de la entrada de contaminantes en el agua, el requisito de autorización previa o el de registro basado en normas generales de carácter vinculante..." [letra h)]; o, en fin, "para cualquier otro efecto adverso significativo sobre el estado del agua ..., medidas para garantizar en particular que las condiciones hidromorfológicas de las masas de agua estén en consonancia con el logro del estado ecológico necesario o del buen potencial ecológico de las masas de agua designadas como artificiales o muy modificadas. Los controles realizados con este fin podrán consistir en el requisito de autorización previa o de registro basado en normas generales de carácter vinculante..." [letra i)]. Además, para todas estas obligaciones de registro se prevé la necesidad de modificación periódica y de actualización. En este sentido, el apdo. 5º de este mismo artículo 11 establece que "cuando los datos en virtud de actividades de seguimiento u otros datos indiquen que probablemente no se lograrán los objetivos establecidos en el artículo 4 para una masa de agua, el Estado miembro velará por que: se investiguen las causas de esa posible carencia; se examinen y revisen periódicamente adecuadamente los permisos y autorizaciones pertinentes; se revisen y ajusten adecuadamente los programas de seguimiento, y, se establezcan las medidas adicionales que sean necesarias para lograr dichos objetivos, incluido, cuando proceda, el establecimiento de normas de calidad medioambiental más estrictas con arreglo a los procedimientos del anexo V".

Este precepto ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español en el artículo 92 *quater* TRLAg, si bien las medidas básicas que deban contener estos Programas de medidas se han remitido al desarrollo reglamentario, todavía no realizado.

ger esta obligación para las autoridades competentes de controlar y, en su caso, revisar los usos autorizados para adecuarlos a las exigencias de la DMA. En la opinión de KNOOP, esta obligación que debe ser incorporada por las leyes de los Estados alemanes otorgará un nuevo impulso y mejorará el cuidado del contenido de los registros de aguas regulados en el § 37 WHG⁵⁸.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGISTROS DEL AGUA EN ALEMANIA

A) Breve panorama de la evolución histórica de la regulación del Registro de Aguas en Alemania

En el ámbito germánico, fue la Ley de derecho de aguas austriaca de 1869 –también en Oldenburg (Alemania) en 1868 y en Suiza– la que por primera vez reguló la creación de un Libro-registro de aguas en interés de la garantía jurídica, de la gestión, de la estadística y de la fiabilidad del crédito⁵⁹. Conviene ya señalar que las primeras ideas de diseñar el Registro de aguas como el de la propiedad no se impusieron. A consecuencia de esta Ley austriaca, los diferentes Estados aprobaron leyes sobre uso, gestión y defensa de las aguas en las que se detallaba la obligación de llevar un libro de aguas en el que se contuvieran los derechos antiguos y los otorgados a partir de la Ley así como planos de las aguas, medidas de las obras hidráulicas y los cambios que en estas situaciones se fueran produciendo. Se debe señalar que la puesta en práctica de estas normas austriacas, así como las de Oldenburg y Suiza, fueron sólo parcialmente cumplidas y que los derechos particulares sobre el uso del agua tuvieron una escasa entrada en los registros.

Hasta la primera guerra mundial hubo diversos intentos por parte de los estados alemanes, competentes en materia de legislación de aguas, para introducir estos registros del agua; así, los Estados de Baden, Württemberg, Baviera, Sajonia y Prusia regularon en sus respectivas leyes de aguas estos registros con la finalidad general de clarificar las relaciones jurídicas existentes en interés principalmente de los titulares de los derechos. Una especial referencia merecen Sajonia, en su Ley de Aguas de 12 de marzo de 1909, y Prusia, en su Ley de 7 de abril de 1913⁶⁰: estos dos textos legales, para conseguir atraer al registro a los titulares de derechos del agua, otorgaron a la inscripción –en un acercamiento evidente a las consecuencias jurídicas de la inscripción en el de la propiedad–, importantes consecuencias jurídicas, entre ellas, la presunción de validez –*Rechtsvermutung der Richtigkeit*–. Con ello se quiso conseguir tanto salir al paso del desinterés que, hasta ese momento, habían mostrado los titulares de derechos y, por otro, incentivar a los funcionarios encargados del registro haciendo más importante su trabajo. En general, la orientación privatista del derecho de aguas prusiano convirtió el registro de aguas en un instrumento de defensa de las titularidades que sólo podía ser combatida aportando una prueba completa de su ilegalidad, prueba muy difícil de conseguir en relación a viejos derechos que habían tenido entrada en el registro

(58) G.-M. KNOOP, “Die Umsetzung der EG-Wasserrahmenrichtlinie aus der Sicht der Länder”, *Zeitschrift für Wasserrecht*, núm. 1, 2003, pág. 12.

(59) Sigo, en esta parte, la exposición de MENSING, *op. cit.*, págs. 20 y ss.

(60) Un estudio sobre los efectos de la Ley de agua prusiana de 1913 sobre los derechos de uso y el papel asignado a estos efectos al registro de aguas en R. BREUER, *Öffentliches und privates Wasserrecht*, 3ª edición, Verlag C.H. Beck, München, 2004, págs. 232-234.

con lo que la realidad objetiva quedó en un segundo lugar, frente a la presunción formal que otorgaba la inscripción registral. Dicha orientación privatista también se demuestra en el hecho de que las aguas subterráneas no pudieran tener entrada en el registro en virtud de su proclamada falta de independencia jurídica frente al titular del terreno.

Frente a esta concepción prusiana, los Estados alemanes del sur configuran un derecho de aguas de carácter público y los derechos sobre ella como derechos públicos, de tal modo que no consideraron oportuno anudar a la inscripción en el registro por ellos creados consecuencias jurídicas tan relevantes como los prusianos, por el contrario, las inscripciones servían más bien como un instrumento útil para una gestión pública cercana a la realidad. Por otra parte, la menor estabilidad y rigidez de las inscripciones permitió una mayor cercanía del registro de aguas a la realidad. Además, la misma concepción publicista permitió la temprana inscripción de derechos de uso sobre aguas subterráneas⁶¹.

Tras la I Guerra Mundial, triunfó la concepción publicista de los registros, según la cual debían ser un instrumento orientado a permitir una mejor gestión y planificación pública del agua. Así, en Suiza, la Ley federal de 1916 sobre la utilidad de la energía hidráulica ordenó a los Cantones que llevaran un registro de los derechos de usos de agua.

El ordenamiento alemán de aguas ha consolidado, desde entonces, la perspectiva según la cual la inscripción en el registro no se orienta principalmente a la protección jurídica de las titularidades particulares y de los negocios jurídicos sino que, más bien, sirve como instrumento puesto en manos de la Administración pública para poder ejercitar correctamente sus facultades de ordenación, planificación, inspección, conservación y protección e, incluso, sanción, y permitirle un conocimiento preciso de las relaciones jurídicas existentes sobre una determinada masa de agua, incluidas las cada vez más importantes, aguas subterráneas.

B) Concepto, naturaleza jurídica y contenido del Registro del agua alemán

a) Concepto y naturaleza jurídica del Registro de Aguas

Los registros del agua pueden ser definidos, siguiendo a MENSING, como registros públicos encargados a las autoridades administrativas en los que se da cuenta de las relaciones jurídicas que afectan a las masas o cuerpos de agua, así como de las normas y disposiciones aplicables a esas masas inscritas en forma de documento público –*in der Form öffentlicher Urkunden*–⁶².

(61) Por su parte, KNOOP también da cuenta de esta diferencia de planteamiento entre los diversos Estados alemanes. Así, señala que las Leyes de Baviera de 23 de marzo de 1907, la de Württemberg de 1 de diciembre de 1900 y las de Baden de 26 de junio de 1899 y de 12 de abril de 1913 regulan los registros del agua como simples catálogos o inventarios –*Vermerkbücher, Auskunftbücher*– que sólo representan una recopilación de derechos sin eficacia jurídica (KNOOP, op. cit., pág. 1).

(62) MENSING, op. cit., pág. 31.

Vid. también un esfuerzo de definición conceptual en KOTULLA, op. cit., pág. 798, donde se subraya el carácter no constitutivo de la inscripción y la diferente naturaleza respecto al Registro de la Propiedad en cuanto que, el de agua, no da fe pública de las inscripciones anudando una simple presunción material.

Como se señaló, la necesidad de llevar libros del agua en todo el territorio de la República Federal de Alemania⁶³ se estableció a nivel federal con la Ley de aguas de 1957⁶⁴. Este registro que, como se ha señalado, ya estaba previsto en la tradición germánica de derechos de aguas⁶⁵ nunca cumplió su función de forma satisfactoria. La razón de este fracaso –la finalidad para la que fueron creados los registros del agua nunca fue plenamente cumplida– no tiene que ver, para KNOOP, con la institución misma del registro, sino que fue una consecuencia obligada dado que, entre el cambio de siglo (xix al xx) y la entrada en vigor de la WHG, la capacidad de trabajo de la Administración pública del agua alemana se limitó a lo estrictamente necesario, sin que quedaran fuerzas para implementar de forma satisfactoria la exigencia registral⁶⁶. De este modo, durante la elaboración de la Ley marco, se tenía claro que la regulación jurídica de la gestión del agua y su planificación sólo se podían llevar a cabo de forma racional cuando las autoridades públicas encargadas de llevarla a cabo están en condiciones de conocer de forma suficiente la situación jurídica real⁶⁷.

El § 37 WHG que lo regula tiene valor de norma marco y debe ser, en consecuencia, completado por los Estados quienes deben cumplir con el mandato legislativo con liber-

Para KNOOP, la falta de definición legislativa del registro de aguas tiene su explicación en la larga tradición de la institución en el derecho de aguas alemán. Cfr. KNOOP, *op. cit.*, pág. 2.

(63) La República Democrática de Alemania, por su parte, aprobó la Ley de 17 de abril de 1963, sobre protección, utilización y conservación de las Aguas y, posteriormente, la Ley de Aguas de 2 de julio de 1982. Ambas supusieron hitos en la regulación hidrológica que todavía hoy deben ser tenidos en cuenta en el momento de establecer y gestionar los recursos de aguas en los antiguos Estados pertenecientes a la extinta RDA. Si bien, por una parte, su normativa previó un sistema de registro y control estatal centralizado de los usos y de la situación de las aguas similar a la prevista en la RFA, sin embargo, por otra parte, se produjeron dos fenómenos que afectaron a este instituto: primero, la destrucción por motivos ideológicos después de 1945 de los documentos y archivos que habían sido gestionados por el régimen nacional-socialista supuso la desaparición de gran parte del contenido de los registros de aguas que se habían ido gestionando en estos Estados, de modo que después de la unificación ha sido imposible reconstruir su contenido; segundo, la diferente distribución competencial para la gestión de los registros en los dos Estados alemanes ha dificultado el proceso de integración de los antiguos Estados socialistas en el sistema de regulación de las aguas previsto en la Ley marco federal. Además, una circunstancia que es común a los ordenamientos estudiados –la escasez de personal y la falta de identificación administrativa con los objetivos perseguidos con la creación del registro–, determinaron una inadecuada e insuficiente gestión de los registros previstos en la legislación de la DDR que ha dificultado la nueva gestión de los registros previstos en las entonces vigentes Leyes de aguas de estos Estados.

Un estudio de esta problemática en D. HÜBNER/H. ZEHRFELD, “Alte Rechte und Befugnisse und ihre Eintragung in das Wasserbuch im Bereich der neuen Bundesländer”, *Zeitschrift für Wasserrecht*, núm. 4, 1999, págs. 415 y ss.

(64) KOTULLA subraya, en este sentido, que este párrafo no ha sido modificado, ni siquiera con la última reforma de 1 de marzo de 2005 para la incorporación de la DMA al ordenamiento alemán, desde la entrada en vigor de la Ley marco de aguas. Las iniciativas, con motivo de la cuarta reforma de la Ley en 1976, para sacar al Registro de aguas de la Ley federal y otorgar, de este modo, libertad a los Estados en este ámbito no fueron, finalmente, aprobadas (KOTULLA, *op. cit.*, pág. 796).

La doctrina alemana no ha dedicado demasiada atención a esta exigencia registral en materia de aguas. De la primera doctrina deben mencionarse los trabajos de BEHRENDT (“Die Bedeutung und Ausgestaltung der Wasserbücher”, *Die Wasserwirtschaft*, 1962, págs. 257-259) y ARNDT (“Zweck, Einrichtung und Führung der Wasserbücher”, *Die Wasserwirtschaft in Baden-Württemberg*, 1962, págs. 21-23).

(65) Con alguna excepción como la ausencia de tradición de este registro en el derecho de aguas del Estado de Hesse en H. BECKER, *Hessisches Wassergesetz. Kommentar*, Erich Schmidt Verlag, Berlín, 1997, págs. 214-216.

(66) KNOOP, *op. cit.*, pág. 1.

Y, añade: “también la complejidad de los procedimientos de inscripción contribuyó a que, si bien se crearon los registros, sin embargo nunca fueron gestionados de forma correcta” (*ibidem*).

(67) KNOOP recuerda que “en la propia Exposición de Motivos de la Ley se señala que la finalidad general perseguida con su aprobación sólo se podrá alcanzar si las autoridades competentes conocen el número y contenido de los usos de las aguas existentes y si están informadas de las normativas de protección a ellas aplicables” (*ibidem*, pág. 2).

tad para decidir la forma y el carácter de los registros⁶⁸. Ahora bien, el carácter marco de la norma no impide que el legislador federal, para asegurar el cumplimiento de los fines para los que se ha creado, establezca un conjunto de reglas mínimas que, eso sí, pueden ser ampliadas por los Estados.

Estas reglas federales mínimas consisten, en primer lugar, en el propio mandato legislativo para instaurar y gestionar un registro de aguas –*Gewässer*–. En este sentido, y de acuerdo con el concepto de aguas de la Ley federal (§1) se deben entender incluidas tanto las aguas superficiales como las subterráneas y litorales –*Küstengewässer*–⁶⁹. El punto de partida de la obligación de gestionar el registro son las propias masas o cuerpos de aguas y, en consecuencia, los registros deben crearse aun cuando no existieran todavía hechos susceptibles de inscripción⁷⁰.

La responsabilidad por la gestión de los registros del agua, como consecuencia natural de su finalidad de proporcionar una visión general de las relaciones jurídicas existentes sobre los cuerpos de agua para utilidad de la actividad administrativa, corresponde a la Administración Pública. De acuerdo con KOTULLA, el contenido y la llevanza de los libros no variarán con la importancia o el tamaño de los cuerpos de agua y las obligaciones de inscripción no se extienden, a diferencia del derecho español, a todo el territorio de la cuenca⁷¹.

b) Contenido del Registro de Aguas: las distintas clases de supuestos de inscripción

El régimen jurídico completo de los registros de aguas no se contiene en la Ley Marco Federal que remite, en esta materia, a las diferentes Leyes de Agua de los Estados quienes deben cumplir esta obligación proveniente del derecho federal. De este modo, la determinación exacta de los supuestos de inscripción en los registros del agua –cuestión esencial en cuanto las características de las inscripciones van a determinar el propio valor del Registro de Aguas– viene establecido por la legislación de los Estados, no sólo por el carácter marco de la legislación federal, sino porque el propio § 37 WHG establece que “principalmente...”, dejando de este modo la puerta abierta al legislador estatal para que amplíe los supuestos inscribibles. Así, representa una opinión común en la doctrina alemana que la WHG no establece un listado cerrado de supuestos de inscripción sino que, por el contrario, se limita a determinar un mínimo ampliable por los Estados –*Mindestkatalog*–⁷².

(68) KNOOP señala también que, desde el punto de vista formal, la libertad de los Estados alcanza también a la elección del tipo de disposición que regula los registros. En la mayor parte de los casos se han previsto sus elementos esenciales en las respectivas leyes de agua, pero existen excepciones donde el mandato federal se ha cumplido a través de normativa de inferior rango. Vid. KNOOP, *op. cit.*, pág. 3.

(69) Para los cuerpos de agua pequeños que quedan fuera de la Ley de acuerdo con su § 1, apdo. 2º, no existe obligación de aplicar la técnica registral. Cfr. CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1283.

(70) Esta opinión doctrinal es defendida por KOTULLA, *op. cit.*, pág. 796.

Para una interpretación contraria, vid. CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1284.

(71) KOTULLA, *op. cit.*, pág. 797.

(72) Cfr. KOTULLA, *op. cit.*, pág. 796.

Desde un punto de vista ideal, el Registro de Aguas debería contener aquellas inscripciones que aportaran los datos necesarios para permitir una completa panorámica de las relaciones jurídicas que afectan a cada masa de agua. Los contenidos posibles deben ser pues descritos, por una parte, de forma negativa —qué realidades quedan fuera del registro— y, por otra, en relación a los límites que afectan a los supuestos inscribibles.

En primer lugar, se debe señalar que el concepto de masa o cuerpo de agua de la Ley sólo incluye a las aguas —*Gewässer*— y no su cauce —*Gewässerbett*— ni los terrenos donde se encuentran —*das grundwasserbergende Grundstück*—. Ya se señaló que en la concepción alemana —una vez abandonada la tradición prusiana para la cual el registro de aguas servía a la ordenación de las relaciones jurídico-privadas sobre las aguas con la finalidad de otorgar seguridad al tráfico jurídico— no se trata de establecer una protección adicional a la que otorga el Registro de la propiedad de modo que no se permite la inscripción referida a la titularidad de las fincas ni a los derechos que se deduzcan de esa titularidad. Otra cosa sucede, como se verá, con las limitaciones jurídico-públicas impuestas a los titulares de terrenos mediante la creación de zonas protegidas, supuesto en el que se amplía el ámbito de relaciones jurídicas susceptibles de inscripción en cuanto se va más allá de las masas de agua propiamente dichas sin que, sin embargo, se intente competir con el Registro de la propiedad.

Una problemática especial plantean, en segundo lugar, las aguas subterráneas en cuanto a la inscripción de los derechos y disposiciones que les afecten⁷³. La obligación de inscribirlas constituyó una innovación de la WHG de 1957 que provocó un aumento considerable de las inscripciones en los registros. Se debe tener en cuenta, en este sentido, que los registros del agua alemanes parten de la situación natural como base del registro, es decir, que se lleva un registro por cada cuerpo de agua o, para los más pequeños, para cada sistema o conjunto de cuerpos de agua, de modo que se consiga una visión completa de las relaciones jurídicas que les afectan. En el marco de cada cuerpo de agua el registro se organiza de forma natural conforme al recorrido de éste, es decir, las relaciones jurídicas son anotadas por el kilómetro del río en que se producen. Naturalmente, para las aguas subterráneas, la situación es un tanto más compleja por cuanto en muchos casos no están todavía perfectamente definidos los acuíferos, de modo que las inscripciones se realizan de acuerdo a las circunscripciones administrativas.

De acuerdo con lo que establece el § 37 WHG, las relaciones jurídicas susceptibles de inscripción⁷⁴ pueden clasificarse de la siguiente manera:

Por su parte, CZYCHOWSKI nos refiere que la mayoría de los Estados, excepto Baviera y Sajonia, ha hecho uso de esta posibilidad, de modo que se ofrece en esta materia un panorama muy variopinto (CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1290; una referencia a los diferentes contenidos en la legislación de aguas de los Estados en *ibidem*, págs. 1291-1292).

Las normas estatales han establecido limitaciones adicionales a los supuestos susceptibles de inscripciones. Así, por ejemplo, no son inscribibles aquellas relaciones jurídicas que derivan directamente de la norma como los deberes de mantenimiento de los cauces, el consumo municipal y los usos de los propietarios —*Eigentümergebrauch*—; otro tipo de limitaciones derivan de la finalidad específica del registro de aguas que no tiene su razón de ser en dar noticias de relaciones jurídico-privadas sobre terrenos —*Grundstücken*— excepto que estas relaciones jurídicas lo sean de derecho público y afecten a la gestión del agua —*wasserwirtschaftlichen Gründen*—). Un análisis detallado de esta cuestión en KNOOP, *op. cit.*, págs. 5-7.

(73) El régimen jurídico de las aguas subterráneas en Alemania en DÍAZ LEMA, *op. cit.*, pág. 722.

(74) Se debe señalar que en el Registro de Aguas alemán se inscriben no sólo los derechos privativos sobre las aguas

1ª) Declaraciones de zonas protegidas –*Wasserschutzgebiete*–⁷⁵: el § 37 de la Ley marco de aguas federal señala que en el registro de aguas se deben inscribir las zonas protegidas y las zonas con riesgo de inundación. De acuerdo con el § 19 del mismo cuerpo legal se podrán declarar zonas de protección de aguas cuando el interés general lo exija para conseguir fines de interés general; entre ellos, la protección del abastecimiento presente o futuro de agua, la protección de las aguas subterráneas o, en fin, evitar el vertido de aguas residuales y la emisión de sustancias contaminantes en los cuerpos de agua⁷⁶.

De esta manera, se regula por primera vez en el derecho alemán de aguas la obligación de registro de determinadas zonas en las cuales, para conseguir objetivos de protección, se prohíben o se someten a autorización determinadas actividades. En realidad, estas zonas protegidas, sobre todo las orientadas a evitar las inundaciones, ya tenían la publicidad general exigida para las disposiciones y resoluciones administrativas en el viejo derecho de aguas pero no se había considerado necesario inscribirlas en el registro. Sin embargo, el aumento de la importancia de las zonas protegidas en el derecho de aguas y la multiplicidad de disposiciones sobre los usos permitidos o prohibidos en ellas emanados de las distintas administraciones competentes hicieron aconsejable su inclusión en el registro de modo que todos tuvieran un conocimiento exacto de los usos permitidos en este tipo de zonas.

De este modo, se deben inscribir en el registro de aguas las disposiciones que afectan a las siguientes zonas protegidas:

- disposiciones sobre cuerpos de agua destinados al abastecimiento público;
- disposiciones sobre acuíferos, incluyendo en algunas leyes estatales los manantiales;
- disposiciones sobre vertidos;
- disposiciones sobre zonas con riesgo de inundación; incluso, en la legislación de los Estados, se amplía el carácter informativo registral con la obligación de inscripción de las decisiones concretas que, en relación a estas zonas, emitan las autoridades administrativas; tanto disposiciones de tipo general como concretas sobre eliminación de obstáculos,

derivados de concesión o autorización, sino también normas jurídicas, actos administrativos generales y servidumbres de derecho público –*Öffentlich-rechtliche Handlungs- und Duldungsverpflichtungen*–.

(75) Estas zonas de protección de aguas están reguladas en el § 19 WHG. Como apunta DÍAZ LEMA, “en estas zonas se tiende a excepcionar el régimen general de la Ley ... tienden a crear regímenes especiales en determinadas demarcaciones territoriales. Estas especialidades pueden derivarse más o menos del régimen general, pero no podemos dejar de constatar esta tendencia del Derecho de aguas de nuestros días hacia una relativa disgregación, en aras de adaptarse a cada medio geográfico y económico en concreto” (DÍAZ LEMA, *op. cit.*, pág. 726).

(76) El estudio de las condiciones materiales y de los requisitos formales de esta declaración de zonas de agua protegida en KOTULLA, *op. cit.*, págs. 352 y ss.

Un estudio de la jurisprudencia recaída en esta materia, sobre todo en relación a la obligación de indemnización a los particulares afectados por estas declaraciones, en D. KRÖGER/F. MOOS, “Die Festsetzung von Wasserschutzgebieten in der Bewertung durch die Gerichte”, *Zeitschrift für Wasserrecht*, núm. 1, 1997, págs. 1 y ss.

Sobre el grado de discrecionalidad a la hora de fijar estas zonas de protección, *vid.* WOLF, *op. cit.*, págs. 367-368.

órdenes sobre determinadas fincas, medidas de protección incluidas en las autorizaciones sobre movimientos, allanamiento o, en fin, nivelación de terrenos.

2ª) Derechos privativos de uso –*Benutzungsrechte* (§ 3 WHG)–: en el Registro de Aguas deben inscribirse los derechos de uso del agua. En este ámbito de la regulación jurídico-pública de los derechos de uso del agua interesa diferenciar la diferente posición jurídica de los particulares que utilizan de modo privativo los cuerpos de agua en base a una autorización –*Erlaubnis* (§ 7)⁷⁷– o concesión –*Bewilligung* (§ 8)–. Estas figuras no se diferencian de forma esencial por el contenido y extensión de los derechos de uso que posibilitan, sino en la diferente posición jurídica de sus titulares, más débil y variable en el caso de la autorización, que encuentra por ello una mayor aplicación en relación a los usos del agua sobre todo para aquellos más riesgosos –sobre todo si son contaminantes– desde el punto de vista de la protección y conservación de las aguas.

Esta diferente posición jurídica de los titulares está fuertemente subrayada en la regulación marco federal. La autorización garantiza de forma revocable, según el § 7 de la Ley marco alemana, la posibilidad de usar de una forma determinada y para un fin concreto un cuerpo de agua. Puede estar limitada por un plazo, aunque no es requisito esencial. Por el contrario, la concesión –*Bewilligung*– otorga el derecho esencialmente irrevocable –con excepciones previstas en el § 12 WHG–, pero por tanto también necesariamente sometido a plazo, para un uso determinado de un cuerpo de agua (§ 8, apdo. 1, WHG). Además, de la protección jurídico-administrativa, la concesión otorga una protección frente a terceros afectados. La concesión excluye la posibilidad de exigencias legales de afectados en relación a la eliminación de molestias, dejar de hacer, instalaciones de protección y reclamaciones de indemnización (§ 11 en relación con el § 8, apdos. 3º y 4º, WHG)⁷⁸.

Por último, también son inscribibles otro tipo de autorizaciones –*Genehmigungen*– que afectan al agua. Así, de acuerdo con las leyes de los Estados, también deben inscribirse las autorizaciones por las que se autoriza el establecimiento o modificación de instalaciones en los cauces o en la zona de protección (estaciones depuradoras, bombeo, instalaciones para riego, etc.)

3ª) Derechos antiguos sobre las aguas –*alte Rechte und Befugnisse* (§§ 15 y ss. WHG)–: en interés de la claridad y seguridad jurídicas prevé el parágrafo 16 de la Ley federal la inscripción de los derechos antiguos –*alte Rechte*– y viejas autorizaciones –*alte Befugnisse*⁷⁹– en

(77) Sobre la autorización –*Erlaubnis*– en la teoría general del derecho administrativo en Alemania, vid. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8ª edición, C.H. Beck, Munich, págs. 190 y ss.

(78) R. BREUER, *Öffentliches und privates Wasserrecht*, 3ª edic., C.H. Beck, Munich, 2004, pág. 146.

Como en derecho español, esta cuestión alcanza un grado de complejidad considerable en atención a varios factores como son la posibilidad de modulación de estos institutos jurídicos por los legisladores estatales; la previsión de excepciones regladas o discrecionales en atención a los supuestos concretos y, por último, por la posibilidad de que la legislación sectorial configure de forma diferente los derechos y obligaciones respectivos de los titulares de estos títulos administrativos. Vid., en concreto, sobre la diferenciación de distintos tipos de autorización en la legislación de los Estados, BREUER, *op. cit.*, págs. 147 y ss.

(79) Hay aquí en derecho alemán una diferencia entre los títulos jurídico-administrativos que permiten el uso del agua (a primera vista tiene que ver con si existe o no derecho). Ver sobre esto, BREUER, pág. 145 –*Die Rechtsinstitute der Erlaubnis und der Bewilligung*–.

el Libro del Agua y regula su procedimiento de inscripción. Todos los antiguos derechos y viejas autorizaciones deben, en cuanto se tenga conocimiento de ellos, ser inscritos de oficio (parágrafo 16, apdo. 1°). Además, los titulares de estos mismos derechos y autorizaciones pueden ser obligados administrativamente a inscribirlos en el Registro del Agua en un plazo de tres años. Si transcurrido este plazo de tres años no se ha tenido conocimiento de estos viejos derechos y antiguas autorizaciones ni se ha procedido a su inscripción ni tampoco están inscritos en el Registro de la propiedad –*Grundbuch*– entonces se extinguen transcurridos diez años después de la orden administrativa –*öffentliche Aufforderung*–, siempre que no hayan sido ya extinguidos antes por otras razones jurídicas –*Rechtsgründe*– (parágrafo 16, párr. 2°). BREUER nos recuerda que tanto el apdo. 2° como el 3° en cuanto prevén el mantenimiento de estos viejos derechos no tienen un carácter constitutivo⁸⁰.

Aunque la Ley sólo habla de inscripción –*Anmeldung*– se trata desde el punto de vista jurídico del procedimiento de una solicitud de inscripción –*Eintragung*– en el Registro del Agua. La inscripción de un viejo derecho o de una vieja autorización es un acto administrativo de naturaleza declarativa, cuya emisión puede ser exigida a través de una acción contencioso-administrativa de obligar –*verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage*– de acuerdo con el parágrafo 42, apdo. 1°, de la Ley de lo contencioso –*VwGO*–. Si la Administración Pública hidráulica declara extinguido un viejo derecho, entonces su titular puede interponer una acción impugnatoria –*Anfechtungsklage*–⁸¹.

Las dificultades que plantean estos viejos derechos y autorizaciones sobre el agua son muchas. Además, según en qué territorios hayan surgido, tendrán un carácter público o privado. Tanto de la legislación federal como la de las leyes de agua estatales se traduce la voluntad de que, a pesar de que puedan tener acceso al registro derechos sobre aguas de naturaleza jurídico-privada, sobre todo, si fueron otorgados con anterioridad a la ley, en cualquier caso el libro de aguas no debe solaparse con el de la propiedad. Con carácter general, la doctrina mantiene que la creación de nuevos registros del agua no debe suponer sólo la transcripción de los viejos archivos sino que es también la oportunidad para “limpiar” la realidad jurídica de los derechos sobre el agua, declarando extinguidos aquellos que no sean válidos o que no se ajusten a las condiciones de su otorgamiento. Es decir, los derechos de uso del agua anteriores a la creación del nuevo registro pueden ser incorporados a éste siempre que se cumpla la finalidad de la ley de otorgar información actualizada y real sobre las relaciones jurídicas que afectan a los cuerpos de agua, por ello, no sería legítima limitar la operación a un simple vaciado de las viejas inscripciones sino que la nueva regulación incorpora un mandato práctico: la comprobación de la veracidad de las viejas inscripciones.

4ª) Otros supuestos de inscripción: la legislación de aguas de los diversos Estados alemanes ha ampliado, como se señaló, los supuestos de inscripción en el Registro de Aguas. Así, se ha establecido la obligatoriedad de inscribir las obligaciones de conservación,

(80) BREUER, op. cit., pág. 208, nota 702.

(81) Sobre la inscripción de este tipo de derechos, vid. CZYCHOWSKI, op. cit., pág. 1285.

mantenimiento y ampliación de cauces, las servidumbres administrativas necesarias para la hidrogeología, las necesarias para la modificación de cauces de las aguas superficiales, la comunicación entre embalses; las conducciones de aguas, las de utilización de instalaciones. En tercer lugar, algunos Estados han obligado a inscribir los derechos de pesca. Por último, se debe señalar que no son inscribibles las Comunidades de usuarios –*Wasser-und Bodenverbände*–, cuestión que plantea algunos problemas en algunos Estados donde estas comunidades gozan de amplios derechos y prerrogativas sin necesidad de solicitar la autorización o concesión, de modo que la falta de inscripción de aquéllas determina no sólo que en los registros de aguas no consten sus relaciones internas sino una gran parte de los usos que realizan sobre el agua estas poderosas organizaciones. Esta circunstancia viene posibilitada porque la Ley federal permite a las leyes de los Estados establecer excepciones a las obligaciones generales de autorización o concesión (§ 2.1 WHG) pero impide en gran medida, por lo menos en los territorios en los que ejercen sus derechos estas corporaciones, cumplir con la finalidad perseguida mediante la creación del registro de aguas.

C) Distinción de los libros de aguas de otros registros públicos

El concepto de registro, como categoría jurídica, nos aparece en distintos ámbitos (de comercio, de la propiedad, civil, de sociedades, etc.) y con distintas formas. Los distintos registros, además, se diferencian en su configuración jurídica. Por su parte, los registros públicos tienen ciertas características comunes: así, son creados y gestionados por autoridades administrativas, en ellos se da noticia de relaciones jurídicas, las inscripciones se llevan a cabo en la forma de documento público y pueden ser consultados por los ciudadanos –si bien en algunos se limita el acceso a aquellos ciudadanos que tengan un interés legítimo *berechtigtes Interesse*–. Pero, también dentro de la categoría de registros públicos se pueden detectar importantes diferencias en su configuración jurídica: así, en algunos de ellos la inscripción tiene carácter constitutivo mientras que en otros es simplemente declarativa; en unos la inscripción da fe pública mientras que en otros, simplemente, tiene un valor informativo.

La mayoría de la doctrina atribuye el carácter de registro administrativo al del Agua. Además, de su característica como registro público donde las inscripciones carecen de eficacia constitutiva se debe subrayar la peculiar circunstancia que se da en el derecho alemán, en el cual también tienen entrada en él normas jurídicas como forma adicional de publicidad además de la que otorga su publicación en los diarios oficiales.

Con ayuda de los anteriores criterios se puede intentar realizar una distinción de los Registros del Agua de otras instituciones similares. Así, por una parte, el criterio de distinción con el Registro de la propiedad –con el que ha sido en tiempos pasados comparado– deriva de modo claro del concepto de masas de agua de la Ley de Aguas alemana como objeto de inscripción: el registro de aguas se ocupa sólo de las relaciones jurídicas que afectan a los cuerpos de agua, el registro de la propiedad de las relaciones jurídicas sobre fincas –*Grundstücken*–. Cuando de forma excepcional se inscriben en el Registro de Agua relaciones jurídicas que afectan a fincas, se trata de forma exclusiva de relaciones jurídico-públicas. Además, se debe distinguir el Registro de Aguas de otros registros o inventarios de agua que sirven a la ordenación en diversas categorías de estas masas de agua

y que normalmente aparecen como anexos en las normas sobre agua. Estos registros son creados por las normas y la inclusión en ellos de un cuerpo de agua determinado tiene consecuencias constitutivas en cuanto a la inclusión en una determinada categoría aunque de forma general no hacen surgir o afectan a las relaciones jurídicas, en ocasiones sí pueden determinar obligaciones de protección y conservación. De este modo, el Registro de Aguas debe ser diferenciado del Registro de vertidos, extracciones o de obras hidráulicas que tienen un objetivo más concreto: recopilar información sobre autorizaciones de vertido, concesiones para extraer o construir obras hidráulicas como condición para un control de las relaciones jurídicas sobre los cuerpos de agua con la finalidad de impedir los usos del agua no autorizados.

Por otra parte, el Registro de Aguas se puede diferenciar de aquellas recopilaciones de datos técnicos y científicos desde el punto de vista hidrogeológico que sirven para la gestión y conservación técnica de las masas de agua —*Gewässerbeschreibungen*— entre las que destacan los Estudios hidrogeológicos que lleva a cabo el Instituto Federal de Hidrología⁸².

Por último, el Registro de Aguas se diferencia del catastro de aguas residuales⁸³ que contiene un inventario de los colectores, subdividido a su vez en su descripción técnica, los datos sobre su estado de conservación y los datos de proceso, y un inventario de vertidos directos e indirectos, dotado con sistemas de geoinformación (GIS) y que representa un instrumento esencial para la buena gestión y conservación del sistema de saneamiento y depuración pero además, desde la perspectiva de este estudio, un elemento esencial en la prevención de los riesgos asociados a este tipo de actividad administrativa.

Pero, sin duda, la distinción que mayor interés y problemas plantea es la del Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad. En este sentido, la antigua exigencia de equiparación de las inscripciones realizadas en el registro de aguas con el de la propiedad no tuvo acceso a la ley federal de aguas ni ha sido adoptada por las leyes de agua estatales. Para equiparar ambos registros debería existir una mayor similitud entre ambos que no existe. En efecto, el de la propiedad constituye la base que determina el tráfico jurídico privado de bienes inmuebles y los derechos sobre ambos. Las inscripciones más importantes afectan a la propiedad de fincas y los derechos sobre ellas constituidos y son, de forma casi exclusiva, de naturaleza jurídico-privada.

El Registro de la Propiedad otorga en exclusiva la seguridad jurídica necesaria para el tráfico jurídico. Las inscripciones son constitutivas de modo que no se pueden modificar, excepto mediante la fuerza de la ley, sino es a través de los propios mecanismos registrales. El Registro de la Propiedad otorga fe pública, de modo que los acreedores se pueden confiar en la veracidad de los asientos. Para que la exactitud de las inscripciones esté garantizada, se deben realizar a través de un estricto procedimiento de inscripción.

(82) Sitio web: <http://www.bafg.de/servlet/is/1/?lang=de>.

(83) Cfr. T. COSAK, *Kommunale Abwasserbeseitigung und Abgabenerhebung. Risikomanagement aus rechtlicher Sicht*, Erich Schmidt Verlag, Berlín, 2003, págs. 135 y ss.

En definitiva, para cumplir de modo adecuado las finalidades para las que está previsto el Registro de la Propiedad aspira a la mayor completitud posible de su contenido⁸⁴.

El Registro del Agua, por su parte, sirve de modo principal para el apunte de las relaciones jurídicas de carácter público. Es cierto que también tienen entrada en él relaciones de carácter privado provenientes de viejos derechos que deben ser convertidos en derechos subjetivos públicos. Las inscripciones en el Registro de Aguas no tienen en ningún caso carácter constitutivo, las relaciones preexisten a la inscripción y el hecho de la inscripción no las modifica. Por último, el Registro de Aguas no está tanto interesado en el carácter completo de la información que contiene cuanto en la relevancia para gestión de las aguas de modo que más bien debe tener un carácter selectivo.

La falta de carácter constitutivo de las inscripciones en el Registro del Agua y que ni siquiera sean determinantes de la prueba de las relaciones jurídicas inscritas, no significan que carezcan de cualquier valor. Por el contrario, la publicidad que otorga el registro tiene un valor tanto en relación a la propia Administración como a terceros interesados. En relación a la Administración, las inscripciones en el registro son importantes en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones y de elaboración de los planes en cuanto permiten identificar a los titulares de derechos que pueden verse afectados. En relación a terceros interesados, el derecho de acceso al registro les permite identificar igualmente los derechos existentes sobre los cuerpos de agua sobre los que han solicitado algún permiso o proyectan realizar una actividad. Evita igualmente la aparición de terceros desconocidos con derechos sobre el objeto de su solicitud o, desde el punto de vista de la Administración, la presentación de solicitudes llamadas a ser rechazadas por afectar a derechos preexistentes o a zonas protegidas.

D) Procedimiento y principios que regulan las inscripciones en el Registro de Aguas. En especial, la rectificación de inscripciones

La forma de la inscripción en los Registros del Agua requiere documento público; de hecho, en conjunto el registro de aguas puede ser considerado como una recopilación de documentos públicos. El concepto de documento público se define en el § 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana –*Zivil Prozess Ordnung*– como aquel que ha sido realizado por una autoridad pública en el ámbito de sus competencias. Con esta definición se corresponden las inscripciones en el Registro de Aguas en cuanto son realizadas por las autoridades públicas del agua en el ámbito de las competencias que le atribuye la Ley. Las inscripciones certifican que han sido realizadas por la autoridad encargada a la vista de y de acuerdo con las relaciones jurídicas. Estos documentos hacen prueba *ex lege* sin que sea necesario probarlas en cada caso.

La regulación de las condiciones de inscripción en el Libro de Aguas está establecida por los Estados. En principio, esta actividad se rige por el principio de inscripción de oficio. La Ley federal de aguas establece el principio de inscripción de oficio de modo que, con carácter general, no las hace depender de una solicitud. Sin embargo, es cierto que, de

(84) Para un estudio de las inscripciones en el registro de la propiedad que afectan a la titularidad del agua, vid. DÄHNE, op. cit., pág. 175.

forma expresa, este principio de oficialidad se establece en la Ley federal solamente para los viejos derechos y autorizaciones de los que tenga conocimiento la Administración del agua. Así, cuando señala la obligación de inscripción de éstos no se refiere a la necesidad de una solicitud de sus titulares. Pero el mandato federal legislativo y el establecimiento de determinadas obligaciones de inscripción no dejan lugar a dudas sobre la exigencia de oficialidad de las inscripciones en la Ley federal⁸⁵. Como afirma KNOOP, el principio de oficialidad en las inscripciones presupone que la autoridad competente debe comprobar de oficio que la relación jurídica que se pretende inscribir realmente existe. Esta investigación no supone una actividad complicada en relación con las autorizaciones y concesiones que se han otorgado de acuerdo con la legislación marco de aguas. En relación a los viejos derechos y autorizaciones resulta frecuente, por el contrario, que la investigación sobre la realidad de las relaciones jurídicas que subyacen a los títulos sea complicada⁸⁶.

La finalidad de no sobrecargar los registros con inscripciones que carezcan de importancia desde el punto de vista de la gestión y conservación del agua determina el principio legal de no inscripción de las autorizaciones provisionales⁸⁷. CZYCHOWSKI ejemplifica, en este sentido, que no se deben inscribir, entre otras, las autorizaciones provisionales para investigación de aguas subterráneas, ni las autorizaciones para vertidos desde instalaciones de depuración domésticas cuando se vaya a producir de forma inminente su conexión con las redes de canalización⁸⁸. Por su parte, KNOOP señala que ni la Ley marco ni las leyes de los Estados –tampoco, en sus desarrollos reglamentarios– precisan el término “provisionales”, de modo que, en su opinión y con apoyo en alguna regulación estatal, debe entenderse que un plazo superior a tres años no debe ser entendido a estos efectos como provisional⁸⁹.

En realidad, la Ley federal no regula las consecuencias de las inscripciones, cuestión que, de nuevo, queda remitida a los legisladores estatales. En relación a los viejos derechos y autorizaciones la WHG tan sólo manifiesta que a los diez años, si no han sido inscritos, se extinguirán (véase el § 16.2.3). De este modo, el legislador federal ha evitado de forma consciente el anudar determinadas consecuencias jurídicas a las inscripciones en los registros del agua. En realidad se planteó la posibilidad de atribuir a la inscripción consecuencias

(85) MENSING, *op. cit.*, págs. 62 y ss.

Por su parte, DÄHNE atribuye carácter obligatorio a las inscripciones sólo para los viejos derechos y autorizaciones (DÄHNE, *op. cit.*, pág. 175).

(86) KNOOP, *op. cit.*, pág. 7.

Este mismo autor añade que en algunas leyes estatales se ha introducido por ello la fórmula de los “derechos y autorizaciones declaradas” –*behauptete Rechte und Befugnisse*– que se aplica a aquellas inscripciones para las cuales, ni de oficio ni por el beneficiario, se haya podido aportar una prueba segura de que el viejo derecho o la antigua autorización todavía están vigentes. En tanto en las respectivas regulaciones estatales no se contemple de forma expresa la acreditación –*Glaubhaftmachung*– como una prueba suficiente, se deben aplicar las reglas generales de prueba del Derecho administrativo (*ibidem*, pág. 7).

(87) Sólo se refiere a las *Erlaubnisse*. Para las *Bewilligung*, debido a las exigencias del procedimiento de otorgamiento establecidas en el § 8.2 WHG, no pueden, en ningún caso, ser temporales aun cuando se concedan para finalidades transitorias. *Vid.*, sobre esta cuestión, KNOOP, *op. cit.*, pág. 4.

(88) CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1289.

(89) KNOOP, *op. cit.*, pág. 4.

similares a la inscripción en el Registro de la Propiedad pero, finalmente, esta materia se remitió, conforme se ha señalado, al legislador estatal⁹⁰. De este modo, los legisladores estatales eran pues libres para anudar las consecuencias jurídicas de las inscripciones en el Registro de Aguas dentro de las posibles establecidas por el ordenamiento jurídico desde la constitutiva, probatoria, de presunción o, incluso, con un simple carácter informativo.

La consecuencia de la inscripción, de acuerdo a lo establecido en la Ley federal y, sobre todo, en la legislación de aguas de los Estados alemanes, no produce efectos jurídicos constitutivos ni modificativos y no son determinantes como medio de prueba de las relaciones jurídicas inscritas. Como ejemplifica CZYCHOWSKI: “si se inscribiera una relación jurídica, por ejemplo una autorización, que en realidad no existiera, esto no crea ningún derecho al uso del agua; si se elimina del Registro una relación jurídica, esto no tiene ninguna relevancia sobre su efectiva existencia. Quien afirma la existencia de una relación jurídica, la debe probar, esté inscrita o no. Lo mismo se aplica a quien alegue la extinción, aun cuando haya sido declarada extinguida en el registro”⁹¹.

La rectificación es la modificación de una inscripción con el objetivo de hacerla coincidir con la realidad jurídica o material y puede determinar incluso su cancelación. En realidad, la propia regulación del Registro de Aguas tiene pleno sentido cuando las inscripciones se mantienen de forma continuada acordes con los derechos o las modificaciones normativas. Se debe recordar, en este sentido, que en el ordenamiento alemán el Registro de Aguas debe servir para informar de forma fidedigna a la Administración y a los particulares sobre las relaciones jurídicas que afectan a los cuerpos de agua. Así, como subraya KNOOP, “la Ley marco de aguas y las leyes de aguas de los Estados hablan sólo de ‘inscripciones’ en el Registro de Aguas. El concepto de inscripción incluye no sólo la admisión al registro de los derechos, autorizaciones, etc., sino también la cancelación de inscripciones y su rectificación. Precisamente el sentido y finalidad del Registro de Aguas –aportar información sobre las situaciones jurídicas relevantes que afectan a los cuerpos de agua– exige que el Registro esté siempre puesto al día, esto es, que las inscripciones de derechos extinguidos sean canceladas o que las inscripciones incorrectas, cuando se detecte el error, sean corregidas”⁹².

De este modo, para que la confianza en la fidelidad del Registro a la realidad exista y se mantenga resulta necesario corregir aquellas inscripciones que sean inexactas –*unrichtig*– o ilícitas –*unzulässig*–. Sin embargo, las leyes estatales a pesar de la importancia señalada no regulan el procedimiento de cancelación limitándose a señalar que los derechos extinguidos deben ser eliminados. Sin embargo, de ello no debe concluirse que las leyes estatales no otorgan la importancia debida al mantenimiento de la corrección de las inscripciones sino, más bien, que lo consideran un procedimiento que debe ser regulado en los reglamentos⁹³.

(90) MENSING, *op. cit.*, pág. 75.

(91) CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1285.

(92) KNOOP, *op. cit.*, pág. 7.

La necesidad de mantener un sistema continuo de corrección y rectificación de las inscripciones para el adecuado cumplimiento de las funciones asignadas al registro es subrayada también por CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1286.

(93) MENSING, *op. cit.*, pág. 88.

Los supuestos que pueden provocar una modificación de las inscripciones son dos. Por una parte, el carácter ilícito de la inscripción que se produce cuando carece de algunos de los requisitos esenciales para que se produzca. En relación a relaciones jurídicas recientes este supuesto se presentará sólo muy ocasionalmente pero se podría producir cuando, por ejemplo, se haya inscrito una relación jurídica que, de acuerdo a la legislación de aguas, no sea inscribible por referirse al derecho de propiedad. La inscripción de autorizaciones provisionales o las derivadas de actos administrativos no firmes no deben considerarse como ilícitas⁹⁴.

Por otra parte, el carácter inexacto de la inscripción constituye otro supuesto susceptible de rectificación. En este sentido, son inexactas aquellas inscripciones cuyo contenido no se corresponde con la realidad jurídica o material de la relación jurídica que las fundamenta. Desde este punto de vista, resulta irrelevante si la inexactitud existía ya antes de su admisión en el Registro o ha sido motivada por sucesos posteriores. También se puede prescindir de la causa de la inexactitud —si se debe o no a la extinción del derecho—, lo realmente importante es la falta de concordancia con la realidad jurídica o material. En el caso de inscripciones de normas jurídicas, la inexactitud puede derivar de la falta de concordancia del texto inscrito con la redacción vigente o con la literalidad de la norma. En el caso de inscripciones que afecten a derechos subjetivos, la inexactitud se produce cuando los derechos ya no existen o cuando no tienen ni el contenido ni el ámbito que se deduce de la inscripción. También cuando, por último, no pertenecen al titular inscrito.

De forma general y de acuerdo con el principio señalado de oficialidad en las inscripciones, las rectificaciones se producirán de oficio en cuanto que es la propia Administración la más interesada en la exactitud de las inscripciones registrales. Naturalmente es razonable pensar que una rectificación, aun llevada a cabo de oficio, puede tener como base una petición razonada de otra Administración —por ejemplo, la que modificó la norma o la que priva de validez o eficacia a un acto administrativo—, o de otro poder público —por ejemplo, por el órgano judicial que dicte una sentencia que afecta a derechos inscritos—.

Por último, se debe reseñar que la inscripción no es un procedimiento de relevancia administrativa exclusivamente interna; por el contrario, los efectos *ad extra* que produce determinan su naturaleza de acto administrativo⁹⁵. Desde este punto de vista, el rechazo de una inscripción constituye un acto administrativo recurrible a través de una acción de obligación —*Verpflichtungsklage*—. En el caso de una inscripción incorrectamente admitida se debe recurrir mediante una acción impugnatoria —*Anfechtungsklage*—⁹⁶.

(94) La exigencia de que los actos administrativos sean firmes —*bestandskräftig*— en CZYCHOWSKI, op. cit., pág. 1286.

(95) *Ibidem*, pág. 1287.

(96) MENSING, op. cit., págs. 101 y ss.

La consideración de la actividad administrativa en relación a las inscripciones en el registro como acto administrativo y la posibilidad de recurrir estas decisiones en KNOOP, op. cit., pág. 7^a.

E) El derecho de acceso a los registros del agua

a) En general, la creciente importancia del derecho de acceso a la información ambiental

La necesidad e importancia de los registros administrativos se subraya también desde la perspectiva de la plena y eficaz participación de los ciudadanos en la protección del medio ambiente que exige que éstos dispongan previamente de la información que obra en poder de las Administraciones Públicas. Subraya LOZANO⁹⁷ que el derecho ambiental se encuentra en el camino de un reconocimiento pleno del derecho de los ciudadanos, de forma individual o colectiva, a participar en la protección del medio ambiente tanto a través de las normas comunitarias como en el ámbito internacional. En este sentido, el derecho comunitario tuvo desde la Directiva de 1990, hoy sustituida por la vigente *Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso del público a la información medio ambiental*, el claro objetivo de garantizar el acceso público a la información que sobre medio ambiente se encuentre en poder de las autoridades públicas y de particulares que gestionen servicios de carácter ambiental.

Frente a esa visión amplia y generosa del derecho comunitario en materia de acceso a la información ambiental —que no ha hecho sino incrementarse con el tiempo a través de la ratificación del *Convenio de Aarhus* sobre “El acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales” de 1998⁹⁸— el legislador español ha mantenido una visión mucho más restrictiva en la tradición del secretismo y del dominio burocrático de la información típicos de la Administración española. Sin embargo, la propia *Constitución española de 1978* exigió que se regulara mediante Ley este derecho de acceso a la información administrativa [en su artículo 105, letra b), que recoge este derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas]. Este mandato constitucional no tuvo respuesta hasta el año 1992 en que se aprobó la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* que reconoció, entre otros derechos de los administrados frente a la Administración, este de acceso a los registros y archivos administrativos (artículo 37 de la LRJPAC).

El carácter restrictivo con que el legislador español afrontó la regulación de este derecho queda sintetizado en los siguientes elementos: sólo pueden pedir esta información los “ciudadanos españoles”, que además deben tener un “interés legítimo y directo” en obtener la información solicitada (lo que deja fuera, desde luego, a los periodistas). La información debe ser suministrada por la “Administración Pública” lo que deja fuera del deber de proporcionar información a las empresas privadas que gestionan importantes parcelas de la actividad ambiental. En relación a qué información debe proporcionarse la Ley exige que ésta debe formar parte de un “expediente administrativo” que además debe estar concluido, lo que deja fuera todos aquellos informes, estudios, valoraciones,

(97) B. LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, 5ª edición, Madrid, 2004, págs. 205 y ss.

(98) Las implicaciones en el proceso de toma de decisiones ambientales en la Unión Europea derivadas de la Convención de Aarhus en C. PLAZA MARTÍN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo blanc, Valencia, 2005, págs. 391 y ss.

inspecciones, etc. (“información viva”), en poder de la Administración. Por último, el legislador permite a la Administración denegar la entrega de la información solicitada, incluyendo motivos que van más allá de los exigidos por la Constitución y que otorgan una fuerte discrecionalidad a la Administración (sobre todo cuando se señala que aquella se podrá denegar por motivos de “interés público”).

Este conjunto de insuficiencias de la legislación administrativa general en materia de acceso a la información ambiental obligó al legislador español a dictar una Ley específica en materia de acceso a la información ambiental, la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, que cumpliera de un modo más adecuado las exigencias que en esta materia impone el derecho comunitario⁹⁹.

Este derecho a la participación tiene pues un presupuesto esencial en la garantía del acceso a la información, tanto en su vertiente pasiva (derecho de los ciudadanos a solicitar la información) como activa (deber de las AAPP de difundir la información ambiental disponible). A su vez, este derecho de acceso a la información genera, entre sus múltiples obligaciones y compromisos, la de que los datos proporcionados sea fiables, que las AAPP lleven a cabo una labor eficaz, exhaustiva y coordinada sobre los datos de relevancia ambiental. Y no sólo las AAPP. Como señala LOZANO “las Directivas europeas analizadas que garantizan el acceso de los ciudadanos a la información ambiental y sus correspondientes transposiciones al ordenamiento interno español aseguran únicamente ... el acceso a la información en poder de las autoridades públicas, no estableciendo ninguna disposición aplicable a las personas físicas o jurídicas de carácter privado”¹⁰⁰.

Existe una creciente tendencia a incorporar al sector privado la obligación de facilitar al público determinada información de carácter ambiental cuando ésta reviste especial importancia para la preservación del entorno y la salud y la calidad de vida de los ciudadanos. En este sentido, se pueden señalar ciertas tendencias en el ordenamiento español que refuerzan las obligaciones privadas en relación a las actividades de relevancia ambiental. Así, en España, la información sobre la situación ambiental de la empresa que se desprende de su cuenta de resultados resulta cada vez más asequible a cualquier persona física o jurídica, dado que las cuentas anuales de las empresas (que constan del balance, de la cuenta de pérdidas y ganancias, y de la memoria anual) se depositan en el Registro mercantil, que es una institución que cumple, entre otras funciones, “el depósito y publicidad de los documentos contables” de las empresas, correspondiendo al Registrador Mercantil el tratamiento de los asientos registrales “de modo que se haga efectiva su publicidad directa” (artículos 2 y 12 del Reglamento del Registro mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio). De esta forma, las empresas y demás entidades jurídicas se han hecho más transparentes en cuanto a su situación ambiental, aunque sea

(99) La Ley 38/1995 debió ser reformada en 1999 para poder cumplir con las exigencias comunitarias en esta materia. En la actualidad, España ha incumplido los plazos de incorporación de la Directiva de 2003 en materia de acceso a la información ambiental.

(100) LOZANO, *op. cit.*, pág. 223.

a través de la información indirecta que puedan aportar las cuentas anuales en cuanto reflejen una imagen fiel de los aspectos ambientales de la empresa¹⁰¹.

b) En especial, el derecho de acceso a los registros del agua como instrumento de la participación pública en este ámbito

El carácter público de los registros del agua implica que éstos no sirvan de forma exclusiva al funcionamiento interno de la Administración sino que, por el contrario, estén también al servicio de los intereses de los particulares. Sin embargo, se debe subrayar que el derecho de acceso regulado en el § 42.3 del Proyecto de Ley federal que regulaba este acceso público (“El acceso al registro del agua está autorizado a cualquiera que tenga un interés legítimo –*berechtigtiges Interesse*–. También se pueden exigir copias auténticas con la misma condición”) no fue, finalmente, incorporado a la redacción final de la Ley por motivos competenciales al estimar que tenía un carácter procedimental que invadía la competencia de los Estados.

Sin embargo, la mayoría de las leyes de los Estados ha regulado con posterioridad este derecho de acceso que se derivaba como consecuencia natural del mismo carácter público de los registros del agua¹⁰². Los Estados no han configurado, de este modo, un registro de aguas de forma limitada como un simple instrumento administrativo interno de información sino que, por el contrario, han afirmado la posibilidad de que terceros accedan al contenido del registro¹⁰³.

El derecho de acceso se configura como un derecho subjetivo público cuya denegación puede ser recurrida. Sin embargo, los funcionarios gozan de discrecionalidad para determinar la existencia de un interés legítimo que justifique el acceso solicitado¹⁰⁴.

El concepto de interés legítimo como requisito para permitir el acceso al registro plantea, por otra parte, problemas interpretativos¹⁰⁵. Se considera interés legítimo aquel que se justifica en una consideración razonable –*vernünftige Erwägung*– y en un análisis experto –*vers-*

(101) Cfr. LOZANO, *op. cit.*, pág. 225.

(102) MENSING, *op. cit.*, pág. 95.

(103) Para KNOOP, por el contrario, de la regulación contenida en la Ley marco no debe necesariamente derivarse el derecho de acceso a los datos del registro. Vid. KNOOP, *op. cit.*, pág. 8.

Se debe reseñar la posibilidad de acceso telemático a los Registros del Agua en Alemania, donde se están configurando de forma digital. En el sitio web http://www.thueringen.de/de/tlvwa/loader.asp?datei=http://www.thueringen.de/de/tlvwa/umwelt/wasser/u4/u_start.html se puede acceder, por ejemplo, al E-registro de Aguas del Estado de Turingia.

En el Estado de Sajonia, el Registro digital de aguas se ha regulado, con apoyo en el § 37 WHG y en el § 105 de la Ley de Aguas de Sajonia, de 21 de julio de 1998, mediante el Reglamento sobre la gestión de los Registros del Agua, de 8 de enero de 1999 (vid. el sitio web http://www.rp-dresden.de/service/formulare/6/62/anmeldung_altrechte_merkblatt.pdf).

En el Estado de Renania-Palatinado, el Registro de Aguas telemático se regula mediante Reglamento, de 15 de enero de 2004 (Vid. sitio web http://www.lexisnexis.de/aedoku?STWT=0+DIGIWAB%2CRP&rechtsstand_datum=2004-01-01&aenderung=111791&PHPSESSID=62bf924a5e2b1a56d52898c8b651a3a4).

(104) La posibilidad de conflicto de este derecho de acceso con la legislación de protección de datos en CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1287.

(105) Cfr. KNOOP, *op. cit.*, pág. 8.

tändiger Würdigung— y no presupone la titularidad del derecho inscrito. Como señala DÄHNE, por interés legítimo debemos entender también un interés científico¹⁰⁶. CZYCHOWSKI admite también el interés histórico, estadístico y el que ostentan los medios de comunicación para el ejercicio de sus funciones y el de las asociaciones ecologistas o ciudadanas interesadas en la protección y conservación de la naturaleza: “una interpretación más restrictiva del interés que justifique al acceso al registro no sólo supondría desconocer la finalidad del registro sino una infracción de la Directiva sobre libre acceso a la información ambiental”¹⁰⁷. Ahora bien, el derecho de acceso y de obtener copia está excluido para aquellas inscripciones que afecten a materias protegidas por el secreto industrial¹⁰⁸.

El legislador alemán introdujo, en la reforma de la Ley marco de 2002 (7ª Ley de modificación de la WHG, de 18 de junio de 2002, que trae causa de la obligación de incorporación de la Directiva marco de aguas, en concreto, de lo establecido en su artículo 15), un nuevo precepto —§ 37a WHG¹⁰⁹— que regula, con carácter general, el suministro y la transmisión de información en el ámbito del derecho de aguas. La finalidad del precepto tiende a garantizar un acceso e intercambio de información entre las Administraciones del Agua alemanas —de la Federación y de los Länder— y, en la medida que sea necesario para la planificación y gestión de las cuencas interestatales, entre el Estado alemán y otros Estados miembros de la Comunidad Europea.

En este sentido, se puede afirmar que este § 37a supone una aplicación específica del principio constitucional “cooperación interadministrativa en materia de aguas”. Por otro lado, subraya la necesidad de colaboración entre todas las autoridades implicadas para la correcta ejecución de los objetivos establecidos en el marco comunitario de la política de aguas. En concreto, la DMA establece fuertes obligaciones de comunicación derivadas de su artículo 5, en relación a cada una de las demarcaciones hidrográficas de los Estados miembros: análisis de sus características, control de las consecuencias de las actividades humanas sobre el estado de las aguas superficiales y de las subterráneas, así como un análisis económico del uso del agua de acuerdo con las especificaciones técnicas incluidas en los anexos II y III de la Directiva. Todos estos informes requieren de un completo intercambio de datos y de unas líneas de comunicación mucho más intensas que las que se venían produciendo hasta la actualidad.

(106) DÄHNE, *op. cit.*, pág. 175.

(107) CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1288, con cita de la regulación de este aspecto esencial en las diferentes Leyes de aguas de los Estados.

(108) *Ibidem*, pág. 1289.

(109) El precepto establece que “1. La adquisición y transmisión de informaciones, incluidos los datos de carácter personal, que sean necesarias para la ejecución de actos jurídicos de la Comunidad Europea, de acuerdos interestatales o de normas jurídicas internas en el ámbito de la gestión de aguas, se regula por el derecho estatal. Se debe garantizar la gratuidad de la transmisión por las autoridades estatales a otros Estados —Länder— o a las autoridades federales de la información y de los datos existentes. 2. Las autoridades federales pondrán a disposición de forma gratuita de las autoridades estatales que lo soliciten las informaciones exigibles de acuerdo con el apartado primero, incluidos los datos de carácter personal. 3. Las disposiciones para la protección de los datos personales no quedan alteradas.”

Sobre el contenido del precepto y su relación con la protección de datos personales, *vid.* KNOOP, *op. cit.*, págs. 3-6.

En España, la reciente aprobación de la Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, debe suponer un impulso a la modernización y perfeccionamiento de los Registros del Agua como poderoso instrumento para asegurar el libre acceso y la fiabilidad de los datos que en ellos se recogen.

IV. CONCLUSIONES

El estudio comparado ha demostrado que, tanto en España como Alemania, hace tiempo que se sintió la necesidad de registrar los derechos existentes sobre las masas de agua para permitir una más correcta gestión y planificación por parte de la Administración Pública de las Aguas. También en los dos países se ha comprobado la dificultad de su puesta en funcionamiento y la insuficiencia de medios materiales y personales de que han adolecido las Administraciones respectivas para asegurar su funcionamiento eficiente. Sin embargo, las exigencias derivadas del cumplimiento de los objetivos establecidos por la Directiva marco de Aguas, tanto en lo que se refiere a la planificación y gestión de las aguas, como sobre todo en relación al deber de colaboración interadministrativa y de participación pública en las decisiones en materia de aguas obligan a reconsiderar y reforzar el papel prácticamente residual hasta ahora atribuido a los Registros del Agua.

El estudio ha puesto de manifiesto, en segundo lugar, que el Registro de Aguas español se corresponde por su finalidad con el alemán en cuanto ambos están concebidos como una recopilación de derechos de uso de agua para permitir una visión y un control por la autoridad pública. Además, la inscripción en los registros se produce en ambos países de oficio y tiene una consecuencia declarativa en relación a los derechos documentados para cuya existencia material resulta esencial el previo acto de concesión o autorización.

Por otra parte, la investigación realizada demuestra la existencia de diferencias importantes en la concepción y regulación del instituto. Así, aún con las limitaciones que ha puesto de manifiesto la doctrina más especializada¹¹⁰, el Registro de Aguas español tiene, a diferencia del alemán, una función protectora de los titulares inscritos. La posibilidad prevista en la Ley de Aguas española de exigir a la Confederación hidrográfica la protección de los derechos inscritos no existe en el derecho alemán. Además, la inscripción en el Registro de Aguas español genera una especial relación con la Administración que, en el procedimiento de otorgamiento de nuevos derechos al uso del agua, debe respetar los derechos registrados. En Alemania, por el contrario, el registro tiene una simple función de control administrativo.

La función defensiva adicional del Registro de Aguas español ha ofrecido a la doctrina alemana sugerencias para la reforma del instituto en Alemania. En este sentido, subraya DÄHNE que la función protectora de la situación jurídica de los titulares de derechos que ofrece el registro español constituye un complemento razonable de la finalidad de control por la Administración de los derechos de uso existentes. La incorporación de esta función

(110) Vid. *supra* la referencia a los estudios de MOREU.

en el registro alemán presupone adoptar la decisión importante de otorgar un cierto rango superior a los derechos de agua existentes respecto de los que se puede conceder en el futuro¹¹¹.

Por último, se deben subrayar las diferentes relaciones que se producen entre el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad en ambos ordenamientos. En este sentido, si bien la función del registro de la propiedad en España y Alemania son similares, sin embargo, una diferencia notable entre los dos registros está representada por la posibilidad de que en el Registro de la propiedad español se inscriban no sólo la titularidad privada sobre aguas sino también los derechos de uso concedidos por la Administración de modo que se producen entre ambos solapamientos y, en su caso, diferencias en relación a las titularidades de derechos de agua inscritos. En el derecho alemán, esta circunstancia no es posible porque en su Registro de la Propiedad sólo tienen entrada los derechos de titularidad privada y no los títulos administrativos que legitiman el uso de aguas públicas.

La inscripción de los derechos de uso del agua en el Registro de la Propiedad española de forma adicional a su inscripción en el Registro de Aguas es relevante en cuanto facilita el tráfico jurídico de los títulos y su transmisión a terceros. Como el derecho alemán no contempla la posibilidad de transmisión *intervivos* de un derecho público de uso a otro titular, no ha sido necesario hasta ahora introducir la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos de uso concedidos por la Administración. La doctrina alemana señala, sin embargo, que la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos de uso de agua existentes sobre la finca facilitaría al adquirente el conocimiento del estado de los derechos adquiridos.

Ahora bien, en el caso de que se permitiera en el derecho alemán esta posibilidad de transmisión de los derechos de uso de agua sería recomendable, como apunta *de lege ferenda* DÄHNE, la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos de usos de agua para permitir, por una parte, una adquisición de buena fe de esos derechos y, por otra, permitir un control administrativo de la transmisión de la autorización. El mismo objetivo se podría lograr si se anudara a la inscripción en el Registro de Aguas la fe pública que sí otorga la inscripción en el de la propiedad, pero la ampliación de las funciones del Registro de la Propiedad permitiría una concentración en un registro de las informaciones jurídicamente relevantes sobre una finca que sería mucho más útil para los titulares de derechos¹¹².

(111) DÄHNE, *op. cit.*, pág. 176.

A pesar del mero valor probatorio de las inscripciones en el registro, destaca sin embargo CZYCHOWSKI que, desde el punto de vista práctico, los titulares de derechos inscritos tienen ciertas ventajas respecto de la adjudicación de nuevos derechos de uso. Así señala que al ser conocidos por la Administración deben ser notificados de las nuevas solicitudes de derechos y que la infracción de este deber puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad y a la obligación, por tanto, de indemnizarlos. Además, las objeciones de los titulares inscritos respecto de las nuevas solicitudes de derechos pueden dar lugar a un acuerdo compensatorio –*gütlicher Ausgleich*– entre ellos. Cfr. CZYCHOWSKI, *op. cit.*, pág. 1285.

(112) DÄHNE, *op. cit.*, pág. 177.

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; particularmente, en lo que concierne a los principios generales, a las cuestiones prejudiciales y a la libre circulación de mercancías.

2. PRINCIPIOS GENERALES

En la STPI de 14 de julio de 2006, As. T 417/05, que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2005 por la que se declara que una concentración no tiene dimensión comunitaria (Asunto COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa), el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia sobre el denominado principio de ventanilla única que permite evitar que se desarrollen en paralelo procedimientos comunitarios y nacionales. Endesa sostuvo en el proceso judicial que, durante el desarrollo del procedimiento relativo a la determinación de la autoridad competente, la Comisión debería haber solicitado la suspensión del procedimiento nacional que estaba desarrollándose en paralelo ante las autoridades españolas de defensa de la competencia. Alegó que el hecho de que no se solicitase dicha suspensión constituía un grave vicio de procedimiento. Para Endesa la suspensión era necesaria en virtud del artículo 21, apartado 3, del Reglamento del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1), que obliga a los Estados miembros a abstenerse de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria, y como consecuencia del deber general de colaboración al que se refiere el artículo 10 CE. Por otra parte, hay tener en

cuenta que, si el artículo 22 del Reglamento impone la suspensión de los plazos nacionales hasta que la Comisión decida sobre su competencia, con el objetivo de evitar procedimientos paralelos, debería haberse aplicado la misma lógica una vez observado que existe una laguna en el Reglamento en relación con la decisión que determine si la operación de concentración tiene o no dimensión comunitaria. El hecho de que la Decisión se adoptase sin respetar uno de los principios generales del sistema de control de las concentraciones, a saber, el principio de ventanilla única que permite evitar que se desarrollen en paralelo procedimientos comunitarios y nacionales, vicia de nulidad esta Decisión. Además, Endesa afirma que el hecho de obligarla a actuar simultáneamente ante las autoridades comunitarias y nacionales constituye una violación de su derecho de defensa. La violación de este derecho constituye un motivo de anulación según jurisprudencia reiterada (Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, Rec. p. 5193, y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric/Comisión*, T-310/01, Rec. p. II-4071).

Sin embargo, el TPI considera en su Sentencia de 14 de julio de 2006 que la demandante, que fue precisamente quien solicitó la intervención de la Comisión, no ha demostrado en qué medida ni por qué le resultó difícil defender su posición ante varias autoridades simultáneamente, ni cómo pudo influir esta circunstancia en la Decisión. Por otra parte, es necesario observar que cuando no existe dimensión comunitaria es frecuente que las empresas deban notificar las operaciones de concentración a varias autoridades nacionales. Por tanto, el Tribunal desestimó las alegaciones de Endesa.

Idéntico pronunciamiento desestimatorio adoptó el TPI en relación con la pretensión de la empresa española de que se declarara la infracción del principio de seguridad jurídica. Endesa alegó que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que este principio garantiza que la normativa sea “clara y precisa, con el fin de que los justiciables puedan conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia” (Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1981, *Gondrand Frères y Garancini*, 169/80, p. 1931; de 13 de febrero de 1996, *van Es Douane Agenten*, C-143/93, Rec. p. I-431, apartado 27, y de 14 de abril de 2005, *Bélgica/Comisión*, C-110/03, Rec. p. I-2801). Ello no significa que la determinación del volumen de negocios deba ser “fácil” en todos los casos, ni justifica que no se tome en consideración toda la información disponible. Endesa recordó que la conciliación de cuentas es una obligación derivada de normas comunitarias que cualquier operador prudente debe conocer desde hace varios años y que la protección de los derechos de los operadores económicos no está justificada “cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida comunitaria” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004, *Di Lenardo Adriano y Dilexport*, C-37/02 y C-38/02, Rec. p. I-6911, apartado 70).

Ahora bien, para el TPI, basta observar que las cuentas auditadas ofrecen mayores garantías objetivas, dado que comprometen la responsabilidad de la empresa y del auditor. Por el contrario, lo que sería incompatible con el objetivo consistente en aplicar criterios senci-

llos y objetivos para la determinación de la dimensión de una concentración sería utilizar cuentas que no han sido aprobadas por los accionistas ni confirmadas por una auditoría externa. Debe recordarse que el propio fundamento del sistema de umbrales establecido por el artículo 1 del Reglamento es proporcionar un método sencillo y eficaz para determinar la autoridad competente. Como ha alegado acertadamente la Comisión, el uso de cuentas oficiales y auditadas y la limitación de los ajustes practicados en dichas cuentas, en principio, a los que sean estrictamente indispensables a la luz del artículo 5 del Reglamento son elementos esenciales de este método sencillo, previsible y eficaz. Por otra parte, para el Tribunal aceptar la tesis de Endesa equivaldría a admitir que en cualquier operación de concentración la Comisión debe efectuar un examen contable previo para comprobar que las cuentas de las empresas afectadas son conformes a los principios expuestos en el artículo 5 del Reglamento (fundamentos jurídicos 180 y siguientes de la STPI de 14 de julio de 2006).

3. FUENTES

En el período de referencia, y sin novedades sustanciales, podemos destacar los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia en materia de fuentes comunitarias.

En cuanto al momento de constatación del incumplimiento de un Estado de la obligación de adaptar su Derecho al comunitario, dicho momento vendrá determinado por la situación normativa que tuviera el Estado al finalizar el plazo señalado en el dictamen motivado (SSTJCE de 18 de mayo de 2006, As. C-343/05, Comisión c. República de Finlandia, fundamento 9º y de 21 de septiembre de 2006, As. C-100-06, Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo, fundamento 11º), de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto (STJCE de 1 de junio de 2006, As. C-475/04, Comisión c. República Helénica, fundamento 9º).

Por su parte, las SSTJCE de 1 de junio de 2006, As. C-475/04, Comisión c. República Helénica y de 21 de septiembre de 2006, As. C-100/06, Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo, también reiteran la imposibilidad de que un Estado miembro alegue disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar la no adaptación del mismo a una Directiva en el plazo establecido (fundamentos 10º y 12º, respectivamente).

Finalmente, interesante resulta la STJCE de 26 de octubre de 2006, As. C-317/05, Pohl-Boskamp c. Gemeinsamer Bundesausschuss, que recuerda la doctrina del efecto directo de las Directivas comunitarias. En efecto, en su fundamento 40º, destaca el Tribunal de Justicia que la aplicación directa de una Directiva, cuando un Estado no la ha adaptado al Derecho nacional en plazo o lo hubiera hecho incorrectamente, va a permitir su invocación contra el Estado incumplidor por el/los particular/es afectado/s ante el órgano jurisdiccional nacional siempre que la Directiva en cuestión no esté sujeta a condición alguna y sea suficientemente precisa. En el fundamento 41º el citado pronunciamiento va a definir tales requisitos, a saber:

– Una disposición comunitaria es “incondicional” si establece una obligación no sujeta a requisito alguno ni supeditada, en su ejecución o efectos, a la adopción de ningún acto de las instituciones comunitarias o de los Estados miembros.

– Una disposición comunitaria es “suficientemente precisa” para ser susceptible de invocación por los particulares y de aplicación por los jueces si establece una obligación en términos inequívocos.

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica ha continuado *in crescendo* el número de sentencias recaídas en recurso de anulación y de omisión. No obstante, no se han producido evoluciones doctrinales que hayan supuesto un vuelco de la línea jurisprudencial continuada por parte del TJCE y del TPI. Sin embargo podemos reseñar el contenido de algunas de estas sentencias.

En la **STJCE de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, As. C-168/05**, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) interpretó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, estableció que en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, este órgano jurisdiccional nacional también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo. Así en el fundamento jurídico trigésimo noveno de esta sentencia el Tribunal de Justicia sostuvo que “un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación”.

Respecto a la garantía como tutela judicial efectiva que supone el recurso de anulación podemos recordar, por un lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia, Comisión/Francia, Asunto C-232/05, en la cual el Tribunal de Justicia sostuvo que el beneficiario de una ayuda declarada incompatible no puede cuestionar la decisión de recuperación de esta ayuda ante los órganos jurisdiccionales nacionales basándose en la ilegalidad de la decisión comunitaria pues si esto sucediera conllevaría de forma asociada reconocer al particular la facultad de obviar el carácter definitivo que frente a él tiene la decisión una vez expirado el plazo para recurrir establecido en el artículo 230 CE, párrafo quinto. En este supuesto, la ilegalidad de la decisión de la Comisión relativa a la recuperación de las cantidades adeudadas se encuentra reservada al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, que debe resolver en el marco de un recurso de anulación interpuesto ante él. Igualmente, respecto a la tutela judicial efectiva, por otro lado, podemos recordar la interpretación restrictiva de la legitimación de los particulares por parte del abogado general Paolo Mengozzi en sus conclusiones presentadas el día 26 de octubre de 2006 en el Asunto C-354/04 P, Gestoras Pro Amnistía, Juan Mari Olano Olano, Julen Zelarain Erraste contra Consejo de la Unión Europea y en el Asunto C-355/04 P Segi Araitz Zubimendi

Izaga Aritza Galárraga contra Consejo de la Unión Europea. Igual interpretación restrictiva, esta vez respecto a las asociaciones de empresas, lo encontramos en la **STPI de 27 de septiembre de 2006, Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren y otros/Comisión, As. T-117/04**, en la cual el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que “el hecho de que una asociación intervenga ante la Comisión en el procedimiento previsto en las disposiciones del Tratado sobre ayudas de Estado para defender los intereses colectivos de sus miembros no basta por sí solo para que se reconozca la legitimación activa de una asociación”. Semejante a la interpretación restrictiva de la legitimidad activa observada respecto al recurso de anulación se percibe también con respecto al recurso de omisión en las conclusiones presentadas por la abogada general Christine Stix-Hackl el 5 de octubre de 2006 en el Asunto C-292/04, Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde, Marina Stöffler contra Finanzamt Bonn-Innenstadt. La abogada general tomando como punto de argumentación la Sentencia de 14 de febrero de 1989, Star Fruit/Comisión, Asunto 247/87, sostuvo que no procede admitir el recurso por omisión interpuesto por una persona física o jurídica y que tiene por objeto que se declare que, al no iniciar un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro, la Comisión se ha abstenido de pronunciarse, en violación del Tratado.

Respecto a los efectos de una anulación parcial el Tribunal de Primera Instancia en su **STPI de 19 de septiembre de 2006, Lucchini/Comisión, As. T-166/01**, ordenó reanudar el procedimiento sobre las ayudas a la coquería en la fase en que resultó viciado.

El Tribunal de Justicia en su **STJCE de 12 de septiembre de 2006, Reynolds Tobacco y otros/Comisión, As. C-131/03 P**, recordó que sólo constituyen actos o decisiones que pueden ser objeto de recurso de anulación las medidas que producen efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando sustancialmente su situación jurídica. Cosa que, como sostuvo en su argumentación el Tribunal de Justicia, no sucede con los actos preparatorios así como con cualquier acto que no produzca efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del justiciable, así como los actos confirmatorios y los actos de mera ejecución, y, en principio, las instrucciones internas.

Para finalizar la presente crónica, una sentencia recaída en un procedimiento de anulación referente al Reino de España constituye el **ATPI de 5 de septiembre de 2006, Comunidad Autónoma de Madrid y Mintra/Comisión, As. T-148/05**, en el que se enjuició la decisión de Eurostat que consideraba que MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte, que constituye un ente de Derecho público creado por la Comunidad Autónoma de Madrid en 1999, encargado de ejecutar y gestionar las infraestructuras de transporte de Madrid) debería clasificarse en el sector de administraciones públicas (SEC-95), y que “dicha reclasificación debería reflejarse ya en la notificación de marzo de 2005”. En el recurso de anulación enjuiciado, el Tribunal de Primera Instancia consideró que “la postura expresada por Eurostat en el escrito impugnado únicamente puede considerarse una medida de cooperación voluntaria entre la autoridad estadística comunitaria y las autoridades nacionales, cooperación en la que la Comisión desempeña un papel meramente consultivo. Así pues, como el escrito impugnado carece de efectos jurídicos obligatorios, no puede ser objeto de un 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 la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

D) Cuestiones prejudiciales

Del total de cincuenta y dos sentencias examinadas durante el período que comprende esta crónica, al menos cinco de ellas merecen ser comentadas.

La primera es la **STJCE de 5 de octubre de 2006, Nádasdi y Németh, As. Ac. C-290/05 y C-333/05**. La razón que nos ha llevado a elegir esta sentencia y no otra, es que, con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia aborda tres tópicos prejudiciales ciertamente relevantes, a saber:

- 1) La posibilidad de no apertura de la fase oral del procedimiento.
- 2) La eventual limitación de los efectos retroactivos de las sentencias.
- 3) Los motivos de inadmisión.

En cuanto a la primera, y en virtud del artículo 104.4 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (RPTJ), la Corte comunitaria puede emitir fallo prejudicial, *sin proceder a la apertura de la fase oral del procedimiento*. Ahora bien, para ello será necesario:

- a) Que se hayan presentado las alegaciones u observaciones a que se refiere el artículo 23 del Estatuto.
- b) Que exista un previo informe del Juez Ponente.
- c) Que sea oído el Abogado General.
- d) Que se haya informado a aquellos interesados que, con arreglo a las disposiciones citadas, tengan derecho a presentar alegaciones u observaciones.
- e) Que ningún interesado, de los antes mencionados, presente una solicitud indicando los motivos por los que desea realizar observaciones orales.

Pues bien, no es muy frecuente que el Tribunal de Justicia adopte esta medida, y sin embargo, en el caso de autos, así lo hace (apdo. 25 de la sentencia), de aquí una primera nota que justifica la elección de esta sentencia.

I. Derecho Comunitario

En cuanto a los efectos retroactivos del pronunciamiento, resulta pertinente recordar que, en general, los fallos prejudiciales poseen efecto *ex tunc*; esto es, “desde entonces”, desde que la norma o acto comenzó a desplegar sus efectos.

En consecuencia, la limitación de los mismos constituye una excepción a la regla, que el Tribunal de Justicia tan sólo admite y declara en aquellos casos donde se ve negativamente afectado el principio de seguridad jurídica.

En el asunto que ahora nos ocupa, y a juicio del Estado húngaro (apdo. 27 de la sentencia), existen razones, tanto de índole económica como administrativa, que justificarían la adopción de la medida de limitación de los efectos de la sentencia.

El parecer del Tribunal de Justicia a este respecto no es en modo alguno coincidente. En efecto, la Corte comunitaria aprovecha la ocasión (apdo. 63) para recordarnos que el único motivo que le faculta para limitar los efectos de un fallo prejudicial es la salvaguardia del principio de seguridad jurídica y, por ende, la concurrencia en el caso concreto de dos criterios esenciales y simultáneos:

- a) La buena fe de los círculos interesados.
- b) El riesgo de trastornos graves.

En opinión del Tribunal de Justicia, el primero de los criterios no se cumple (apdos. 64 a 70 de la sentencia), por lo que ni tan siquiera procede examinar el segundo; y sí declarar la improcedencia de la limitación en el tiempo de los efectos de la Sentencia (apdo. 72).

Al hilo de esta cuestión, conviene realizar un pequeño alto en el camino para citar la **STJCE de 14 de septiembre de 2006, Stradasfalti, As. C-228/05**, también dentro del período propuesto y en la que el Tribunal de Justicia, ante una alegación similar a la anterior (limitación de los efectos del fallo prejudicial), formulada ahora por el Estado italiano en términos casi idénticos (grave perjuicio económico), llega a la misma conclusión, esto es:

- 1) Le recuerda al Estado italiano que no cabe otro motivo para solicitar la limitación de los efectos de un pronunciamiento prejudicial que la protección del principio de seguridad jurídica (apdo. 72 de la sentencia).
- 2) Que dicho principio sólo puede verse amenazado por el efecto *ex tunc* del fallo, si existe buena fe por parte de los interesados y si se corre el riesgo de graves trastornos de algún tipo (vid. mismo apartado de la sentencia).

A juicio del Tribunal de Justicia, dichos trastornos no tienen por qué ser sólo económicos y, en todo caso, deben revestir una especial trascendencia. Así se deduce de los apdos. 73 a 76, cuyo tenor literal es el siguiente:

“73. En el caso de autos, si bien es cierto que la Comisión avaló la solicitud de las autoridades italianas para los años controvertidos en el litigio principal, no lo es menos que de

las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia se desprende que el Comité IVA viene indicando al Gobierno italiano desde 1980 que la excepción controvertida no podía justificarse sobre la base del artículo 17, apartado 7, de la Sexta Directiva, y que la postura más conciliadora adoptada por dicho Comité en sus reuniones de 1999 y 2000 se explica por el compromiso de las autoridades italianas de que volverían a examinar la medida antes del 1 de enero de 2001 y por las perspectivas que entonces abrió la propuesta de la Comisión de modificar la Sexta Directiva en cuanto al derecho a la deducción del IVA.

74. En estas circunstancias, las autoridades italianas no podían ignorar que la reconducción sistemática, desde 1979, de una excepción que pretendía ser temporal y que, con arreglo a los propios términos del artículo 17, apartado 7, de la Sexta Directiva, sólo podía justificarse por ‘razones coyunturales’ no era compatible con dicho artículo.

75. En consecuencia, las autoridades italianas no pueden invocar la existencia de relaciones jurídicas establecidas de buena fe para solicitar al Tribunal de Justicia que limite en el tiempo los efectos de su sentencia.

76. Además, el Gobierno italiano no ha sido capaz de demostrar la fiabilidad de los cálculos que le llevaron a sostener ante el Tribunal de Justicia que existe el riesgo de que la presente sentencia, de no limitarse sus efectos en el tiempo, tenga importantes consecuencias económicas.”

Ninguna de las dos exigencias concurre en el caso italiano. Consecuentemente, no procede, tampoco ahora (apdo. 77 de la sentencia), limitar en el tiempo los efectos de este pronunciamiento.

Volviendo a la Sentencia Nádassdi y Németh, con la que iniciábamos esta crónica, el Tribunal de Justicia aborda, también en su seno, la recurrente temática de los motivos de inadmisión.

Es bien sabido que, desde la década de los noventa y debido al incontenible aumento de los asuntos prejudiciales a despachar por el Tribunal de Justicia, éste llega a rayar en el colapso. Es a partir de entonces, cuando la Corte comunitaria instituye varios motivos de inadmisión que, de verificarse en un caso concreto, le consentirían no tener que pronunciarse sobre la cuestión planteada.

Ahora bien, debe quedar claro que el Tribunal de Justicia tiene la obligación general de responder, salvo, precisamente, que concurra alguno de los motivos de inadmisión hasta ahora conocidos, esto es:

- a) Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia.
- b) Litigio “hipotético” o ficticio.

c) Falta de motivación suficiente en el escrito de remisión prejudicial.

En el caso de autos, el Gobierno húngaro declara que concurren dos motivos de inadmisión a tener en cuenta (apdo. 27 de la sentencia): a) el hecho de que se trata de una cuestión “hipotética”, pues la decisión del Tribunal de Justicia no es pertinente, ni sirve para resolver el litigio principal y b) la circunstancia de que el escrito de remisión no contiene los elementos de hecho y de Derecho necesarios para que la Corte comunitaria pueda ofrecer una respuesta útil.

La apreciación del Tribunal de Justicia a este respecto es también del todo diferente. En efecto, según el buen criterio del juez comunitario: a) corresponde, exclusivamente, al juez nacional decidir acerca de la pertinencia y la necesidad del reenvío prejudicial (apdo. 28 de la sentencia) y b) en lo que concierne al escrito de remisión, el Tribunal de Justicia opina (apdo. 31) que:

“(...) dispone de datos suficientes para responder de una forma útil a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, sin necesidad de obtener una información más detallada sobre la normativa nacional aplicable al litigio principal.”

Consiguientemente, el Tribunal de Justicia no aprecia la alegación de inadmisión y procede a declarar la admisibilidad de la petición prejudicial planteada.

A los motivos de inadmisión también alude el Tribunal de Justicia en la **STJCE de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, As. C-53/04**; la **STJCE de 28 septiembre de 2006, van Straaten, As. C-150/05**, y la **STJCE de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, As. C-180/04**.

En todas ellas, y tal como ocurriera en el caso anterior, el juez comunitario admite las cuestiones prejudiciales planteadas y rechaza los motivos de inadmisión alegados por las partes. De lo cual se infiere una doble conclusión: a) los motivos de inadmisión siguen siendo uno de los argumentos “preferidos” del Tribunal de Justicia y b) por regla general, la Corte comunitaria se muestra poco dispuesta a aceptarlos, pese a que, con ello, se corre el riesgo de saturación del sistema.

El segundo de los fallos prejudiciales que ha merecido nuestra atención es la **STJCE de 28 de septiembre de 2006, Gasparini y otros, As. C-467/04**. Y ello, no sólo porque vuelve a tratar el tema de los motivos de inadmisión –sobre el que no creemos necesario incidir de nuevo–, o porque el órgano jurisdiccional que la plantea sea español (Audiencia Provincial de Málaga), sino porque, además, se trata de un pronunciamiento prejudicial que tiene su origen en una petición planteada de acuerdo al artículo 35 del TUE.

En efecto, este solo dato es de por sí suficiente para que esta sentencia sobresalga del resto. ¿Por qué? Fundamentalmente, porque son pocos los casos en los que el Tribunal de Justicia llega a conocer de cuestiones prejudiciales planteadas sobre la base del artículo 35 del TUE, ya que para ello es necesario:

1) Que el Estado miembro al que dicho órgano pertenece haya formulado declaración expresa en la que admita la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia.

2) Que el órgano jurisdiccional, y que formula la petición de reenvío prejudicial, pertenezca a alguna de las categorías “adecuadas”, ya que, según se desprende del régimen prejudicial contenido en el artículo 35.2 y 3 del TUE, es necesario también que el Estado miembro determine qué categorías de órganos internos pueden plantear la cuestión prejudicial.

Pues bien, en este caso concreto, la cuestión prejudicial cumple ambos requisitos para ser admitida. De una parte, España ha formulado declaración expresa reconociendo la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia en esta materia (DOUE, C, núm. 120, de 1 de mayo de 1999). De otra parte, el órgano que plantea la petición prejudicial (Audiencia Provincial de Málaga) pertenece a la categoría precisa para hacerlo (véase, guión tercero de la antedicha declaración).

Por tanto, procede admitir la cuestión(es) prejudicial planteada, y cuyo contenido sustantivo no resulta pertinente examinar ahora.

Antes de pasar a estudiar el siguiente pronunciamiento, se debe citar la **STJCE de 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso, As. C-81/05**, puesto que también resuelve una cuestión planteada sobre la base del artículo 35 del TUE. Esencialmente, su contenido coincide con el de la anterior, por lo que baste decir ahora que el Tribunal de Justicia nos recuerda cuáles son los requerimientos necesarios para plantear una cuestión de este tipo; y, una vez verificada su concurrencia en el caso concreto, declara la admisibilidad de la petición de reenvío formulada.

La tercera de las sentencias que merece una atención especial por nuestra parte es la **STJCE de 3 de octubre de 2006, Bot, As. C-241/05**. Y la merece porque se trata de uno de los escasos pronunciamientos de este período —y de períodos anteriores— que tiene su origen en el *régimen especial del artículo 68 del TCE*.

No es asunto sencillo que un órgano jurisdiccional plantee una cuestión prejudicial sobre la base del artículo 68, fundamentalmente, porque:

1) En lo que concierne al Título IV del TCE (visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas), sólo se admite la formulación de peticiones de interpretación. No así, sobre los actos de las Instituciones comunitarias basadas en este Título, respecto de los que sí se reconoce la cuestión prejudicial, tanto de validez como de interpretación.

2) El órgano que plantee la cuestión prejudicial debe cerciorarse de que sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso en vía procesal o procedimental interna.

I. Derecho Comunitario

3) Todas aquellas cuestiones atinentes a la seguridad y el orden público quedan excluidas del conocimiento prejudicial del Tribunal de Justicia.

Así las cosas, insistimos una vez más en ello, el valor de esta sentencia reside en su simple formulación.

Por lo demás, sólo resta añadir que se trata de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo a los artículos 68 y 234 del TCE por el *Conseil d'État* (Francia). Una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 20, apartado 1, del *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen*, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión de los controles en las fronteras comunes. Dicha petición se formuló en el marco de un recurso de anulación interpuesto por el Sr. Bot, contra la orden del Prefecto de Val-de-Marne que había dispuesto que fuera conducido a la frontera.

El cuarto de los pronunciamientos prejudiciales objeto de estudio es la **STJCE de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, As. C-168/05**. Las razones que nos han llevado a ello han sido: a) el hecho de que, nuevamente, estamos en presencia de una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional español (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid) y b) la posibilidad que aquélla nos brinda para repasar una de las reglas básicas del reparto de competencias en materia prejudicial. Regla básica que se formula con toda claridad en el apartado 22 de la sentencia y cuyo tenor literal es el siguiente:

“(...) El Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre la aplicación de los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto (...)”

A este respecto, cabe citar también la **STJCE de 19 de septiembre de 2006, Wilson, As. C-506/04**, donde, el Tribunal de Justicia insiste, una vez más, en que al juez nacional le corresponde examinar la pertinencia y la necesidad de la respuesta prejudicial, así como la aplicación de la misma al caso concreto (apdo. 34 de la sentencia). Esta insistencia hace que no creamos oportuno realizar un examen pormenorizado de la misma.

Sí lo requiere la quinta de las sentencias prejudiciales seleccionadas, a saber: la **STJCE de 14 de septiembre de 2006, Slob, As. C-496/04**. Fundamentalmente porque, en su virtud, tenemos ocasión de precisar: a) que el RPTJ no consiente que se formulen alegaciones frente a las conclusiones del Abogado General y b) que, pese a que el RPTJ sí contempla la posibilidad de reapertura de la fase oral del procedimiento (artículo 61), lo habitual es que el Tribunal de Justicia rechace este tipo de peticiones.

En cuanto a lo primero, esto es, la imposibilidad de presentar alegaciones frente a las conclusiones del Abogado General, conviene recordar que el procedimiento prejudicial no tiene carácter contradictorio. De suerte que (apdo. 30 de la sentencia) el hecho de que el Estatuto del Tribunal de Justicia y su Reglamento de Procedimiento no prevean la posibilidad de que las partes presenten observaciones en respuesta a las conclusiones del Abogado General,

no vulnera el derecho del justiciable a un procedimiento contradictorio (deducido del artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 24 de noviembre de 1950), según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En lo atinente a lo segundo, es decir, la *negativa del Tribunal de Justicia a reabrir la fase oral del procedimiento*, encuentra una doble justificación (apdo. 32 de la sentencia). De un lado, y a nivel de procedimiento específico, la escasa utilidad práctica que, en no pocos casos, tiene la fase oral del procedimiento prejudicial. De otro lado, y a un nivel más general, la de evitar dilaciones superfluas a la tramitación de un procedimiento (el principal), ya de por sí, suficientemente dilatado.

En suma, y en el caso ahora planteado, el Tribunal de Justicia ni admite la formulación de alegaciones frente a las conclusiones del Abogado General, ni acoge la petición de reapertura de la fase oral del procedimiento.

En relación con este último argumento, cabe mencionar también la **STJCE de 14 de septiembre de 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, As. C-138/05**, donde, sobre la base de la misma argumentación que en la anterior (apdos. 23 y 24 de la sentencia), el Tribunal de Justicia rechaza la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento (apdo. 25), que, en este caso, había formulado el Gobierno neerlandés.

El sexto y último de los pronunciamientos prejudiciales del que aquí daremos cuenta es el recogido en la **STJCE de 26 de octubre de 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun, As. C-248/04**. Y lo vamos a hacer, simplemente, para dejar constancia del mismo, así como del hecho de tratarse de la única cuestión prejudicial, dentro del período considerado, que se plantea *sobre la validez* de una norma de Derecho Comunitario. En concreto, se cuestiona aquí la validez del Reglamento (CEE) núm. 1785/81 del Consejo, de 30 de junio de 1981, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar; así como del Reglamento (CEE) núm. 2670/81 de la Comisión, de 14 de septiembre de 1981, por el que se establecen las modalidades de aplicación para la producción fuera de cuota en el sector del azúcar.

En suma, esta sentencia nos sirve para recordar que, salvo contadas excepciones, el Tribunal de Justicia no suele apreciar los motivos de (in)validez alegados frente a las normas o actos de Derecho Comunitario. Así se puede comprobar, si se repasan anteriores números de esta Revista.

E) Medidas cautelares

En lo que concierne a la tutela cautelar, ninguna de las sentencias examinadas durante estos últimos meses se ha referido a esta materia. Consecuentemente, no existen novedades que señalar.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

Como viene siendo habitual, señalamos nuevamente que la libre circulación de mercancías se relega en el texto de la Constitución Europea a la Sección 3ª (llamada precisamente “Libre Circulación de Mercancías”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III de la Constitución Europea (“De las políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-36 a III-44 de la Constitución Europea. Por ello estimamos conveniente ofrecer la correspondencia numérica entre los artículos de los Tratados actuales y los de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar):

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Artículo 23 TCE (ex artículo 9)	Artículo III-36 CEU
Artículo 24 TCE (ex artículo 10)	Artículo III-37 CEU
Artículo 25 TCE (ex artículo 12)	Artículo III-38 CEU
Artículo 26 TCE (ex artículo 28)	Artículo III-39 CEU
Artículo 27 TCE (ex artículo 29)	Artículo III-40 CEU
Artículo 135 TCE (ex artículo 116)	Artículo III-41 CEU
Artículo 28 TCE (ex artículo 30)	Artículo III-42 CEU
Artículo 30 TCE (ex artículo 36)	Artículo III-43 CEU
Artículo 31 TCE (ex artículo 37)	Artículo III-44 CEU

En el período objeto de análisis (del 15 de julio al 15 de noviembre de 2006), y tras varios meses sin pronunciamientos, se ha dictado un total de cinco Sentencias por parte del Tribunal en esta materia. La primera de ellas es la **STJCE (Sala Primera) de 14 de septiembre de 2006, Comisión contra Grecia, As. C-82/05¹**, en la que la Comisión lleva a Grecia ante el Tribunal por estimar que ha introducido determinados obstáculos a la comercialización de productos de panadería *bake-off* provenientes de otros Estados miembros. Se trata de productos que se comercializan congelados y se venden al consumidor previamente pasados por el horno. La característica principal de los productos *bake-off* es la de ser servidos en los puntos de venta, después de que las etapas de preparación de dichos productos han concluido. En dichos puntos de venta no se produce más que una breve descongelación del pan así como su calentamiento o su cocción final. Sin embargo, la normativa griega es muy detallista a la hora de fijar las condiciones para otorgar una licencia de panadería (superficie mínima, etc.) La normativa griega asimilaba el calentamiento de los productos a su cocción y elaboración completa. De esta manera, los productos *bake-off* no podían ser vendidos en supermercados más que en estado congelado.

(1) En el momento de formular este comentario no se encontraba disponible la traducción al español de esta Sentencia. Hemos tomado el texto francés.

El TJCE reitera su jurisprudencia sobre este tema: La prohibición de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas contenida en el artículo 28 TCE incluye toda medida susceptible de impedir directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario (SS. de 11 de julio de 1974, Dassonville, 8/74; de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania, conocida “Ley de pureza de la cerveza”, 178/84; de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Dinamarca, C-192/01², y de 24 de noviembre de 2005, Schwarz, C-366/04). La regulación griega, tal y como es aplicada, posee efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros. En estas condiciones, exigir a los vendedores de productos *bake-off* someterse al conjunto de prescripciones aplicables a una panadería tradicional no tiene en cuenta la especificidad de estos productos y engendra costes suplementarios haciendo más difícil la comercialización de los mismos.

Los mismos hechos son enjuiciados por la **STJCE (Sala Primera) de 14 de septiembre de 2006, Alfa Vita Vassilopoulos, As. ac. C-158/04 y C-159/04**, que tiene su origen en dos cuestiones prejudiciales de un tribunal griego de nuevo sobre la conformidad de las disposiciones nacionales griegas que regulan la comercialización de productos de panadería según el procedimiento *bake-off*. El TJCE llega a la misma conclusión que en el caso anterior.

En tercer lugar, la **STJCE (Sala Tercera) de 28 de septiembre de 2006, Ahokainen y Leppik, As. C-434/04**, tiene su origen en una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 28 y 30 TCE, formulada en el marco de un proceso penal incoado contra los Sres. Ahokainen y Leppik por haber importado en Finlandia alcohol étílico de contrabando.

Existe una normativa Ley finesa sobre el alcohol de 1994 que entiende por “bebida alcohólica” cualquier bebida destinada al consumo cuyo contenido en alcohol étílico sea inferior o igual a 80°. El espíritu de vino, que no se considera como una bebida alcohólica que pueda ser consumida, se define como alcohol étílico sin desnaturalizar. La utilización, producción e importación de espíritu de vino quedan reservadas a quienes posean una autorización.

Pues bien, con ocasión de un control aduanero, se descubrieron en un camión procedente de Alemania 9.492 litros de espíritu de vino (alcohol étílico con un contenido en alcohol de 96,4 a 96,5.°) en botellas de un litro. Parecía evidente que dicho producto iba destinado a consumirse en forma de bebida alcohólica diluida. En el posterior proceso penal, el Tribunal Supremo finés plantea la cuestión de si el régimen finlandés de autorización en materia de espíritu de vino debía considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en el sentido del artículo 28 TCE y, llegado el caso, si podía considerarse lícito, habida cuenta de su objeto, en virtud del artículo 30 TCE.

El TJCE comienza recordando su jurisprudencia: toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas y, por este motivo, se halla prohibida por el artículo 28

(2) Sentencia comentada en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), págs. 69-70, y en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), págs. 64 y 73.

TCE (SS. de 19 de junio de 2003, Comisión/Italia, C-420/01³, y de 26 de mayo de 2005, Burmanjer y otros, C-20/03⁴). Incluso unas medidas indistintamente aplicables a los productos nacionales y a los productos importados cuya aplicación a los productos importados pueda disminuir su volumen de venta, constituyen medidas de efecto equivalente prohibidas por el artículo 28 TCE (STJCE de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, denominada “Cassis de Dijon”, 120/78).

No obstante, el Tribunal matiza sus afirmaciones: una disposición nacional que limite o prohíba determinadas modalidades de venta, que se aplique a todos los operadores que ejerzan su actividad en el territorio nacional y que afecte de la misma forma, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los productos procedentes de otros Estados miembros, no es susceptible de obstaculizar, directa ni indirectamente, actual ni potencialmente, el comercio entre los Estados miembros, en el sentido de la jurisprudencia iniciada por la Sentencia Dassonville (S. de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard, C-267/91 y C-268/91).

Por lo que atañe a la calificación de una autorización previa de importación con respecto a las disposiciones del TCE, semejante sistema es contrario al artículo 28 TCE, ya que esta disposición se opone a la aplicación, en las relaciones intracomunitarias, de una legislación nacional que mantenga la exigencia, aun cuando sea puramente formal, de licencias de importación o de cualquier otro procedimiento similar (SS. de 8 de febrero de 1983, Comisión/Reino Unido, denominada “leche UHT”, 124/81; y de 5 de julio de 1990, Comisión/Bélgica, C-304/88; véase también la Sentencia de 26 de mayo de 2005, Comisión/Francia, C-212/03⁵). Sin embargo, el citado obstáculo puede estar justificado por alguna de las razones contempladas en el artículo 30 TCE. Para ello es necesario que la medida considerada sea proporcionada al objetivo que debe alcanzarse y no constituya ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Corresponde a las autoridades nacionales demostrar que su normativa respeta el principio de proporcionalidad, es decir, que es necesaria para alcanzar el objetivo invocado –la protección de la salud y del orden públicos– y que ese objetivo únicamente puede alcanzarse mediante prohibiciones o limitaciones de menor amplitud o que afecten en menor medida al comercio intracomunitario (S. de 14 de julio de 1994, Van der Veldt, C-17/93).

Debe confiarse al órgano jurisdiccional nacional la tarea de decidir si las medidas concretamente adoptadas por Finlandia pueden combatir eficazmente los abusos relacionados con el consumo, como bebida, de espíritu de vino, o si unas medidas menos restrictivas pueden garantizar un resultado similar. El control de la proporcionalidad y de la eficacia de las medidas adoptadas se funda en unas apreciaciones de hecho que el órgano jurisdiccional remitente se halla en mejores condiciones de efectuar que el TJCE.

Procede, pues, responder que los artículos 28 y 30 TCE no se oponen a un régimen, como el establecido en la Ley sobre el alcohol, que supedita la importación de alcohol etílico sin

(3) Comentada en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), págs. 67-68 y en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 64.

(4) Comentada en el número 29 de esta Revista (octubre de 2005), págs. 94-95.

(5) Comentada en el número 29 de esta Revista (octubre de 2005), pág. 95.

desnaturalizar de graduación alcohólica superior a 80° a una autorización previa, salvo si se pone de manifiesto que, en las circunstancias de Derecho y de hecho que caractericen la situación en el Estado miembro de que se trata, la protección de la salud y del orden públicos contra los perjuicios del alcohol puede verse asegurada por unas medidas que afecten en menor grado al comercio intracomunitario.

En cuarto lugar, la **STJCE (Sala Segunda) de 5 de octubre de 2006, Valeško, As. C-140/05**, parte de una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Acta de Adhesión de los Estados que ingresaron en 2004 sobre los impuestos especiales aplicables a la introducción en territorio austriaco de 200 cigarrillos procedentes de Eslovenia, donde el tabaco sigue siendo mucho más barato. La Sra. Valeško, austriaca, regresó de Eslovenia. En el control efectuado en el puesto fronterizo austriaco, la interesada declaró 200 cigarrillos. La autoridad aduanera sometió al impuesto sobre el tabaco 175 de los 200 cigarrillos importados por la Sra. Valeško, por un importe de 16,80 euros. La Sra. Valeško presentó una reclamación contra dicha decisión alegando que la exención de los impuestos especiales limitada a 25 cigarrillos, según lo dispuesto en la normativa comunitaria, es contraria al Derecho comunitario.

Las franquicias de los impuestos especiales para la importación de mercancías contenidas en los equipajes personales de los viajeros procedentes de países terceros, en particular de cigarrillos, está regulada en la Directiva 69/169. Los Estados miembros sólo conservan la competencia limitada que les atribuyen las propias disposiciones de la Directiva y de aquellas que la han modificado (S. de 9 de junio de 1992, Comisión/España, C-96/91). En relación con los cigarrillos, la franquicia de los impuestos especiales en el tráfico entre países terceros y la Comunidad está limitada a 200 cigarrillos. No obstante, los Estados miembros siguen siendo competentes para reducir dicho límite en las circunstancias previstas en estas disposiciones.

La normativa austriaca que introdujo la franquicia limitada a 25 cigarrillos, fue establecida con el fin de impedir que los residentes austriacos se librasen sistemáticamente del pago del impuesto especial sobre cigarrillos, comprando cigarrillos en países terceros limítrofes con Austria a precios considerablemente inferiores, e importando posteriormente tales cigarrillos, hasta un máximo de 200 unidades, con franquicia de derechos especiales, con ocasión de cada uno de los referidos viajes. En consecuencia, la medida nacional controvertida establece un equilibrio razonable entre el objetivo general de la Directiva 69/169 y el objetivo específico perseguido por dicha Directiva.

En virtud de todo lo expuesto, el TJCE declara:

1º) que el anexo XIII del Acta relativa a las condiciones de adhesión a la Unión Europea de los Estados que ingresaron en 2005 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la República de Austria mantenga, con carácter transitorio, una normativa que establece una franquicia de los derechos especiales limitada a 25 unidades para los cigarrillos procedentes de Eslovenia introducidos en el territorio de la República de Austria en los equipajes personales de viajeros que tengan su residencia en este último Estado miembro

y que regresen directamente a su territorio a través de una frontera terrestre o por las aguas interiores de este Estado miembro.

2º) Los artículos 23, 25 y 26 TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la austriaca, en virtud de la cual la franquicia de los derechos especiales para los cigarrillos importados en los equipajes personales de los viajeros se limita a 25 unidades a la entrada en el territorio de la República de Austria desde algunos otros Estados miembros, en particular la República de Eslovenia, a pesar de la circunstancia de que, a raíz de la última ampliación de la Unión, esta franquicia reducida ya no se aplique a ningún Estado tercero con la única excepción de la zona franca suiza de Samnauntal, gozando generalmente las importaciones de cigarrillos procedentes de países terceros de una franquicia de 200 unidades.

Por último, la **STJCE de 9 de noviembre de 2006, Montex Holdings, As. C-281/05**, analiza el derecho del titular de una marca a prohibir el tránsito de mercancías que lleven un signo idéntico por el territorio de un Estado miembro en el que la marca está protegida. En concreto, se interpreta la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 1989, L 40, p. 1).

La empresa Montex fabrica vaqueros exportando las diferentes piezas a Polonia, incluidos los signos distintivos, por el procedimiento de precinto aduanero, haciendo que se cosan en dicho país las piezas y que a continuación los pantalones acabados vuelvan a Irlanda. La oficina principal de aduanas de Löbau retuvo una entrega, destinada a Montex, de 5.076 pantalones de señora con la denominación “DIESEL” que una empresa húngara de transportes debía hacerle llegar, en camión, desde la fábrica de producción polaca a través de territorio alemán. Los pantalones debían ser transportados, en tránsito ininterrumpido, desde la oficina de aduanas polaca a la de Dublín, y estaban protegidos contra el robo durante el tránsito por un precinto del vehículo de transporte efectuado por la administración polaca.

El Tribunal ha declarado, por una parte, que el tránsito externo de mercancías no comunitarias se basa en una ficción jurídica. En efecto, las mercancías incluidas en dicho régimen no están sujetas a los derechos de importación ni a las demás medidas de política comercial, como si no hubieran entrado en territorio comunitario (S. de 6 de abril de 2000, Polo/Lauren, C-383/98). El Tribunal también ha declarado que el tránsito, consistente en transportar mercancías legalmente fabricadas en un Estado miembro a un tercer Estado atravesando el territorio de uno o de varios Estados miembros, no implica en modo alguno la comercialización de las mercancías de que se trata y, por consiguiente, no hay posibilidad de que atente contra el objeto específico del derecho de marca (véase, en relación con el tránsito por Francia de unas mercancías procedentes de España y con destino a Polonia, la S. de 23 de octubre de 2003, Rioglass y Tranremar, C-115/02⁶). El Tribunal precisó también que el titular de una marca no puede oponerse a la mera entrada en la Comunidad, bajo el régimen aduanero de tránsito externo o de depósito aduanero, de productos originales de la marca que no han sido anteriormente comercializados en la Comunidad por el titular de la marca o con su consentimiento (S. de 18 de octubre de 2005, Class International, C-405/03).

(6) Comentada en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 70.

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declaró lo siguiente:

1) La Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca únicamente puede prohibir el tránsito, a través de un Estado miembro en el que dicha marca está protegida, en este caso Alemania, de productos que lleven la marca y que estén incluidos en el régimen de tránsito externo con destino a otro Estado miembro en el que no existe tal protección, en este caso Irlanda, cuando los productos en cuestión sean objeto de un acto de un tercero efectuado mientras los productos estén incluidos en el régimen de tránsito externo y que necesariamente implique su comercialización en el Estado miembro de tránsito.

2) Carecen de pertinencia, en principio, tanto el hecho de que la mercancía destinada a un Estado miembro proceda de un Estado asociado o de un Estado tercero, como la circunstancia de que la misma haya sido fabricada en el país de origen legalmente o con violación de un derecho de marca del titular en vigor en dicho país.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

Con carácter previo y como venimos haciendo en los números anteriores de esta Revista advertimos al lector que el texto de la futura Constitución Europea relega la libre prestación de servicios a la Subsección 3ª (llamada precisamente “Libertad de prestación de servicios”) de la sección 2ª (“Libre circulación de personas y servicios”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III del Proyecto de Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-29 a III-35 del texto de la Constitución Europea. Por ello, ofrecemos una tabla de las equivalencias entre el texto del actual TCE y el nuevo texto de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Artículo 49 TCE (ex artículo 59)	Artículo III-29 CEU
Artículo 50 TCE (ex artículo 60)	Artículo III-30 CEU
Artículo 51 TCE (ex artículo 61)	Artículo III-31 CEU
Artículo 52 TCE (ex artículo 63)	Artículo III-32 CEU
Artículo 53 TCE (ex artículo 64)	Artículo III-33 CEU
Artículo 54 TCE (ex artículo 65)	Artículo III-34 CEU
Artículo 55 TCE (ex artículo 66)	Artículo III-35 CEU

El período analizado (15 de julio a 15 de noviembre de 2006) ha sido también especialmente prolífico en pronunciamientos sobre esta materia; cinco concretamente. La primera es la **STJCE (Gran Sala) de 19 de septiembre de 2006, i-21 Germany, Ac. C-392/04 y C-422/04**, que tiene como origen dos peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, en relación con los cánones abonados por dichas sociedades para obtener una licencia de telecomunicaciones.

El TJCE ya tuvo ocasión de examinar el alcance de la Directiva 97/13 en la Sentencia de 18 de septiembre de 2003, *Albacom e Infostrada (C-292/01 y C-293/01)*⁷. Dicha Directiva establece que los cánones impuestos por los Estados miembros a las empresas titulares de licencias individuales deben tener por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasionen las actividades necesarias para la ejecución de dichas licencias. Las mencionadas actividades deben circunscribirse a cuatro tipos: la expedición, gestión, control y ejecución de las licencias individuales. Además, el canon debe ser proporcionado en relación con el trabajo que suponga y ser objeto de publicación de manera adecuada y suficientemente detallada, a fin de facilitar el acceso a la información relativa al mismo.

Procede verificar si el modo de cálculo del canon controvertido, consistente en tener en cuenta los gastos generales que durante un período de 30 años vaya a ocasionar la ejecución de las licencias individuales, se atiene a lo dispuesto en la Directiva 97/13, interpretado a la luz de tales objetivos. Según las indicaciones aportadas al Tribunal, el cálculo del canon controvertido incluye gastos correspondientes a otras tareas, tales como la actividad general de vigilancia de la autoridad reguladora y, en particular, el control de los eventuales abusos de posición dominante.

Una estimación sobre un período tan largo suscita un problema de fiabilidad, habida cuenta de las características del sector de las telecomunicaciones. Resulta difícil predecir la situación del mercado y el número de empresas de telecomunicaciones con varios años de antelación y, *a fortiori*, en un horizonte de 30 años. Además, la normativa aplicable experimenta modificaciones importantes, como testimonian las nuevas Directivas adoptadas en 2002, entre las que se incluye la Directiva 2002/21, que derogó la Directiva 97/13. Pues bien, tales modificaciones normativas también pueden afectar a la magnitud de los gastos administrativos que generen los regímenes de licencias individuales.

El cálculo de los gastos generales sobre un período de 30 años implica una extrapolación de los gastos que podrían producirse en el futuro, los cuales, por definición, no representan los gastos efectivamente realizados. En segundo lugar, como un sistema de cálculo de este tipo no se basa en los gastos en que realmente se ha incurrido, existe el riesgo de que tal sistema incumpla la exigencia de publicación detallada de la información relativa al canon, exigencia prevista en la Directiva 97/13, y de que, por ese mismo motivo, esté en contradicción con el objetivo de transparencia.

(7) Comentada en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), págs. 72-73.

La Directiva se opone a la aplicación, en concepto de licencias individuales, de un canon calculado teniendo en cuenta los gastos administrativos generales del organismo regulador vinculados a la ejecución de las referidas licencias durante un período de 30 años.

El Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso. La observancia de dicho principio permite evitar que puedan ponerse indefinidamente en cuestión actos administrativos que surtan efectos jurídicos (véase, S. de 14 de septiembre de 1999, Comisión/AssiDomän Kraft Products y otros, C-310/97 P⁸).

El TJCE ha reconocido que en algunos supuestos debía reconocer un límite al referido principio. De este modo, la Sentencia Kühne & Heitz⁹ declaró que un órgano administrativo responsable de la adopción de una resolución administrativa está obligado, en aplicación del principio de cooperación derivado del artículo 10 CE, a examinar de nuevo dicha resolución y, en su caso, a revocarla, si concurren cuatro requisitos. En primer lugar, que el órgano administrativo disponga, según el Derecho nacional, de la facultad de reconsiderar dicha resolución. En segundo lugar, que la resolución controvertida haya adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia. En tercer lugar, que dicha sentencia esté basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, sea errónea y que se haya adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234.3 CE. En cuarto lugar, que el interesado se haya dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.

Sin embargo, el asunto que dio lugar a la sentencia Kühne & Heitz¹⁰ es totalmente diferente de los asuntos sobre los que versan los litigios principales. En efecto, la empresa Kühne & Heitz NV había agotado todas las vías de recurso a su disposición, mientras que en este caso los recurrentes no utilizaron su derecho a interponer recurso contra las liquidaciones de las que eran destinatarias.

Los recursos pendientes ante el órgano jurisdiccional remitente tienen por objeto la devolución de cánones abonados en virtud de liquidaciones que han adquirido firmeza, basándose tal devolución en que, con arreglo al artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la Administración competente está obligada a revocar dichas liquidaciones.

Según jurisprudencia reiterada, a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento

(8) Comentada en el número 7 de esta Revista (abril de 2000), pág. 4.

(9) Comentada en el número 23 de esta Revista (abril de 2004), pág. 88.

(10) Comentada en el número 23 de esta Revista (abril de 2004), pág. 88.

I. Derecho Comunitario

jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (SS. de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-78/98¹¹, y de 7 de enero de 2004, Wells, C-201/02).

Por lo que se refiere al principio de efectividad, dicho principio exige que las disposiciones aplicables a la tramitación de liquidaciones basadas en una normativa incompatible con la Directiva 97/13 no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por esa Directiva.

Procede, pues, responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 10 TCE, en relación con la Directiva 97/13, impone al juez nacional la obligación de determinar si una normativa claramente incompatible con el Derecho comunitario, como aquella en la que se basan las liquidaciones controvertidas en los litigios principales, constituye una ilegalidad manifiesta con arreglo al Derecho nacional de que se trate. En caso afirmativo, incumbirá a dicho juez deducir todas las consecuencias que, según su Derecho nacional, se deriven de lo anterior en lo que atañe a la revocación de tales liquidaciones.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Primera) de 21 de septiembre de 2006, Comisión contra Austria, As. C-168/04**, donde la Comisión solicitó al Tribunal que declarase un incumplimiento de las obligaciones del artículo 49 TCE al restringir de forma desproporcionada el desplazamiento, en el marco de una prestación de servicios, de los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados terceros, por medio de la Ley austriaca sobre el empleo de extranjeros de 20 de marzo de 1975, en su versión publicada en 1999, y la Ley de Extranjería de 14 de julio de 1997, en su versión publicada en 2000.

El TJCE recuerda que es jurisprudencia reiterada que el artículo 49 TCE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (véase, en particular, la Sentencia Portuguesa Construções¹², antes citada, apartado 16 y la jurisprudencia citada).

“No obstante, una normativa nacional adoptada en un ámbito que no haya sido objeto de armonización comunitaria y que se aplique indistintamente a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de que se trate puede estar justificada, pese a su efecto restrictivo de la libre prestación de servicios, si responde a razones imperiosas de interés general y siempre que dicho interés no quede

(11) Comentada en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 77. El núm. de asunto tiene una ERRATA.

(12) Sentencia comentada en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), pág. 46; en el número 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 74, y finalmente en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 53.

salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que esté establecido, que la referida normativa sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse la Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* y otros, C-369/96 y C-376/96, y la Sentencia *Portugaia Construções*¹³).”

Precisamente es la jurisprudencia de esta sentencia la que utiliza el Tribunal para declarar el incumplimiento austriaco de las obligaciones impuestas por el artículo 49 TCE, al supeditar el desplazamiento de trabajadores nacionales de Estados terceros, por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro, a la obtención de la “confirmación de desplazamiento europeo” prevista en la Ley austriaca sobre el empleo de extranjeros, cuya concesión requiere, en primer lugar, que los trabajadores interesados trabajen en dicha empresa desde al menos un año antes o estén vinculados a ella mediante un contrato de trabajo por tiempo indefinido y, en segundo lugar, que se acredite el cumplimiento de las condiciones de trabajo y salario austriacas; y, por otro lado, al prever en la Ley de Extranjería austriaca como causa de denegación automática del permiso de entrada y de residencia, sin excepción, que no permite regularizar la situación de los trabajadores nacionales de un Estado tercero, lícitamente desplazados por una empresa establecida en otro Estado miembro, cuando dichos trabajadores han entrado en el territorio nacional sin visado.

En tercer lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 3 de octubre de 2006, *Fidium Finanz, As. C-452/04***, enjuicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la normativa comunitaria. Según la normativa alemana que regula el sector del crédito, en su versión de 1998, se considerarán “entidades de crédito” “las empresas que realizan operaciones bancarias con carácter profesional o en un volumen que requiera una organización empresarial de su actividad” y “operaciones bancarias”, entre otras, “la concesión de préstamos en metálico y créditos de aceptación (operaciones de crédito)”.

La recurrente *Fidium Finanz* es una sociedad suiza con domicilio social y administración central en Suiza. Esta empresa se dedica a conceder créditos por importe de 3.500 a clientes establecidos en el extranjero. Alrededor del 90% de los créditos que concede tienen como beneficiarios personas que residen en Alemania. Para la obtención de dichos créditos, no era necesario solicitar ningún informe previo al Servicio alemán de información sobre créditos. Los créditos controvertidos son propuestos en un dominio de Internet gestionado desde Suiza.

Fidium Finanz no dispone de la autorización prevista por la normativa alemana para ejercer actividades bancarias y prestar servicios financieros en Alemania. Está sujeta, por su actividad en Suiza, a la normativa de ese país sobre créditos al consumo, pero, según lo indicado por el órgano jurisdiccional remitente, en el momento en que se produjeron los hechos del litigio principal, la exigencia de obtener una autorización con arreglo a dicha normativa no se aplicaba a las empresas suizas que conceden créditos exclusivamente en el extranjero.

(13) Sentencia comentada en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), pág. 46; en el número 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 74, y finalmente en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 53.

I. Derecho Comunitario

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si una sociedad establecida en un Estado tercero puede, en el marco de su actividad de concesión de créditos con carácter profesional a residentes de un Estado miembro, invocar la libre circulación de capitales con arreglo al artículo 56 TCE, o si la preparación, concesión y ejecución de este tipo de servicios están comprendidas únicamente en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios establecida en los artículos 49 y siguientes TCE. Según jurisprudencia reiterada, la actividad de una entidad de crédito consistente en la concesión de créditos constituye un servicio a efectos del artículo 49 TCE (véanse SS. de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson, C-484/93, y de 9 de julio de 1997, Parodi, C-222/95). Por otra parte, la Directiva 2000/12/CE, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO L 126), regula la actividad de concesión de créditos, en su doble aspecto de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Si bien Fidium Finanz no es una entidad de crédito con arreglo al Derecho comunitario en la medida en que su actividad no consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables, no es menos cierto que su actividad de concesión de créditos con carácter profesional constituye una prestación de servicios.

El concepto de “movimientos de capitales” no aparece definido en el TCE. No obstante, es jurisprudencia reiterada que, en la medida en que el artículo 56 TCE ha reproducido el contenido de la Directiva 88/361, y aunque ésta haya sido adoptada sobre la base de los artículos 69 y 70 TCE, la Nomenclatura de los “movimientos de capitales” que la acompaña como anexo mantiene el valor indicativo que le era propio para definir el concepto de movimientos de capitales (véanse las SS. de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer, C-222/97¹⁴; de 5 de marzo de 2002, Reisch y otros, C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99¹⁵, y de 23 de febrero de 2006, Van Hiltten-van der Heijden, C-513/03¹⁶).

La actividad de concesión de créditos con carácter profesional se refiere, en principio, tanto a la libre prestación de servicios de los artículos 49 y siguientes TCE como a la libre circulación de capitales de los artículos 56 y siguientes TCE.

El régimen controvertido se encuadra en la normativa alemana de supervisión de las empresas que realizan operaciones bancarias y ofrecen servicios financieros. Su objeto es controlar la prestación de tales servicios y autorizar el ejercicio de dicha actividad sólo a las empresas que garanticen la ejecución regular de las operaciones. Una vez que se ha autorizado el acceso del operador al mercado nacional, que se ha preparado el préstamo y que se ha firmado el contrato de préstamo, este contrato se ejecuta y el importe del crédito se transfiere materialmente al tomador.

(14) Comentada en el número 12 de esta Revista (julio de 2001), pág. 68 y en el número 17 de esta Revista (octubre de 2002), pág. 79.

(15) Comentada en el número 16 de esta Revista (julio de 2002), págs. 58 y 59 y 68; y en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), pág. 75, y en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 80.

(16) Comentada en el núm. 32 de esta Revista (julio de 2006), págs. 66-67.

La consecuencia del régimen controvertido es que se impide el acceso al mercado financiero alemán de los operadores económicos que no reúnan los requisitos establecidos en la normativa alemana. Según jurisprudencia reiterada, deben considerarse restricciones a la libre prestación de servicios todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad (véase, Sentencia de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99). Si la exigencia de autorización constituye una restricción a la libre prestación de servicios, la exigencia de establecimiento permanente es de hecho la negación misma de dicha libertad. Para que tal exigencia se pueda admitir es preciso demostrar que constituye un requisito indispensable para alcanzar el objetivo perseguido.

Los artículos 49 y siguientes TCE no pueden ser invocados por una sociedad establecida en un Estado tercero, como es el caso de Fidium Finanz.

Por lo que se refiere a la libre circulación de capitales, es posible que al hacer menos accesibles a los clientes establecidos en Alemania las prestaciones de servicios financieros propuestas por sociedades que están establecidas fuera del EEE, el régimen controvertido tenga como consecuencia que dichos clientes utilicen los servicios mencionados con menos frecuencia y, por lo tanto, que disminuyan los flujos financieros transfronterizos que tales prestaciones suponen. Sin embargo, ello es sólo una consecuencia inevitable de la restricción a la libre prestación de servicios (SS. de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04¹⁷, y de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90).

El aspecto de la libre prestación de servicios predomina sobre el de la libre circulación de capitales. En efecto, dado que el régimen controvertido tiene como consecuencia obstaculizar el acceso al mercado financiero alemán de las sociedades establecidas en Estados terceros, afecta principalmente a la libre prestación de servicios. Habida cuenta de que los efectos restrictivos de dicho régimen sobre la libre circulación de capitales son sólo una consecuencia inevitable de la restricción impuesta en relación con la prestación de servicios, no procede examinar la compatibilidad de dicho régimen con los artículos 56 y siguientes TCE.

El TJCE responde que un régimen nacional en virtud del cual un Estado miembro supedita a autorización previa el ejercicio de la actividad de concesión de créditos con carácter profesional, en su territorio, por una sociedad establecida en un Estado tercero, y con arreglo al cual debe denegarse en particular tal autorización cuando la sociedad no tenga su administración central o una sucursal en dicho territorio, afecta principalmente al ejercicio de la libre prestación de servicios en el sentido de los artículos 49 y siguientes TCE. Una sociedad establecida en un Estado tercero no puede invocar dichas disposiciones.

En cuarto lugar, la STJCE (Gran Sala) de 3 de octubre de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen, As. C-290/04, analiza una cuestión prejudicial en el marco de un

(17) Comentada en este mismo número de esta Revista, en el apartado "Libertad de establecimiento".

litigio entre la empresa Scorpio y un órgano judicial alemán, relativa al impuesto sobre la renta al que dicha empresa estuvo sujeta en Alemania dicha sociedad en el año 1993.

La Ley alemana del impuesto sobre la renta, en su versión de 1992, disponía que las personas físicas que no tuvieran en Alemania su domicilio ni su residencia habitual serían sujetos pasivos del impuesto sobre la renta por obligación real cuando obtuviesen en este Estado miembro rendimientos. Estos rendimientos incluyen los de naturaleza empresarial, obtenidos en dicho Estado por prestaciones culturales, artísticas o similares, con independencia de la persona que obtenga los ingresos.

Scorpio, que tiene su domicilio social en Alemania, es una sociedad que organiza conciertos. En 1993, celebró un contrato con una persona física, que firmaba con el nombre de Europop, la cual puso a su disposición un grupo de música. Europop estaba establecida, en esa época, en los Países Bajos y no tenía domicilio, residencia habitual ni establecimiento en Alemania. El órgano jurisdiccional remitente señala que desconoce la nacionalidad de Europop. La legislación controvertida en el litigio principal establece un régimen tributario distinto en función de que el prestador de servicios esté establecido en Alemania o en otro Estado miembro.

Aunque la materia de los impuestos directos no está incluida, como tal, en la esfera de la competencia de la Comunidad, los Estados miembros deben ejercer las competencias que conservan respetando el Derecho comunitario (S. de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93). Conforme a la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 59 TCE exige la supresión de cualquier restricción a la libre prestación de servicios impuesta a causa de que quien los presta se encuentra establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se efectúa la prestación (SS. de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, 205/84, y de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-180/89).

El artículo 59 TCE confiere derechos no sólo al propio prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios (SS. de 28 de abril de 1998, Kohll, C-158/96; de 29 de abril de 1999, Ciola, C-224/97¹⁸, y de 26 de octubre de 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97¹⁹).

En el presente asunto la obligación del destinatario de los servicios consistente en retener el impuesto que grava la retribución abonada a un prestador de servicios que reside en otro Estado miembro, así como el hecho de que, en su caso, se exija a dicho destinatario la responsabilidad por ello, puede disuadir a sociedades como Scorpio de recurrir a prestadores de servicios residentes en otros Estados miembros. Por consiguiente, una legislación como la controvertida en el procedimiento principal constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, prohibido por los artículos 59 y 60 TCE. En efecto, el procedimiento de retención y el régimen de responsabilidad que le sirve de garantía constituyen un medio legítimo y adecuado para asegurar la sujeción fiscal de las rentas de una persona establecida fuera del Estado de imposición, y evitar que las rentas de que se

(18) Comentada en el número 9 de esta Revista (octubre de 2000), págs. 75 y 27.

(19) Comentada en el número 9 de esta Revista (octubre de 2000), págs. 75 y 76 y en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

trata eludan el impuesto tanto en el Estado de residencia como en el Estado en el que se prestan los servicios. A este respecto, procede recordar que, en la fecha de los hechos del procedimiento principal, en 1993, ninguna directiva comunitaria u otro acto mencionado en los autos regulaba la asistencia mutua administrativa en materia de recaudación de créditos fiscales entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania.

Por todo ello, los artículos 59 y 60 TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen:

- a una legislación nacional en virtud de la cual se aplica un procedimiento de retención fiscal en la fuente a la retribución de los prestadores de servicios no residentes en el Estado miembro en el que se prestan los servicios, mientras que la retribución abonada a los prestadores residentes en ese Estado miembro no está sujeta a tal retención;

- a una legislación nacional que exige la responsabilidad del destinatario de servicios que no haya practicado la retención a la que estaba obligado.

Se le plantea al Tribunal de Justicia la cuestión de si los artículos 59 y 60 TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que no permite al destinatario de los servicios, deudor de la retribución abonada a un prestador de servicios no residente, deducir, cuando practica la retención, los gastos profesionales de ese prestador económicamente relacionados con sus actividades en el Estado miembro en el que efectúa la prestación, mientras que un prestador de servicios residente en este Estado sólo estaría sujeto al impuesto por sus rendimientos netos, es decir, por los obtenidos tras deducir los gastos profesionales.

Según jurisprudencia reiterada, la aplicación de la normativa nacional del Estado miembro de acogida a los prestadores de servicios puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesantes las prestaciones de servicios, en la medida en que tal aplicación genera gastos adicionales y supone un aumento de las cargas administrativas y económicas (SS. de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni e ISA*, C-165/98²⁰, y de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* y otros, C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98²¹).

Los artículos 59 y 60 TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que no permite al destinatario de los servicios, deudor de la retribución abonada a un prestador de servicios no residente, deducir, cuando practica la retención, los gastos profesionales que ese prestador le ha comunicado y que están relacionados directamente con sus actividades en el Estado miembro en el que se efectúa la prestación, mientras que un prestador de servicios residente en este Estado sólo estaría sujeto al impuesto por sus rendimientos netos, es decir, por los obtenidos tras deducir los gastos profesionales.

(20) Comentada en el número 12 de esta Revista (julio de 2001), págs. 59, 63 a 65 y 68 y también en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 53.

(21) Comentada en el número 14 de esta Revista (enero de 2002), págs. 65, 67 y 68.

Los artículos 59 y 60 TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual, en el procedimiento de retención, solamente se deducen los gastos profesionales relacionados directamente con las actividades que hayan generado los rendimientos imposables, ejercidas en el Estado miembro en el que se efectúa la prestación y que el prestador de los servicios establecido en otro Estado miembro haya comunicado al deudor de la retribución, y en virtud de la cual pueden tenerse en cuenta, en su caso, en el marco de un procedimiento ulterior de devolución, los gastos que no estén relacionados directamente con dicha actividad económica.

Según jurisprudencia reiterada, ante la inexistencia de medidas de unificación o de armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer los criterios de imposición de las rentas y del patrimonio con el fin de suprimir, en su caso mediante acuerdo, la doble imposición (S. de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97²²). No obstante, por lo que se refiere al ejercicio de la competencia tributaria repartida de esta manera, los Estados miembros están obligados a cumplir las normas comunitarias (SS. de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00²³, y de 19 de enero de 2006, Bouanich, C-265/04²⁴).

Constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios garantizada por los artículos 59 y 60 TCE el hecho de que, para poder tener en cuenta la exención fiscal controvertida, en las diferentes fases del procedimiento de imposición mencionadas por el órgano judicial alemán, se exija la presentación de un certificado expedido por la autoridad fiscal competente, declarando que se cumplen los requisitos establecidos a este efecto por el Convenio germano-neerlandés sobre doble imposición. Sin embargo, ese obstáculo está justificado para garantizar el buen funcionamiento del procedimiento de tributación en la fuente.

Es necesario que el deudor de la retribución sólo quede dispensado de retener el impuesto en la fuente cuando tenga la certeza de que el prestador de servicios cumple los requisitos que le permitan acogerse a una exención. Pues bien, no se puede exigir al deudor de la retribución que esclarezca él mismo la cuestión de si, en cada caso concreto, los rendimientos de que se trate están o no exentos en virtud de un convenio para evitar la doble imposición. Por último, autorizar al deudor de la retribución a dejar unilateralmente de practicar la retención en la fuente podría, si éste incurriera en error, dificultar la recaudación del impuesto ante el acreedor de la retribución.

Los artículos 59 y 60 TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que la exención fiscal aplicada en virtud del Convenio germano-neerlandés sobre doble imposición, en favor de un prestador de servicios no residente que haya ejercido su actividad en Alemania, sólo pueda ser tenida en cuenta, en el marco del procedimiento de retención por el deudor de la retribución o en un procedimiento ulterior de exención o de devolución o, también, con ocasión de un procedimiento por responsabilidad iniciado contra

(22) Comentada en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), págs. 56-57 y en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

(23) Comentada en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99 y también en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 69.

(24) Comentada en el núm. 31 de esta Revista (abril de 2006), pág. 57.

este último, en el caso de que la autoridad fiscal competente expida un certificado de exención declarando que se cumplen los requisitos exigidos a ese efecto por dicho Convenio.

Con arreglo a jurisprudencia reiterada, el artículo 59 TCE confiere derechos no sólo al prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios. Esos derechos incluyen la libertad del destinatario de los servicios para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de beneficiarse en él de un servicio, sin verse estorbado por restricciones (SS. Ciola, C-224/97²⁵, y de 28 de octubre de 1999, Vestergaard, C-55/98²⁶), también resulta de la jurisprudencia del Tribunal que el destinatario de los servicios puede hacer uso de dichos derechos aun cuando ni él ni el prestador de los servicios efectúen un desplazamiento intracomunitario (véanse, en este sentido, las Sentencias Eurowings Luftverkehr C-294/97²⁷; de 6 de noviembre 2003, Gambelli y otros, C-243/01).

El TCE dispone que, mientras el Consejo no haya concretado la posibilidad establecida en el artículo 59.2 TCE, las disposiciones que regulan la libre prestación de servicios se aplican si se cumplen los requisitos siguientes:

- la prestación debe ser efectuada dentro de la Comunidad;
- el prestador de los servicios debe ser nacional de un Estado miembro y estar establecido en un país de la Comunidad.

De lo anterior resulta que el TCE no extiende el beneficio de dichas disposiciones a los prestadores de servicios nacionales de un Estado tercero, aun cuando estén establecidos dentro de la Comunidad y se trate de una prestación intracomunitaria.

En consecuencia, procede responder a la cuestión prejudicial planteada interpretando el artículo 59 del TCE en el sentido de que no es aplicable en favor de un prestador de servicios nacional de un Estado tercero.

1) Los artículos 59 y 60 del TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen:

- a una legislación nacional en virtud de la cual se aplica un procedimiento de retención fiscal en la fuente, a la retribución de los prestadores de servicios no residentes en el Estado miembro en el que se prestan los servicios, mientras que la retribución abonada a los prestadores residentes en ese Estado miembro no está sujeta a tal retención;
- a una legislación nacional que exige la responsabilidad del destinatario de servicios que no haya practicado la retención a la que estaba obligado.

(25) Comentada en el número 9 de esta Revista (octubre de 2000), págs. 75 y 27.

(26) Comentada en el número 9 de esta Revista (octubre de 2000), págs. 75 y 76.

(27) Comentada en el número 9 de esta Revista (octubre de 2000), págs. 75 y 76 y también en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

2) Los artículos 59 y 60 TCE deben interpretarse en el sentido de que:

– se oponen a una legislación nacional que no permite al destinatario de los servicios, deudor de la retribución abonada a un prestador de servicios no residente, deducir, cuando practica la retención, los gastos profesionales que ese prestador le ha comunicado y que están relacionados directamente con sus actividades en el Estado miembro en el que se efectúa la prestación, mientras que un prestador de servicios residente en este Estado sólo estaría sujeto al impuesto por sus rendimientos netos, es decir, por los obtenidos tras deducir los gastos profesionales;

– no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual, en el procedimiento de retención, solamente se deducen los gastos profesionales relacionados directamente con las actividades que hayan generado los rendimientos imposables, ejercidas en el Estado miembro en el que se efectúa la prestación y que el prestador de los servicios establecido en otro Estado miembro haya comunicado al deudor de la retribución, y en virtud de la cual pueden tenerse en cuenta, en su caso, en el marco de un procedimiento ulterior de devolución, los gastos que no estén relacionados directamente con dicha actividad económica;

– no se oponen a que la exención fiscal aplicada en virtud del Convenio celebrado el 16 de junio de 1959 entre la República Federal de Alemania y el Reino de los Países Bajos, para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y otros impuestos y para regular otras cuestiones de índole tributaria, en favor de un prestador de servicios no residente que haya ejercido su actividad en Alemania, sólo pueda ser tenida en cuenta en el marco del procedimiento de retención por el deudor de la retribución o en un procedimiento ulterior de exención o de devolución o, también, con ocasión de un procedimiento por responsabilidad iniciado contra este último, en el caso de que la autoridad fiscal competente expida un certificado de exención, declarando que se cumplen los requisitos exigidos a ese efecto por dicho Convenio.

3) El artículo 59 TCE debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable en favor de un prestador de servicios nacional de un Estado tercero.

Por último, la **STJCE de 9 de noviembre de 2006, Comisión contra Bélgica, As. C-433/04**, analiza la normativa nacional belga (El Código del Impuesto sobre la Renta de 1992) que impone la obligación de retener el 15% sobre las cantidades adeudadas a las otras partes contratantes cuando éstas no están registradas en Bélgica. La misma normativa imponía la responsabilidad solidaria por las deudas tributarias de las otras partes contratantes cuando no están registradas en Bélgica.

Para el Tribunal, según jurisprudencia reiterada, el artículo 49 TCE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades de los prestadores de servicios de los demás Estados miembros que, en sus respectivos Estados miembros de origen, presten le-

galmente servicios análogos (SS. de 7 de febrero de 2002, Comisión/Italia, C-279/00; de 13 de febrero de 2003, Comisión/Italia, C-131/01²⁸; de 19 de enero de 2006, Comisión/Alemania, C-244/04²⁹, y de 15 de junio de 2006, C-255/04, Comisión/Francia³⁰). La prohibición del TCE incluye asimismo aquellas medidas que se limitan a disuadir a un agente de ejercitar la libre prestación de servicios (en este sentido, véanse las Sentencias de 29 de noviembre de 2001, De Coster, C-17/00³¹; de 11 de diciembre de 2003, AMOK, C-289/02³², y de 18 de marzo de 2004, Leichtle, C-8/02³³).

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, una normativa nacional adoptada en un ámbito que no haya sido objeto de armonización comunitaria y que se aplique indistintamente a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de que se trate puede estar justificada, pese a su efecto restrictivo de la libre prestación de servicios, si responde a razones imperiosas de interés general y siempre que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que esté establecido y que la referida normativa sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse las Sentencias Säger, antes citada, apartado 15; de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, C-369/96 y C-376/96; de 24 de enero de 2002, Portuguesa Construções, C-164/99; de 21 de octubre de 2004, Comisión/ Luxemburgo, C-445/03).

La lucha contra el fraude fiscal y la eficacia de los controles fiscales pueden invocarse para justificar restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TCE (SS. de 8 de julio de 1999, Baxter y otros, C-254/97³⁴; de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98³⁵, y de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02³⁶), también ha indicado que una presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede bastar para justificar una medida que vaya en detrimento de los objetivos del TCE.

Por ello, el TJCE declaró el incumplimiento por parte de Bélgica de las obligaciones de los artículos 49 y 50 TCE, al imponer a los comitentes y a los empresarios que recurren a contratar con extranjeros no registrados en Bélgica la obligación de retener el 15% de las cantidades adeudadas por las obras realizadas y al imponer a esos mismos comitentes y empresarios la responsabilidad solidaria por las deudas tributarias de tales contratantes extranjeros.

(28) Comentada en el número 20 de esta Revista (julio de 2003), págs. 79 y 80.

(29) Comentada en el número 31 de esta Revista (abril de 2006), pág. 49.

(30) Comentada en el número 33 de esta Revista (octubre de 2006), págs. 79 a 81.

(31) Comentada en el número 13 de esta Revista (octubre de 2001), pág. 51; en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), págs. 48 y 53, y en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 51.

(32) Comentada en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 75.

(33) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), págs. 70 y 71.

(34) Comentada en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), pág. 52.

(35) Comentada en el número 12 de esta Revista (julio de 2001), pág. 68.

(36) Comentada en el número 24 de esta Revista (julio de 2004), pág. 69.

b) Libertad de establecimiento

De nuevo formulamos las equivalencias entre los artículos del actual Tratado y los del texto de la futura Constitución Europea:

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Artículo 43 TCE (ex artículo 52)	Artículo III-22 CEU
Artículo 44 TCE (ex artículo 54)	Artículo III-23 CEU
Artículo 45 TCE (ex artículo 55)	Artículo III-24 CEU
Artículo 46 TCE (ex artículo 56)	Artículo III-25 CEU
Artículo 47 TCE (ex artículo 57)	Artículo III-26 CEU
Artículo 48 TCE (ex artículo 58)	Artículo III-27 CEU
Novedad de la CEU	Artículo III-28 CEU

El período objeto de análisis (15 de julio al 15 de noviembre de 2006) ha sido también especialmente productivo en pronunciamientos sobre esta materia; habiéndose dictado un total de siete sentencias:

La primera de ellas es la **STJCE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, Sam Mc Cauley Chemist y Sadjá, As. C-221/05**, que plantea un tema de indudable trascendencia práctica para la realidad española, concretamente el reconocimiento mutuo de diplomas de los farmacéuticos que trabajan en nuevas farmacias abiertas al público. La normativa interpretada es la Directiva 85/433/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de farmacia y que incluye medidas tendentes a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento de ciertas actividades farmacéuticas (DO L 253, p. 37; EE 06/03, p. 28).

Sam Mc Cauley Chemists es propietaria de una farmacia en Cork (Irlanda) que fue abierta en el transcurso del mes de octubre del año 2000 y era, en la época pertinente para el litigio principal, una farmacia que llevaba abierta menos de tres años. Por su parte, el Sr. Sadjá obtuvo su diploma de farmacia en el Reino Unido. Fue designado “persona autorizada” para regentar la citada farmacia. Cuando la Sociedad Farmacéutica de Irlanda, que lleva el registro de los farmacéuticos en Irlanda y que es igualmente la autoridad reguladora de los farmacéuticos en dicho Estado miembro, tuvo conocimiento, a raíz de una investigación, de la referida designación, mantuvo que el Sr. Sadjá no era, según la Ley de 1962 relativa a la farmacia, una persona autorizada en el sentido de la citada Ley y que, por lo tanto, no estaba habilitado para supervisar la farmacia de que se trata. La Sociedad Farmacéutica de Irlanda exigió que se resolviese esta situación, porque el ejercicio de la profesión de farmacéutico sin autorización constituye un delito en Irlanda.

Según el artículo 43 TCE, quedan prohibidas, en el marco de las disposiciones del TCE relativas al derecho de establecimiento, las restricciones a la libertad de establecimiento

de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Entre estas disposiciones figura el artículo 47 TCE que habilita al Consejo a adoptar Directivas que tengan por objeto el reconocimiento mutuo de diplomas, en lo que se refiere, entre otras, a las profesiones farmacéuticas.

Las autoridades de un Estado miembro están obligadas, cuando examinen una solicitud de habilitación para ejercer una profesión regulada presentada por un nacional de otro Estado miembro, a tomar en consideración la cualificación profesional del interesado efectuando una comparación entre, por una parte, las aptitudes acreditadas por sus diplomas, así como por su experiencia profesional pertinente, y, por otra, la capacitación profesional exigida por la legislación nacional para el ejercicio de la profesión de que se trate, y ello con independencia de la adopción o no de una Directiva que prevea un régimen específico de reconocimiento mutuo de los diplomas de que se trate (SS. de 14 de septiembre de 2000, Hocsmán, C-238/98³⁷, y de 13 de noviembre de 2003, Morgenbesser, C-313/01³⁸). Como se desprende del artículo 47.1 TCE, el objetivo de dichas directivas es facilitar el reconocimiento mutuo de diplomas, mediante el establecimiento de normas y de criterios comunes que, en la medida de lo posible, abocan al reconocimiento automático de dichos diplomas (S. de 22 de enero de 2002, Dreessen, C-31/00³⁹). El artículo 47 TCE confiere al legislador comunitario la facultad de realizar una armonización completa de los diplomas de que se trate, a la vez que deja a la apreciación de éste la manera en que debe procederse para alcanzar tal objetivo. Por ello, puede recurrir a una armonización por etapas habida cuenta de que la aplicación de medidas de armonización es en general difícil, ya que exige, por parte de las instituciones comunitarias competentes, la elaboración, a partir de disposiciones nacionales diferentes y complejas, de normas comunes, conformes con los objetivos definidos por el TCE, aprobadas por la mayoría cualificada de los miembros del Consejo, o incluso por unanimidad (SS. de 13 de mayo de 1997, Alemania/Parlamento y Consejo, C-233/94; y de 17 de junio de 1999, Socridis, C-166/98⁴⁰).

Para el Tribunal, la Directiva 85/433/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de farmacia y que incluye medidas tendentes a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento de ciertas actividades farmacéuticas, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que se atiene únicamente al nivel mínimo de reconocimiento de diplomas previsto por dicha Directiva no ejerce ninguna potestad discrecional conferida por ésta.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Segunda) de 7 de septiembre de 2006, “N”, As. C-470/04**, se pronuncia sobre la tributación de plusvalías ficticias procedentes de una participación sustancial en caso de traslado de domicilio fiscal a otro Estado miembro.

(37) Comentada en el número 17 de esta Revista (octubre de 2002), pág. 77.

(38) Comentada en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 77.

(39) Comentada en el número 17 de esta Revista (octubre de 2002), pág. 77.

(40) Comentada en el número 6 de esta Revista (enero de 2000), pág. 58.

Para el Tribunal:

1) Un nacional comunitario que, desde el traslado de su domicilio, reside en un Estado miembro y que es titular de la totalidad de las participaciones de sociedades establecidas en otro Estado miembro puede invocar el artículo 43 TCE.

2) El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca un régimen de tributación de las plusvalías en caso de traslado del domicilio de un contribuyente fuera de ese Estado miembro, como el controvertido en el asunto principal, que sujete la concesión del aplazamiento de pago de dicho impuesto a la condición de que se presten garantías y que no tenga totalmente en cuenta las minusvalías que puedan producirse con posterioridad al traslado de domicilio del interesado y que el Estado miembro de acogida no hubiera tenido en cuenta.

3) Un obstáculo derivado de la prestación de una garantía exigida con infracción del Derecho comunitario no puede suprimirse, con efecto retroactivo, por la mera liberación de esa garantía. La forma del acto sobre cuya base se haya liberado la garantía en modo alguno influye sobre esta apreciación. Cuando el Estado miembro establezca el pago de intereses de demora con motivo de la restitución de una garantía exigida con infracción del Derecho interno, igualmente se adeudan tales intereses en caso de violación del Derecho comunitario. Además, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, de conformidad con las orientaciones dadas por el Tribunal de Justicia y respetando los principios de equivalencia y de efectividad, apreciar la existencia de responsabilidad del Estado miembro interesado a causa del perjuicio irrogado por la obligación de prestar tal garantía.

En segundo lugar, la **STJCE (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes, As. C-196/04**, se pronuncia también sobre un complejo aspecto de la tributación de sociedades.

En concreto, los artículos 43 y 48 TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas.

En tercer lugar, la **STJCE (Sala Tercera) de 14 de septiembre de 2006, Centro de Musicología Walter Stauffer, As. C-386/04**. La fundación demandante, cuya utilidad pública está reconocida con arreglo al Derecho italiano, es propietaria de un local de negocio en Munich. El organismo alemán sometió los rendimientos que la fundación percibe por el arrendamiento de ese local de negocio al impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio de 1997. Con arreglo a los estatutos en vigor durante el ejercicio controvertido,

la fundación no tiene un fin lucrativo. La fundación persigue objetivos exclusivamente culturales, encaminados a la educación y formación, a través de la enseñanza de la construcción clásica de instrumentos de cuerda y de arco, de la historia de la música y de la musicología en general. La fundación puede conceder una o varias becas de ayuda al estudio que permiten a jóvenes suizos, preferentemente de Berna (Suiza), residir en Cremona (Italia) durante todo el período lectivo.

La libertad de establecimiento, que el artículo 52 TCE reconoce a los nacionales comunitarios y que implica para ellos el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende, conforme al artículo 58 TCE, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia (SS. de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97⁴¹; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03, y de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, C-471/04). El concepto de establecimiento, en el sentido del TCE, es muy amplio, e implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia (SS. de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94). El TCE no define los conceptos de “movimientos de capitales” y de “pagos”. No obstante, es jurisprudencia reiterada que, en la medida en que el artículo 73.B) TCE ha reproducido en lo fundamental el contenido del artículo 1 de la Directiva 88/361, y aunque ésta fue adoptada sobre la base de los artículos 69 y 70.1 TCE, la nomenclatura de los “movimientos de capitales” que la acompaña como anexo, mantiene el valor indicativo que le era propio antes de la entrada en vigor de dichos artículos para definir el concepto de movimientos de capitales, entendiéndose que, conforme a su introducción, la lista que incluye no tiene carácter exhaustivo (SS. de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer, C-222/97⁴²; de 5 de marzo de 2002, Reisch y otros, C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99⁴³, y Van Hilten-van der Heijden, C-513/03⁴⁴).

Sin embargo, el artículo 73.D).1.a) TCE, que, como excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales, debe ser objeto de interpretación restrictiva, no puede interpretarse en el sentido de que cualquier legislación fiscal que establezca una distinción

(41) Comentada en el número 15 de esta Revista (abril de 2002), págs. 56-57 y en el número 19 de esta Revista (abril de 2003), pág. 99.

(42) Comentada en el número 12 de esta Revista (julio de 2001), pág. 68 y en el número 17 de esta Revista (octubre de 2002), pág. 79.

(43) Comentada en el número 16 de esta Revista (julio de 2002), págs. 58, 59 y 68; en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), pág. 75, y en el número 22 de esta Revista (octubre de 2004), pág. 80.

(44) Comentada en el número 32 de esta Revista (julio de 2006), págs. 66 y 67.

entre los contribuyentes en función del lugar donde residan o del Estado miembro en que inviertan sus capitales sea automáticamente compatible con el TCE. En efecto, la excepción prevista en el artículo 73.D).1.a) del TCE se encuentra limitada a su vez por el artículo 73.D).3 del TCE que prevé que las disposiciones nacionales a las que hace referencia el apartado 1 de este artículo “no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 73.B)” (S. de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02⁴⁵). En consecuencia, procede distinguir el trato diferenciado permitido con arreglo al artículo 73.D).1.a) TCE de las discriminaciones arbitrarias o de las restricciones encubiertas prohibidas por el apartado 3 de ese mismo artículo. Según la jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el asunto principal, que establece una distinción entre las fundaciones sujetas a impuesto por obligación personal y las que lo están por obligación real, pueda considerarse compatible con las disposiciones del TCE relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario y la eficacia de los controles fiscales (SS. de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98). Además, para que la diferencia de trato entre, por un lado, las fundaciones de utilidad pública reconocida y sujetas al impuesto por obligación personal en el territorio alemán y, por otro, las fundaciones del mismo tipo establecidas en otros Estados miembros resulte justificada, no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa controvertida.

Por todo ello, el artículo 73.B) del TCE, en relación con el artículo 73.D), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, que exime del impuesto sobre sociedades los rendimientos procedentes de un arrendamiento percibidos en el territorio nacional por fundaciones de utilidad pública reconocida en principio sujetas al impuesto por obligación personal si están establecidas en ese Estado miembro, niegue la concesión de dicha exención en relación con rendimientos del mismo tipo a una fundación de Derecho privado de utilidad pública reconocida únicamente porque, al estar establecida en otro Estado miembro, sólo está sujeta al impuesto en su territorio por obligación real.

La **STJCE (Gran Sala) de 19 de septiembre de 2006, Wilson, As. C-506/04**, analiza el interesante tema del ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.

Para el tribunal, la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un procedimiento de recursos en cuyo marco la decisión de denegación de la inscripción contemplada en dicha Directiva debe ser impugnada, en primera instancia, ante un órgano integrado exclusivamente por abogados ejercientes con el título profesional del Estado de acogida y, en apelación, ante un órgano integrado mayoritariamente por tales abogados, mientras que el recurso de casación ante el supremo órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro permite únicamente un control jurisdiccional del fundamento jurídico y no de la relación fáctica.

(45) Comentada en el número 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 83.

El artículo 3 de la Directiva 98/5 debe interpretarse en el sentido de que la inscripción de un abogado ante la autoridad competente de un Estado miembro distinto de aquel en el que haya obtenido su título, solicitada para ejercer en éste con su título profesional de origen, no puede supeditarse a un control previo de su nivel de conocimiento de las lenguas del Estado miembro de acogida.

Muy similar al caso anterior, pero con el añadido de unas exigencias de tipo lingüístico es la STJCE (Gran Sala) de 19 de septiembre de 2006, **Comisión contra Luxemburgo, As. C-193/05**, que declara el incumplimiento por parte de Luxemburgo de las obligaciones impuestas por la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, al supeditar a un control previo de conocimientos lingüísticos la inscripción ante la autoridad nacional competente de los abogados que hayan obtenido su título en un Estado miembro distinto del Gran Ducado de Luxemburgo y deseen ejercer en este último Estado miembro con su título profesional de origen, al prohibir a dichos abogados el ejercicio de actividades de domiciliación de sociedades y al obligarles a presentar anualmente una certificación de hallarse inscritos ante la autoridad competente de su Estado miembro de origen.

Por último, la STJCE (Sala Primera) de 28 de septiembre de 2006, **Comisión/Países Bajos As. ac. C-282/04 y C-283/04**, declaró el incumplimiento de los Países Bajos de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56.1 TCE, al mantener en los estatutos de las sociedades anónimas KPN NV y de TPG NV (provenientes ambas de la anterior empresa estatal neerlandesa de correos, telégrafos y teléfonos) determinadas disposiciones a cuyo tenor el capital de estas sociedades comprende una acción especial, propiedad del Estado neerlandés, que le confiere derechos especiales de aprobación de determinadas decisiones de gestión de los órganos de dichas sociedades, no circunscritos a los casos en que la intervención de ese Estado es necesaria por razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia, y, en el caso de TPG NV, en particular, para garantizar el mantenimiento del servicio postal universal.

La libre circulación de capitales puede verse limitada por medidas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 TCE o por razones imperiosas de interés general (S. de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02⁴⁶), siempre que no existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses (en este sentido, en el contexto de la libre prestación de servicios, S. de 15 de junio de 2006, Comisión/Francia, C-255/04⁴⁷). A falta de esta armonización comunitaria, corresponde a los Estados miembros decidir en qué nivel pretenden asegurar la protección de tales intereses legítimos y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Ahora bien, sólo pueden hacerlo dentro de los límites trazados por el TCE y, en concreto, respetando el principio de proporcionalidad, que exige que las

(46) Comentada en el número 26 de esta Revista (enero de 2005), pág. 83.

(47) Comentada en el número 33 de esta Revista (octubre de 2006), págs. 79 a 81.

medidas adoptadas sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (S. de 4 junio de 2002, Comisión/Bélgica, C-503/99⁴⁸).

C) Libre circulación de trabajadores

a) Igualdad de trato. Empleos en la Administración Pública

Mediante la STJCE de 26 de octubre de 2006, *Comisión contra Italia*, As. C-371/04, el Tribunal de Justicia se ha vuelto a ocupar de un supuesto de falta de reconocimiento de los servicios prestados en la función pública de otro Estado miembro (en relación con otro supuesto de este tipo, vid., por ejemplo, STJCE de 23 de febrero de 2005, *Comisión contra España*, As. C-205/04, crónica 32). En este concreto caso, la República Italiana justificaba su falta de consideración de la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en otros Estados miembros en que el trabajador comunitario en cuestión había adquirido dicha experiencia en un puesto al que había accedido sin ser seleccionado mediante concurso público. Pues bien, dicha circunstancia es para el Tribunal de Justicia irrelevante, ya que,

“[...] la negativa a reconocer la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en una administración pública de otro Estado miembro por nacionales comunitarios empleados posteriormente en la función pública italiana, basándose en que los referidos nacionales no han superado un concurso público antes de ejercer su actividad en el sector público de ese otro Estado, no puede ser admitida, puesto que, como ha señalado la Abogado General en el punto 28 de sus conclusiones, no todos los Estados miembros proveen todas las plazas del sector público mediante concurso público. La discriminación en este contexto sólo se puede evitar si se tienen en cuenta los períodos de actividad comparable en el sector público de otro Estado miembro cubiertos por una persona seleccionada de conformidad con los requisitos locales” (apartado 18).

b) Reconocimiento de títulos

La STJCE de 7 de septiembre de 2006, *Price*, As. C-149/05, resulta de indudable interés pues interpreta el artículo 4 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 sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. El citado artículo 4 permite al Estado miembro de acogida, en determinados supuestos que se precisan, exigir al solicitante que acredite una experiencia profesional de una duración determinada, que efectúe un período de prácticas de adaptación, durante tres años como máximo, o que se someta a una prueba de aptitud (en lo sucesivo, “medidas de compensación”). En este sentido, con arreglo al artículo 4, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva, el Estado miembro de acogida que imponga medidas de compensación debe, en principio, permitir al solicitante escoger entre el período de prácticas y la prueba de aptitud. No obstante, por lo que respecta a las profesiones “cuyo ejercicio exija un cono-

(48) Comentada en el número 17 de esta Revista (octubre de 2002), págs. 65, 79, 80 y 82 y también en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003), pág. 73.

cimiento preciso del derecho nacional y en las cuales un elemento esencial y constante del ejercicio de la actividad profesional sea la asesoría y/o asistencia relativas al derecho nacional”, el Estado miembro de acogida puede, como excepción a ese principio, exigir bien un período de prácticas, bien una prueba de aptitud. Precisamente la sentencia reseñada se ocupa de la interpretación de estos dos requisitos que permiten al Estado miembro imponer o bien un período de prácticas de adaptación o bien una prueba de aptitud.

En relación con el requisito de que la profesión exija “un conocimiento preciso del derecho nacional”, el Tribunal de Justicia señala que el contenido de la formación prescrita por un Estado miembro que regula esta profesión constituye un criterio particularmente pertinente para deducir las exigencias ligadas a su ejercicio. Así, este requisito concurre si, como en el supuesto sometido a la consideración del Tribunal, el acceso a la profesión está sujeto a la posesión de un título de Derecho que sanciona unos estudios de al menos dos años (apartados 54 a 57).

Por otro lado, el requisito de asesoría y/o asistencia relativas al derecho nacional no se circunscribe a las profesiones jurídicas “clásicas” como las de juez, notario y abogado. Y en este sentido, “no es necesario que la asesoría y/o asistencia prestadas a los clientes versen sobre todas las materias del Derecho nacional. Basta con que atañe a un ámbito especializado” (apartado 59).

D) Libre circulación de capitales

En el período examinado no se ha producido jurisprudencia relevante en relación con esta libertad comunitaria.

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 CÓRDOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

Sumario:

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de inconstitucionalidad.

a) Legitimación de los ejecutivos autonómicos [artículos 162.1.a) CE y 32 LOTC]: No están legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra normas con fuerza de ley de las CCAA. B) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Inadmisibilidad por falta de requisitos formales (artículos 163 CE y 35.2 LOTC): Es preciso hacer explícita la fundamentación en que se apoya la posible inconstitucionalidad. C) Recurso de amparo. a) Agotamiento de la vía judicial previa [artículos 44.1.a) y 50.1.a) LOTC]: Cuando se insta la ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es exigible el recurso de reposición contra el Auto de denegación. D) Conflicto en defensa de la autonomía local. a) Legitimación activa de las ciudades de Ceuta y Melilla (artículo 75 ter LOTC): Se les considera Municipios a efectos de legitimación para recurrir una ley ante el Tribunal Constitucional. Canon de constitucionalidad (artículos 75 bis.1 y 75 quinquies.5 LOTC). **3. Distribución de competencias.** A) Urbanismo y autonomía local: la intervención del Estado en los planes urbanísticos de la ciudad de Ceuta. B) Presupuestos autonómicos: congelación salarial de las retribuciones de los miembros del Gobierno Vasco (artículo 149.1.13). C) Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE): relevancia del conocimiento del euskera para la provisión de puestos de trabajo. D) Legislación sobre expropiación forzosa (artículo 149.1.18 CE): competencia autonómica para establecer la composición del jurado de expropiación forzosa.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de julio y septiembre de 2006. Sobresale la **STC 240/2006, de 20 de julio**, por ser la primera que vez que el Tribunal resuelve un conflicto en defensa de la autonomía local. Especialmente discutible nos parece la doctrina que se establece en relación con la naturaleza y posición de la Ley de Bases de Régimen Local. Se niega, sin explicitar los argumentos en que se

basa el Tribunal, que la Ley de Bases deba constituir siempre el canon de validez para enjuiciar las normas estatales y autonómicas que desarrollen aspectos concretos de la autonomía local. Creemos que se debilita el bloque de constitucionalidad de la autonomía local de forma demasiado asertiva.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

a) Legitimación de los ejecutivos autonómicos [artículos 162.1.a) CE y 32 LOTC]: No están legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra normas con fuerza de ley de las CCAA

En la STC 223/2006, de 6 de julio, se resolvían dos recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura y por ochenta y un Senadores del Grupo Socialista contra los artículos 111.1 (2º párrafo) y 121.4 (2º párrafo) del Reglamento de la Asamblea de Extremadura en la redacción dada por la reforma de dicho Reglamento aprobada por Acuerdo del Pleno de la Cámara extremeña de 29 de mayo de 1997. En ambos recursos se sostenía que los preceptos impugnados infringían el artículo 61.b) del Estatuto de Autonomía de Extremadura en el que se atribuye al Gobierno autonómico la facultad de oponerse a las alteraciones de las previsiones de gastos e ingresos vigentes para cada ejercicio presupuestario, precepto este homólogo al artículo 134.6 CE.

El Consejo de Gobierno extremeño y el Fiscal General del Estado entendían que los artículos 162.1.a) CE y 32 LOTC admitían una interpretación integrada que posibilitaba que un Gobierno autonómico impugnase normas con rango de ley de su propia Comunidad Autónoma. El Ministerio Público proponía una interpretación de los artículos citados que haría del artículo 32 LOTC una norma limitativa de la legitimación general reconocida en el artículo 162.1.a) CE en el sentido de que la legitimación de los Gobiernos autonómicos sería la regla respecto de todo tipo de ley [artículo 162.1.a) CE] en tanto que el artículo 32 LOTC añadiría una condición para el caso de las leyes del Estado, que sólo podrían ser impugnadas por las Comunidades Autónomas si afectasen al propio ámbito de autonomía.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional entendió que el tenor literal del artículo 32 LOTC excluye la legitimación de los Gobiernos autonómicos para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas y que ésta es la interpretación que debe prevalecer en tanto no se oponga a la Constitución, circunstancia que no se produce en este caso. Por lo tanto, inadmitió el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno extremeño. En cambio, admitió el presentado por los Senadores del Grupo Socialista y lo estimó.

El Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas emitió un Voto Particular al que se adherieron los Magistrados D. Javier Delgado Barrio y D. Roberto García-Calvo Montiel en

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

el que discrepaba de este razonamiento y entendió que el artículo 162.1.a) CE otorga legitimación general al Consejo de Gobierno autonómico para recurrir normas con rango de ley y que el tenor literal del artículo 32 LOTC no puede prevalecer sobre el texto constitucional. Por tanto, consideraron que, en este caso, debió admitirse el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de Extremadura.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

a) Inadmisibilidad por falta de requisitos formales (artículos 163 CE y 35.2 LOTC): Es preciso hacer explícita la fundamentación en que se apoya la posible inconstitucionalidad

En la STC 224/2006, de 6 de julio, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia planteó una cuestión de inconstitucionalidad con relación al párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, desarrollado por los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, en cuanto establece un procedimiento extrajudicial para la ejecución de las hipotecas.

Antes de abordar el examen del fondo de la cuestión planteada, el Tribunal examinó la concurrencia de los presupuestos establecidos en los artículos 163 CE y 35.2 LOTC y concluyó su examen inadmitiendo la cuestión por incumplimiento de dos requisitos formales. En primer lugar, recordó que, en el trámite de audiencia de las partes acerca de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 35.2 LOTC), resulta inexcusable que el órgano judicial identifique tanto el precepto o preceptos de cuya constitucionalidad se duda como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas (AATC 29/2003, de 28 de enero y 96/2004, de 23 de marzo), requisito que no se cumplió en este caso.

Y, en segundo lugar, también resulta imprescindible para el Tribunal Constitucional que el órgano que promueve la cuestión de inconstitucionalidad haga explícita la fundamentación en que apoya la posible inconstitucionalidad de la norma cuestionada. Es decir, establece que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad debe exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo y entienda que este requisito, que se deriva del artículo 35.2 LOTC, tampoco se cumplió en este caso.

C) Recurso de amparo

a) Agotamiento de la vía judicial previa [artículos 44.1.a) y 50.1.a) LOTC]: Cuando se insta la ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es exigible el recurso de reposición contra el Auto de denegación

La STC 197/2006, de 3 de julio, resolvía el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001, que desestimaba el recurso de revisión interpuesto por el demandante contra la Sentencia firme de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de octubre de 1995 que declaró la procedencia de su despido disciplinario en TVE, SA. La pretensión de revisión se basaba

en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000, que declaró que la sanción de despido vulneró el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (libertad de expresión) y, en aplicación del artículo 41 del citado Convenio, condenó al Estado español a abonar al demandante un millón de pesetas en concepto de indemnización por daño material y moral y 750.000 pesetas por costas y gastos.

El demandante de amparo consideraba que, al rechazar la revisión pretendida, se estaba denegando arbitrariamente la ejecución de la Sentencia del TEDH de 29 de febrero de 2000. El ente público TVE, SA formuló una objeción procesal consistente en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial antes de acudir al amparo ante el Tribunal Constitucional [artículo 44.1.a) LOTC] y ello porque el demandante había consentido el Auto del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de 25 de julio de 2000, que denegó la ejecución de la Sentencia del TEDH de 29 de febrero de 2000, siendo éste el órgano judicial competente para ejecutar dicha Sentencia.

Y, ciertamente, el demandante había abierto un doble cauce procesal una vez obtenida la Sentencia estimatoria del TEDH. En primer lugar, instó un incidente de ejecución ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid (que conoció en instancia del despido), siendo rechazada su pretensión por Auto de 25 de julio de 2000, que quedó firme al no ser recurrido. Y, en segundo lugar, formuló recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recurso que fue desestimado por la Sentencia de 20 de noviembre de 2001, contra la que interpuso el recurso de amparo que dio origen a esta Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2006.

Considera el Tribunal Constitucional que el hecho de que el demandante no interpusiera recurso de reposición (artículo 184.1 LPL) contra el referido Auto de 25 de julio de 2000 del Juzgado de lo Social, conformándose con la respuesta judicial de rechazo de su pretensión ejecutiva por esta vía, no puede determinar la aplicación de la causa de inadmisión del artículo 50.1.a) LOTC, en relación con el artículo 44.1.a) LOTC. La razón que esgrime el Tribunal es la “notoria incertidumbre procesal a la que se enfrentan los justiciables favorecidos por una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de escoger la vía procesal para hacer valer a efectos internos esta Sentencia, cuando entienden que persiste una lesión actual de sus derechos fundamentales”. Aunque admitió a trámite el recurso, finalmente el Tribunal Constitucional denegó el amparo.

En un Voto Particular, el Magistrado D. Pablo Pérez Tremps discrepa del parecer mayoritario del Tribunal respecto de la fundamentación de esta Sentencia, aunque manifiesta su acuerdo con el fallo desestimatorio. Su discrepancia radica, esencialmente, en que considera que la Sentencia del TEDH en cuestión fue ejecutada en sus propios términos, una vez satisfecha la indemnización fijada por la misma. Pone de manifiesto, asimismo, el Voto Particular que en el ordenamiento español no existe ningún mecanismo que permita dar ejecución interna a los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como también se ha afirmado en varias Sentencias del Tribunal Constitucional. A falta de este mecanismo, el Magistrado discrepante sostiene que el Tribunal Constitucional carece de

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

competencia para ejecutar las Sentencias del TEDH y que sólo la intervención del legislador podría suplir esta laguna.

D) Conflicto en defensa de la autonomía local

a) Legitimación activa de las ciudades de Ceuta y Melilla (artículo 75 ter LOTC): **Se les considera Municipios a efectos de legitimación para recurrir una ley ante el Tribunal Constitucional. Canon de constitucionalidad (artículos 75 bis.1 y 75 quinquies.5 LOTC)**

La STC 240/2006, de 20 de julio, es la primera que resuelve un conflicto en defensa de la autonomía local, procedimiento creado por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de reforma de la LOTC. Este conflicto fue promovido por la ciudad de Ceuta en relación con el artículo 68 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se modifica la Disposición Adicional Tercera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. Esta modificación consiste en la incorporación de dos nuevos párrafos a dicha Disposición Adicional en virtud de los cuales, por un lado, se atribuye al Ministerio de Fomento la facultad para aprobar con carácter definitivo los planes generales de ordenación urbana de las ciudades de Ceuta y Melilla y sus modificaciones y revisiones y, por otro, se somete a informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Fomento la aprobación definitiva de los planes parciales y de sus modificaciones o revisiones por los órganos competentes.

La ciudad de Ceuta considera que el artículo 68 de la mencionada Ley 55/1999 lesiona su autonomía local constitucionalmente garantizada al ser el urbanismo una competencia inherente a los municipios, según ha declarado la jurisprudencia constitucional y ha precisado el legislador estatal en el artículo 25.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local. Por otra parte, alega que el urbanismo constituye una materia que el Estatuto de Autonomía ha atribuido a la ciudad de Ceuta con carácter exclusivo (artículo 21.1.1 EACta y Real Decreto 2495/1996, de 5 de diciembre, de Transferencias a esa ciudad autónoma).

La primera cuestión que suscitaba la entidad actora se refería a su propia legitimación para promover este conflicto en defensa de la autonomía local. La ciudad de Ceuta afirmaba su condición municipal basándose en la misma Constitución (Disposición Transitoria Quinta), en la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, por la que se aprobó su Estatuto de Autonomía y en la jurisprudencia constitucional, que primero afirmó su naturaleza de ente municipal (ATC 320/1995, de 4 de diciembre) y después declaró que la ciudad no era una Comunidad Autónoma (ATC 202/2000, de 25 de julio). También alegó la ciudad de Ceuta que cumplía los requisitos de legitimación exigidos por el artículo 75 ter.1 LOTC, tanto en el epígrafe a) como en el b), para promover este conflicto frente a la citada Ley estatal.

La cuestión de la naturaleza jurídica de las ciudades de Ceuta y Melilla fue abordada por el Tribunal Constitucional en los Autos 201/2000 y 202/2000, de 25 de julio, por los que se inadmitieron, respectivamente, sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo de Gobierno de la ciudad autónoma de Melilla y la Asamblea de la ciudad

autónoma de Ceuta contra el precepto legal que es objeto precisamente del conflicto en defensa de la autonomía local en cuestión, esto es, el artículo 68 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre. En los mencionados Autos el Tribunal apreció la falta de legitimación de ambos entes para interponer recursos de inconstitucionalidad por no poder ser consideradas las ciudades de Ceuta y Melilla Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional entiende en esta Sentencia que, excluida la posibilidad de que las ciudades de Ceuta y Melilla constituyan Comunidades Autónomas, y como quiera que tampoco se integran en la organización provincial del Estado, no cabe negarles, al menos a efectos de poder acceder ante el Tribunal Constitucional en defensa de su autonomía, su condición de entes municipales. Y ello a pesar de que la Ley Orgánica 7/1999 no contiene una mención expresa a ambas ciudades como sí contiene, en cambio, previsiones específicas relativas a las Islas, Cabildos, Consejos Insulares, Juntas Generales y Diputaciones Forales (artículo 6, por el que se añaden las Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta LOTC). En opinión del Tribunal, tal condición municipal puede serles atribuida a las ciudades autónomas a partir de las previsiones de los artículos 137 y 140 CE, en los que se configura el municipio como ente territorial básico en todo el territorio del Estado, si bien Ceuta y Melilla son entes municipales dotados de un régimen de autonomía local singular, reforzado respecto del régimen general de los demás municipios.

Por otra parte, el Abogado del Estado suscitó una objeción al negar a Ceuta legitimación para defender en el conflicto en defensa de la autonomía local competencias atribuidas por su Estatuto de Autonomía que, a su juicio, no forman parte de la autonomía local constitucionalmente garantizada. El Tribunal Constitucional no acogió esta objeción. Consideró que en este procedimiento la ciudad de Ceuta podía defender tanto aquellas competencias típicamente municipales como las otras propias de su peculiar régimen autonómico y atribuidas en su Estatuto de Autonomía. Recordó que la autonomía local reconocida en los artículos 137, 140 y 141 CE admite distintos grados de intensidad (STC 32/1981, de 28 de julio).

La siguiente cuestión suscitada en esta interesante Sentencia se refiere al canon de constitucionalidad que debe utilizarse en los conflictos en defensa de la autonomía local. Estima el Tribunal Constitucional que este canon es específicamente la “autonomía local constitucionalmente garantizada” (artículos 75 bis.1 y 75 quinquies.5 LOTC) y anuncia que procederá a delimitar el contenido y la extensión de este canon.

El Tribunal afirma expresamente, basándose en jurisprudencia constitucional anterior, que la Ley de Bases de Régimen Local no siempre constituye canon de validez de la ley estatal o autonómica a la hora de enjuiciar normas que desarrollen aspectos concretos de la autonomía local. De la ley estatal no lo constituye porque la LBRL, más allá de su naturaleza singular y de su carácter básico ex artículo 149.1.18 CE, no ocupa en nuestro ordenamiento una posición distinta a la de las demás leyes ordinarias del Estado. Éstas pueden, por tanto, establecer disposiciones contrarias a la LBRL, que serán consideradas modificaciones legislativas pero no leyes inconstitucionales. Y de la ley autonómica —si-

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

que argumentando el Tribunal Constitucional— sólo podría ser canon de validez la LBRL en aquellos aspectos enraizables directamente en los artículos 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones.

Por tanto, concluye el Tribunal que el canon que deberá tenerse en cuenta para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovidos frente a leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (artículos 137, 140 y 141 CE) que establecen el contenido mínimo de la autonomía local. Afirmar expresamente que “la legislación básica sobre régimen local no se integra en el ‘bloque de la constitucionalidad’ ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales... No puede pretenderse de este Tribunal que enjuicie una norma estatal utilizando como parámetro otra norma estatal (configuradora de la autonomía local constitucionalmente garantizada) pues, lógicamente, si no se ha vulnerado la Constitución debe interpretarse como una nueva opción del legislador”.

Sin embargo, a continuación se refiere el Tribunal a otra norma que sí debe tenerse en cuenta a la hora de resolver el presente conflicto en defensa de la autonomía local: La Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de la ciudad de Ceuta, “algunos de cuyos preceptos constituyen manifestaciones o exteriorizaciones de la autonomía local constitucionalmente garantizada de forma específica a dicha ciudad”. No añade nada más el Tribunal Constitucional a este respecto, puesto que a renglón seguido entra en el fondo del asunto y se ocupa de dilucidar si el precepto legal impugnado lesiona o no la autonomía local, concluyendo que dicho precepto no vulnera el derecho a la autonomía local constitucionalmente garantizado de la ciudad de Ceuta y desestimando el conflicto. Finalmente, pues, el Tribunal no ha establecido claramente cuál es el canon de constitucionalidad que debe aplicarse con carácter general para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local.

El Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez emitió un Voto Particular al que se adhirió el Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel, en el que analizaba algunas de las cuestiones a las que se ha aludido aquí. En primer lugar, afirmaban los Magistrados discrepantes que la ciudad de Ceuta, además de ser un ente municipal, es también una Comunidad Autónoma, como resulta de las exigencias de la Disposición Transitoria Quinta CE, en relación con el artículo 144.b) CE. En su opinión, esta tesis es la única que explica, por ejemplo, que los Estatutos de Ceuta y Melilla hayan sido aprobados mediante sendas leyes orgánicas. Siguiendo esta tesis, habría que afirmar la legitimación de las ciudades de Ceuta y Melilla para interponer recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, que sería la única forma de proteger las competencias estatutarias no municipales que poseen estas ciudades autónomas.

Continuando esta argumentación, se preguntan los Magistrados discrepantes: “¿Pueden las leyes del Estado disponer, sin límite alguno, de las competencias asumidas por Ceuta en su Estatuto de Autonomía? ¿Cuáles son, si existen, los límites impuestos por el bloque de la constitucionalidad —del que forma parte el EACta— a las leyes del Estado en materia de planeamiento urbanístico dirigidas a Ceuta?”. Según el Voto Particular, la Sentencia que comentamos no responde a estos interrogantes y no tiene en cuenta que la competencia de aprobar definitivamente los planes de urbanismo es exquisitamente autonómica para el

caso de Ceuta. Para los Magistrados discrepantes, la Sentencia llega a la conclusión de que una ley ordinaria del Estado puede entrar a comprimir o recortar las atribuciones de un Estatuto de Autonomía aprobado por ley orgánica.

La confusión en que parece incurrir la Sentencia comentada deriva de la doble naturaleza de la ciudad de Ceuta en nuestro ordenamiento, como pone de manifiesto el Voto Particular, es un ente municipal y es una Comunidad Autónoma. En cuanto municipio, la defensa de su autonomía local está garantizada en la Constitución, pero no tanto en la LBRL, que, por tratarse de una ley ordinaria del Estado, puede ser modificada por otra ley estatal. En cuanto Comunidad Autónoma, su autonomía está garantizada por el Estatuto que, por tratarse de una ley orgánica, no puede ser modificado por una ley ordinaria. Ahora bien, es un hecho que el Tribunal Constitucional le negó a Ceuta la naturaleza de Comunidad Autónoma a los efectos de interponer un recurso de inconstitucionalidad. Con ello, se produce la situación paradójica de que esta ciudad autónoma no puede esgrimir su Estatuto de Autonomía en defensa de sus competencias frente a una norma con rango de ley, pues sólo le queda la vía del conflicto en defensa de la autonomía local y este conflicto tiene la limitación de que sólo puede interponerse en defensa de “la autonomía local constitucionalmente garantizada” (artículo 75 bis.1 LOTC). Quedarían sin defensa, entonces, las competencias de la ciudad autónoma que no sean propiamente municipales, sino consagradas en su Estatuto de Autonomía. El Tribunal Constitucional ha intentado en esta Sentencia defender estas competencias estatutarias mediante el conflicto en defensa de la autonomía local, pero incurre en contradicciones, al considerar que no se debe incluir la LBRL en el bloque de la constitucionalidad.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Urbanismo y autonomía local: la intervención del Estado en los planes urbanísticos de la ciudad de Ceuta

El objeto de la STC 240/2006, de 20 de julio, es el artículo 68 de la Ley 55/1999, de 29 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta norma —que modifica la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones— regula la intervención del Estado en la actividad de planeamiento urbanístico de Ceuta. Se atribuye al Ministerio de Fomento la facultad para aprobar con carácter definitivo el plan general de ordenación urbana y sus modificaciones. Por otro lado, se somete a informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Fomento la aprobación y revisión de los planes parciales. La ciudad de Ceuta advierte que estas fórmulas de control lesionan las competencias que en materia de urbanismo le atribuye su Estatuto de Autonomía.

El fondo del caso viene condicionado por la decisión de considerar que el régimen de autonomía de Ceuta es de naturaleza local y no resulta asimilable al previsto para las Comunidades Autónomas. El TC asevera que Ceuta y Melilla son entes municipales dotados de un régimen de autonomía singular, reforzado respecto al régimen general de los demás municipios y que viene regulado por normas específicas al margen de la Ley de Bases de Régimen Local.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

El TC vuelve a clasificar —a pesar de las objeciones planteadas por parte de la doctrina— a la autonomía local dentro de la categoría “garantía institucional”. Se atribuye al legislador una amplia libertad de configuración para determinar el contenido de la autonomía local. La Sentencia destaca que el Estatuto de Autonomía atribuye potestades reglamentarias a Ceuta “en los términos que establezca la legislación general del Estado”. La Sentencia aprecia que los condicionamientos que establece el Estado en la aprobación de los instrumentos de planeamiento, responden a una finalidad legítima. Se destaca que la existencia de especial situación y configuración geográfica de la ciudad de Ceuta hace que haya intereses supralocales que han de ser tenidos en cuenta en la planificación urbanística.

El núcleo indisponible de autogobierno de los entes locales, determinado directamente por la Constitución, se concreta únicamente en el derecho a participar en los asuntos que los atañen. En relación con el caso concreto, el TC considera que el legislador estatal permite reconocer a la ciudad de Ceuta como una “instancia decisoria autónoma”. Al TC le parece suficiente que no se haya privado a la ciudad de Ceuta de participar en la tramitación y elaboración previa del plan general de ordenación urbana para salvaguardar “una intervención mínima y reconocible del Ayuntamiento en el proceso de planificación”. Tan sólo considera esencial la participación de la ciudad autónoma en las fases de aprobación inicial y provisional. Por la misma razón se concluye que se respeta el núcleo mínimo de la autonomía local cuando se garantiza la intervención del Ayuntamiento en la elaboración inicial y provisional de los planes parciales, así como su aprobación definitiva.

El Magistrado Rodríguez-Zapata formula un Voto Particular (al que se adhiere el Magistrado García-Calvo) discrepando acerca del enfoque estrictamente local desde el que la Sentencia analiza las competencias urbanísticas de Ceuta. Frente a la *ratio decidendi* centrada en la garantía de un núcleo mínimo de competencias locales, el Voto Particular sugiere emplear las técnicas sobre lo básico propias de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA.

B) Presupuestos autonómicos: congelación salarial de las retribuciones de los miembros del Gobierno Vasco (artículo 149.1.13)

La STC 222/2006, de 6 de julio, reitera que el Estado es competente para establecer en la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1997, que las retribuciones del personal al servicio de todo el sector público —incluidas las CCAA y los entes locales— no experimentarán variación respecto al ejercicio anterior. El título competencial para decretar una congelación salarial radica en el artículo 149.1.13ª CE (“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”). Según el TC, existe una vinculación directa entre esta medida de contención del gasto público y los objetivos generales de la política económica. La Sentencia asume que la austeridad en el gasto contribuye decisivamente a corregir los desequilibrios en materia de inflación y déficit público, resultando esencial para la salvaguardia del equilibrio general. Se toma en cuenta además que la medida se adoptó en un momento en el que la convergencia en materia de inflación y déficit era un requisito *sine qua non* para acceder a la Unión Monetaria.

Tras ratificar el carácter básico de la cláusula de congelación salarial prevista en la Ley General de Presupuestos (en adelante, LGP), el TC analiza si existe contradicción entre esta

norma y la Ley de presupuestos de Euskadi para 1997. El aspecto más interesante de la Sentencia consiste en dilucidar si la Comunidad Autónoma puede contemplar el incremento de las retribuciones para 1997 del Lehendakari, el Vicepresidente y los Consejeros. Se trata de un problema de delimitación del ámbito objetivo de aplicación de la norma básica y la clave consiste en interpretar si la expresión “personal al servicio” de la Administración autonómica incluye a los miembros del Gobierno.

Respecto del Vicepresidente y de los Consejeros, el TC unánimemente considera que pueden ser considerados como parte de la Administración de las Comunidades Autónomas. Se argumenta que los Consejeros son titulares de los departamentos administrativos y ejercen funciones administrativas de dirección. En consecuencia, resultan afectados por la congelación prevista en la LGP.

Por el contrario, la mayoría de los Magistrados concluye que el Lehendakari no forma parte, a efectos retributivos, de la Administración vasca. Se toman en consideración las funciones constitucionales que tiene encomendadas el Presidente de la Comunidad. La Constitución y el Estatuto de Autonomía le atribuyen la suprema representación de la Comunidad Autónoma y la representación ordinaria del Estado en la misma. Además le corresponde la dirección del Consejo de Gobierno. El TC se apoya en que estas funciones son ajenas al ámbito de la actuación administrativa para eximir al Lehendakari de las restricciones presupuestarias impuestas por el Estado.

Cinco de los Magistrados expresan su oposición en este punto a través de dos Votos Particulares. Se propone incluir al Lehendakari dentro del ámbito de la norma estatal básica. Para ello se señala que el preámbulo de la Ley expresa el propósito de establecer una “congelación retributiva general”, aplicable a “todos los altos cargos de la Nación”. Además se razona que al formar parte del Gobierno, un órgano que tiene funciones administrativas, el Lehendakari participa en el desempeño de éstas. En este sentido, se concluye, puede aplicársele la condición de personal al servicio de la Administración autonómica.

C) Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE): relevancia del conocimiento del euskera para la provisión de puestos de trabajo

El TC ha vuelto a pronunciarse sobre la normalización lingüística de la Administración de Justicia en el País Vasco a través de la **STC 270/2006, de 13 de septiembre**. Esta vez el conflicto de competencias tiene como objeto el Decreto 117/2001, de 26 de junio, cuya finalidad es establecer los criterios para la asignación de perfiles lingüísticos en las plantillas de los cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia.

Esta Sentencia retoma el problema allí donde lo dejó la STC 253/2005, de 11 de octubre (comentada en JA, núm. 31). El TC estableció en aquella ocasión que las CCAA con lengua cooficial pueden regular el conocimiento de su lengua propia en la provisión de plazas de la Administración de Justicia. Se admitió además la posibilidad de hacer del conocimiento lingüístico un requisito exigible para la provisión de puestos “cuando de la naturaleza de

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

las funciones a desempeñar se derive dicha exigencia y así se establezca en las relaciones de puestos de trabajo”.

El TC considera conformes a la Constitución los criterios que el País Vasco fija para asignar un “perfil lingüístico” a un puesto de trabajo. Es decir, los criterios que deben utilizarse para establecer los puestos en los que se exige como requisito esencial un determinado nivel de conocimiento del euskera. Dichos criterios son: a) peso del uso del lenguaje en las tareas a realizar en el desempeño del puesto de trabajo; b) mayor grado de autonomía del puesto, y c) frecuencia y características de las relaciones que se establecen en el desempeño del puesto de trabajo. La Sentencia estima que el Decreto del Gobierno Vasco se acomoda en este punto al artículo 530 LOPJ y a la jurisprudencia constitucional, porque los tres se basan en la naturaleza de las funciones del puesto.

Por el contrario, el TC considera contrario al orden constitucional de distribución de competencias el establecimiento de un “índice de obligado cumplimiento”. El Decreto del Gobierno Vasco pretende establecer un porcentaje mínimo de puestos de trabajo en los que debe exigirse el conocimiento de la lengua propia. Esta cuota se fija por referencia al grado de conocimiento del euskera en la sociedad vasca. El TC rechaza este umbral mínimo al considerar que nada tiene que ver con las características funcionales del puesto de trabajo.

También se declara inconstitucional la Disposición Adicional Tercera del Decreto, donde se establece que se tomará en consideración el conocimiento del euskera en las actividades que la Comunidad Autónoma desarrolle en relación con Jueces, Magistrados, Secretarios Judiciales y Fiscales en el marco de los convenios de normalización lingüística o de formación que se suscriban con el CGPJ y el Ministerio de Justicia. La Sentencia afirma que el País Vasco carece de competencia para incluir a estos cuerpos dentro de las medidas de normalización lingüística. Formulan dos Votos Particulares los Magistrados Gay Montalvo y Pérez Tremps (al que se adhiere Pascual Sala), porque consideran que la Disposición Adicional contempla únicamente una posibilidad futura. Se trataría de un conflicto de carácter preventivo e hipotético, porque la norma resulta incompleta sin la firma de los correspondientes convenios con las autoridades estatales.

D) Legislación sobre expropiación forzosa (artículo 149.1.18 CE): competencia autonómica para establecer la composición del jurado de expropiación forzosa

En la STC 251/2006, de 25 de julio, se reconoce a la Comunidad Autónoma de Madrid la facultad de regular un órgano administrativo propio —el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa— como encargado de fijar el justiprecio al amparo de las competencias de ejecución en materia expropiatoria [artículo 36.1.b) EAM]. La competencia de ejecución de la Comunidad lleva implícita, según el TC, la potestad para reglamentar los aspectos organizativos de la expropiación. Se considera que la regulación interna de los órganos encargados del procedimiento expropiatorio no invade la competencia exclusiva del Estado sobre legislación expropiatoria (artículo 149.1.18ª CE).

La clave del asunto consiste en determinar el grado de autonomía con el que la Comunidad Autónoma puede regular la composición interna del Jurado. La Sección Cuarta de la Sala de

lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid y los Votos Particulares de los Magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Arribas consideran que el equilibrio entre vocales nombrados por la Administración e independientes constituye un elemento indisponible para el legislador autonómico. Se invoca la vulneración de los artículos 149.1.18ª CE, “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, y 149.1.1ª, “condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad”. Se defiende el carácter básico del artículo 32 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF). Este precepto establece una “composición equilibrada” para los Jurados Provinciales de Expropiación, de cuyos miembros uno es designado por el Presidente de la Audiencia, dos por la Administración Pública y otros dos por las Cámaras oficiales y Colegios Profesionales. Se considera que el equilibrio en la composición del Jurado constituye un principio de carácter básico, porque garantiza que la indemnización se corresponde con el valor económico del bien expropiado.

El problema se plantea porque la norma autonómica establece un órgano compuesto mayoritariamente por vocales nombrados por la Comunidad Autónoma y por la Federación Madrileña de Municipios. Sólo dos de los nueve vocales son profesionales libres elegidos en representación de los Colegios Oficiales de Arquitectos e Ingenieros Superiores. El TC desestima la cuestión de constitucionalidad bajo el argumento de que el equilibrio entre vocales nombrados por la Administración y aquellos “independientes” no forma parte de las garantías básicas que integran el procedimiento expropiatorio. Para ello se niega que dicho equilibrio forme parte de los principios que vertebran el artículo 32.1 LEF. Por el contrario, se interpreta que la citada Ley trató de superar la dicotomía intereses privados/intereses públicos poniendo el acento en la objetividad de las reglas de fijación del justiprecio. Hasta aquel momento regía un sistema que consistía en el nombramiento de una terna de peritos (perito de la Administración, perito del particular y tercer perito). Según el TC, el vocal procedente de las cámaras o del Colegio Profesional se corresponde con la defensa de los intereses públicos, “aún con la expresada dimensión corporativa”. Se considera que la objetividad queda preservada de forma suficiente mediante el carácter reglado del procedimiento expropiatorio y las reglas de determinación del justiprecio. Por otra parte, el TC afirma que debe extremarse la cautela a la hora de deducir bases normativas a partir de la legislación preconstitucional.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

RAÚL CANOSA USERA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

ENCARNA CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

MARÍA DÍAZ CREGO

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos. A) Introducción. B) Derecho a la vida. a) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y obligaciones positivas de los Estados: desaparecidos y requisitos de una investigación oficial efectiva. C) Prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH). a) Las inadecuadas condiciones de las cárceles determinan la infracción de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. b) La persistente situación de aislamiento en la prisión no constituye *per se* un trato inhumano o degradante siempre que no sea indefinida. c) La continuada permanencia en prisión de un enfermo psíquico sin la debida vigilancia médica constituye un tratamiento inhumano o degradante, pero no implica la obligatoriedad de liberarle. d) La utilización de métodos agresivos físicamente para la obtención de pruebas resulta un trato inhumano especialmente si es posible obtener el mismo resultado mediante procedimientos menos degradantes. D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH). a) El derecho a un proceso equitativo incluye el derecho a la ejecución de las sentencias. b) La revisión de una serie de decisiones administrativas únicamente por el Tribunal Constitucional checo determina la vulneración del artículo 6.1 CEDH. c) El derecho a un juez predeterminado por la ley impide a los jueces cuyo mandato se ha extinguido formar parte del tribunal juzgador aunque sea una práctica habitual en el Estado parte. d) Se produce vulneración del artículo 6.1 cuando el Tribunal Supremo anula una sentencia de un tribunal inferior sin tener clara competencia para ello y sin justificarlo suficientemente. e) Derecho a un juicio justo: valor probatorio de pruebas obtenidas en violación del Convenio: una cuestión abierta con muchas implicaciones. f) Derecho a no inculparse: incluye la negativa a realizar actividades anormales e inducidas artificialmente para la obtención de material inculpativo. E) Derecho a la intimidad. a) Registros corporales a los visitantes de reclusos. b) Negativa a reconocer el derecho a la vida privada de los difuntos. c) Derecho a la

inviolabilidad del domicilio (artículo 8.1 CEDH) y obligaciones positivas de los Estados.

d) Derecho a la inviolabilidad del domicilio: La falta de diligencia de la policía a la hora de analizar las circunstancias en que debe realizarse un registro determina la infracción del artículo 8 CEDH. F) Libertad de expresión. a) Derecho a la libertad de expresión y

derecho a la intimidad. La imputación de hechos delictivos puede constituir una intromisión en el derecho a la intimidad, pero resulta legítima si se actúa de buena fe en un asunto de interés público. b) Libertad de expresión: la lesión a la objetividad y al pluralismo puede no justificar la necesidad de una medida restrictiva en una sociedad democrática. c) Discurso político (*political speech*) y discurso del odio: un conflicto con soluciones difíciles de trazar. d) Libertad de expresión: no se acepta la doctrina del reportaje neutral. La responsabilidad por la realización y reproducción de entrevistas a terroristas se puede extender al redactor en jefe y al propietario de la publicación. G) Derecho a

una demanda individual (artículo 34). a) Derecho al recurso individual de la víctima e inaplicación por un Estado miembro de una medida cautelar (artículo 34 CEDH en relación con el artículo 39 del Reglamento de la Corte). Condiciones de admisibilidad: “Agotar las vías de recursos internas” significa los “recursos verdaderamente eficaces” (artículo 35 CEDH).

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A) Igualdad (artículo 14 CE). Discriminación por razón de sexo: no se debe suspender la demanda de empleo de una trabajadora durante la baja por maternidad. B) *Habeas corpus*: inadmisión liminar (artículo 17.4 CE). C) Derecho a la intimidad corporal del recluso (artículo 18.1 CE). D) Derecho al honor: artículo 18.1 CE. La información rectamente obtenida es aquella que cumple el requisito de veracidad, independientemente de que no respete el secreto de sumario. E) Secreto de las comunicaciones: Falta de motivación en resoluciones judiciales que autorizaron intervenciones telefónicas y lesión de la presunción de inocencia (artículos 18.3 y 24.2 CE). F) Libertad negativa de asociación respecto de cámaras de comercio (artículo 22 CE). G) Inadmisión a trámite de proposición de ley presupuestaria por oposición del Gobierno vasco (artículo 23.1 y 23.2 CE). H) Tutela judicial efectiva. a) Ejecución de sentencias del TEDH. La no consideración de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo como “documentos recobrados” a efectos del recurso de revisión en un litigio laboral ante el Tribunal Supremo no vulnera el artículo 24.1 CE. b) Denegación de indemnización por el Tribunal Supremo, conce-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dida en las primeras instancias judiciales, por conducta empresarial antisindical por no facilitar el trabajador las bases para la cuantificación del daño. c) Error en la indicación de los recursos procedentes. La interposición por el demandante de amparo, cuente o no con asistencia letrada, de recursos o remedios procesales objetiva y manifiestamente improcedentes no es manifiestamente improcedente a efectos del recurso de amparo cuando ello se debió a una errónea indicación consignada en la instrucción de recursos. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho a la propia imagen de una menor: artículo 18.1 CE. B) Partidos políticos ilegales. Procedimiento de ejecución en proceso de ilegalización de partidos políticos. Medidas cautelares respecto a las “Herriko tabernas”. Medidas adoptadas *inaudita parte*. C) Derecho de defensa y confidencialidad de documentación incluida en expedientes administrativos. D) Motivación de resoluciones administrativas de expulsión de inmigrantes en situación irregular: basta con que pueda deducirse con claridad del expediente administrativo aunque no se explicita en la resolución administrativa.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se examina la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2006.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Durante este período el TEDH ha dictado 256 sentencias. Destaca dentro de este altísimo número la frecuencia de condena como consecuencia de dilaciones indebidas, aunque sorprenda la ausencia de condena alguna a España por este motivo. Entre ellas la más importante sea quizá **Blake contra el Reino Unido**, unas dilaciones de algo más de 7 años, incluido pronunciamiento de la Cámara de los Lores en un asunto muy conocido de un espía que quería publicar sus memorias.

Persiste todavía un importante número de asuntos en los que se condena a Turquía por vulneración de una pluralidad de preceptos del convenio en el contexto de la lucha contra el terrorismo kurdo, por ejemplo, por la falta de imparcialidad de las Cortes militares; la

excesiva duración de la detención policial y la existencia de tratos inhumanos y degradantes.

Igualmente digno de resaltar son las numerosísimas condenas contra diversos países, (Turquía, Moldavia, Macedonia, Rumanía, Ucrania, Grecia) como consecuencia de lesión al derecho de propiedad bien por no pagar el justiprecio en expropiaciones, bien por llevar a cabo *expropiaciones indirectas*.

También se realizan diversas condenas a Italia en la misma línea que otras ya comentadas en esta revista como consecuencia de la ya derogada ley de quiebra que suponía una excesiva restricción de derechos fundamentales como la intimidad, libre circulación e incluso el derecho de sufragio activo (por todas, **Taiani contra Italia**).

De entre las sentencias más importantes que a continuación se comentan conviene destacar la extraña condena a España en **Olaecha Cahuas contra España** como consecuencia de la negativa de la autoridad judicial española a acatar una medida cautelar decretada por el TEDH y el asunto **Jalloh contra Alemania** en el que se plantean varias cuestiones sobre la noción de tratos inhumanos y sobre la admisibilidad de pruebas obtenidas mediante el uso de prácticas prohibidas por el Convenio.

B) Derecho a la vida

a) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y obligaciones positivas de los Estados: desaparecidos y requisitos de una investigación oficial efectiva

En el caso **Bazorkina contra Rusia**, de 27 de julio de 2006, se analiza la queja del padre de un ciudadano ruso desaparecido en 1999 en Chechenia. Los hechos no son lamentablemente nuevos, tampoco la doctrina, pero se acierta a resumir con notable concisión y sistema esta garantía. El TEDH, entre otros derechos, estima violado el artículo 2 CEDH por dos motivos: la desaparición en sí misma y fallar el Estado en conducir una investigación oficial efectiva. Y resume su jurisprudencia previa (entre los precedentes, McCann y otros contra el Reino Unido): el derecho incluye la obligación positiva de los Estados de proteger la vida mediante las leyes nacionales y las autoridades internas. La forma en que la investigación se conduzca puede variar según las circunstancias, pero las autoridades deben actuar de oficio una vez que conocen del asunto sin orillar o escurrir su iniciativa. Esta obligación no se satisface con la mera constatación de los daños sino que requiere la identificación y el castigo de los responsables. Una investigación sobre una muerte ilegal requiere para ser efectiva que se cumplan los siguientes requisitos: que se contemple como “necesaria” por las autoridades responsables de llevarla adelante, que las mismas sean “independientes” de los hechos, que sea “efectiva” en el sentido de ser susceptible de determinar si el uso de la fuerza fue legítimo o justificado, y “pronta o razonablemente expedita”. No es una obligación de resultados sino de medios: las autoridades deben tomar los pasos razonables para constatar los indicios sobre la causa de la muerte, entre

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

otros, testigos, informes de los forenses, la autopsia si fuera precisa. Cualquier deficiencia en estos requisitos puede incumplir el estándar.

Aplicando la doctrina al caso, se concluye que la investigación tuvo inexplicables retrasos, a veces de años, que tuvieron un impacto negativo en la investigación, que no se valoraron los indicios más razonables, sosteniéndose que el desaparecido había escapado, que no se identificaron a los oficiales sospechosos, etc.

Una situación parecida se produce en **Kavak contra Turquía**, de 6 de julio, en la que se condena al Estado parte como consecuencia de la ineficacia de la investigación pública realizada en torno a la muerte de dos jóvenes en una zona con fuertes controles policiales (y cuyos informes fueron manifiestamente incompletos) y sin que se practicara la autopsia a los detenidos. El Tribunal entiende que si bien no es posible apreciar una violación del artículo 2 desde el punto de vista sustancial (no cabe imputar a autoridades estatales la comisión de los asesinatos), sí es posible declarar la lesión del artículo 2 del Convenio desde el punto de vista procedimental dadas las graves deficiencias de la investigación realizada.

C) Prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH)

a) Las inadecuadas condiciones de las cárceles determinan la infracción de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes

En el asunto **Popov contra Rusia**, de 13 de julio, el TEDH considera vulnerado el derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH), en un caso en el que un joven ruso había sido juzgado y condenado por un presunto asesinato y había sido encarcelado en prisión provisional y tras su condena en unas condiciones que determinan la infracción del artículo 3 CEDH. El TEDH considera vulnerado el derecho por las condiciones en que se encontraban las cárceles en las que el recurrente permaneció. El TEDH hace especial hincapié en el hacinamiento, las condiciones higiénicas, los malos tratos inflingidos por los trabajadores de las prisiones y la falta de tratamiento del tumor del recurrente, al que no se le proporcionó ni la asistencia médica, ni los fármacos que le había recetado su médico.

b) La persistente situación de aislamiento en la prisión no constituye per se un trato inhumano o degradante siempre que no sea indefinida

En el asunto **Ramírez Sánchez contra Francia**, de 4 de julio, la Gran Sala enjuicia el caso de un conocido terrorista internacional (“Carlos” o “el Chacal”) que fue condenado a perpetuidad en Francia y que ha pasado la mayor parte de su condena en situación de aislamiento. El TEDH confirma la previa sentencia de la Sala (de 27 de enero de 2005, JA, núm. 28) defendiendo que no ha existido la mínima severidad exigible a un trato para ser considerado inhumano dadas las circunstancias en las que se produce el aislamiento (no supone aislamiento social ni sensorial) pero advierte, ante la larga duración del mismo, que no es aceptable en el marco del CEDH aislamientos indefinidos que necesariamente

suponen un trato prohibido. La Sentencia, al igual que la de la Sala, no es unánime pues cinco magistrados valoran la larga duración de la situación de aislamiento como lesiva, necesariamente, de la dignidad del preso.

c) La continuada permanencia en prisión de un enfermo psíquico sin la debida vigilancia médica constituye un tratamiento inhumano o degradante, pero no implica la obligatoriedad de liberarle

En *Riviere contra Francia*, de 11 de julio de 2006, se plantea un nuevo problema de tratos inhumanos como consecuencia de largas estancias en prisión. Se trata de un condenado a perpetuidad en 1978 (con 22 años) que desarrolla a lo largo de su estancia en prisión una enfermedad mental grave debidamente diagnosticada por los servicios médicos penitenciarios. Sin embargo, excepto en algunos períodos, no es ingresado en un hospital psiquiátrico, ni es liberado. El TEDH recuerda su jurisprudencia sobre la cuestión afirmando que no cabe deducir del artículo 3 del CEDH una obligación de liberar a un detenido por motivos de salud, pero sí impone una obligación de proteger la dignidad psíquica de las personas privadas de libertad (particularmente mediante el suministro de medicamentos). En el caso se plantea no si debe liberarse al reo, sino si su mantenimiento en prisión en unas determinadas condiciones (sin vigilancia médica especializada y constante) es conforme con el artículo 3. A su juicio, un enfermo mental con tendencias suicidas requiere medidas particularmente orientadas al tratamiento con dignidad de su enfermedad; siendo su mantenimiento en prisión sin tratamiento médico adecuado una actuación estatal que supera el nivel inevitable de sufrimiento inherente a su situación de privación de libertad y, por tanto, lesivo del artículo 3 CEDH.

d) La utilización de métodos agresivos físicamente para la obtención de pruebas resulta un trato inhumano especialmente si es posible obtener el mismo resultado mediante procedimientos menos degradantes

En el caso *Jalloh contra Alemania*, de 11 de julio, se condena al Estado parte como consecuencia del trato recibido por un detenido para obtener pruebas físicas. En concreto el detenido, un pequeño narcotraficante, había ingerido una pequeña cantidad de droga dentro de una bolsa para ocultarla a la policía en el momento de su detención. Para obtener la droga ocultada de este modo, el detenido fue conducido a un Hospital donde se le introdujo una sonda naso-gástrica con medicamentos para provocarle el vómito mientras era sujetado por cuatro policías. Tal actuación le provocó varias secuelas. La Gran Sala, sintetiza su jurisprudencia sobre la cuestión recordando que un tratamiento médico adoptado contra la voluntad de un detenido no es por sí mismo constitutivo de trato inhumano en la medida en que no contradiga las exigencias médicas bien establecidas (por ejemplo, alimentación forzosa) o cuando persigan la obtención de pruebas de participación en un crimen (por ejemplo, toma de muestras de sangre o saliva). Ahora bien, el recurso a las intervenciones médicas forzosas ha de estar convenientemente justificado en las circunstancias del caso. Ello es particularmente claro cuando el procedimiento consiste

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

en extraer la prueba del cuerpo de detenido por el carácter especialmente intrusivo del procedimiento. En tales supuestos ha de tenerse en cuenta la gravedad del crimen, la existencia o no de alternativas menos agresivas, el grado de daño físico generado, su práctica por personal médico y los efectos sobre la salud del detenido.

Aplicando tales criterios el TEDH entendió que la lucha contra el narcotráfico es uno de los objetivos esenciales de los poderes públicos (sobre esta cuestión volveremos más adelante) pero al tratarse de un pequeño narcotraficante podían haber esperado y utilizar un método menos agresivo en virtud del cual se habría producido la natural expulsión de la bolsa de droga. El método seguido supuso poner en riesgo la salud del detenido (no es un método médicamente inocuo) y generaron un dolor y una humillación que no eran necesarios existiendo métodos alternativos. Frente a esta argumentación, que sigue de cerca las posiciones expresadas en la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el asunto *Rochin contra California*, se expresan en varios votos particulares siete de los diecisiete magistrados de la Gran Sala.

D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH)

a) El derecho a un proceso equitativo incluye el derecho a la ejecución de las sentencias

En este trimestre destaca un nutrido grupo de sentencias en las que el TEDH, aplicando jurisprudencia reiterada, condena a Turquía y a Ucrania al considerar que la falta de ejecución de una sentencia favorable a los diversos recurrentes durante un período prolongado de tiempo vulnera el artículo 6.1 CEDH y, en ocasiones, el artículo 1 del Protocolo adicional al CEDH (*Asuntos Terekhova v. Rusia*, de 13 de julio; *Grigoryeva v. Rusia*, de 13 de julio; *Shiryayeva v. Rusia*, de 13 de julio; *Kovalenko v. Rusia*, de 13 de julio; *Shamina v. Rusia*, de 13 de julio; *Vasylyev v. Ucrania*, de 13 de julio; *Matrena Polupanova v. Rusia*, de 13 de julio; *Vasilyeva v. Rusia*, de 13 de julio, *KoudelKa contra República Checa*, de 20 de julio, *Rilski v. Polonia* de 11 de julio, *Papa v. Grecia*, de 6 de julio, etc.)

b) La revisión de una serie de decisiones administrativas únicamente por el Tribunal Constitucional checo determina la vulneración del artículo 6.1 CEDH

El asunto *Stefanec contra República Checa*, de 18 de julio, resuelve un supuesto de eventual vulneración de los artículos 6 y 10 CEDH. En lo que se refiere al derecho a un proceso equitativo, el TEDH analiza si la revisión de ciertas decisiones administrativas únicamente por el Tribunal Constitucional checo puede determinar la vulneración del derecho reconocido en el artículo 6.1 CEDH. El recurrente fue sancionado a una multa por la organización de una manifestación que había sido prohibida por el ayuntamiento de la ciudad checa de Brno y que, a pesar de ello, llegó a celebrarse. Según la legislación procesal checa, sólo cabía interponer un recurso ante la jurisdicción ordinaria contra la multa indicada cuando alcanzara una determinada cuantía. Puesto que la multa impuesta al recurrente no alcanzaba esa cuantía, el recurrente vio negado su derecho a que un tribunal independiente e imparcial entendiera del asunto. A pesar de que el recurrente interpuso un recurso frente al TC checo, el Alto Tribunal lo rechazó por falta de fundamento,

señalando que no era competente para entender de cuestiones de legalidad ordinaria. Tras analizar el caso, el TEDH considera que el hecho de que el recurrente sólo pudiera acceder al TC checo, unido a la jurisdicción limitada de ese tribunal, que no podía considerarse un tribunal competente para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho planteadas por el recurrente, había determinado la vulneración del derecho reconocido en el artículo 6.1 CEDH.

c) El derecho a un juez predeterminado por la ley impide a los jueces cuyo mandato se ha extinguido formar parte del tribunal juzgador aunque sea una práctica habitual en el Estado parte

En el asunto **Gurov contra Moldavia**, de 11 de julio de 2006, se plantea un extraño supuesto en el que el recurrente fue juzgado por un tribunal en el que uno de sus miembros había terminado su mandato. Según los antecedentes esta situación fue resultado de la ausencia de confirmación por el ejecutivo de la extensión de dicho mandato y la subsiguiente ausencia de nombramiento de su sustituto. Ante la inexistencia de sustituto es práctica habitual que el anterior magistrado continúe en sus funciones, pero esta práctica carece de sustento jurídico alguno por lo que el Tribunal considera que no puede entenderse que satisfaga las exigencias del CEDH respecto a la predeterminación legal del juez. En un voto particular dos jueces plantean la cuestión verdaderamente conflictiva que no es tanto la continuidad en el cargo más allá del mandato legal, cuanto el hecho de que la prórroga del mismo dependiera de la libre decisión del Ejecutivo, lo que constituye una violación mucho más grave del derecho a un juez imparcial.

d) Se produce vulneración del artículo 6.1 cuando el Tribunal Supremo anula una sentencia de un tribunal inferior sin tener clara competencia para ello y sin justificarlo suficientemente

En **Skurenko & Strygun contra Ucrania**, de 20 de julio, se plantea un supuesto interesante en el que se entiende que no se cumplen con las exigencias del tribunal “previsto por la ley” del artículo 6.1 del Convenio cuando el Tribunal Supremo ucraniano procede a declarar firme la decisión de un tribunal de apelación sin tener competencia para ello (podría haber confirmado la decisión de un tribunal superior; devolver las actuaciones al momento en que se produjo la infracción o declarar nulo todo el proceso), puesto que la previsión legal a que se refiere el citado precepto incluye no sólo la existencia y composición del tribunal, sino también el elenco de sus competencias. El TEDH recuerda que en ocasiones anteriores ha aceptado que las más altas instancias jurisdiccionales de un Estado pueden tomar decisiones no estrictamente previstas en la ley. Pero, tal situación tiene carácter excepcional por lo que el tribunal en cuestión ha de conferir razones claras y plausibles para este alejamiento de sus competencias, cosa que no habría ocurrido en este caso.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

e) Derecho a un juicio justo: valor probatorio de pruebas obtenidas en violación del Convenio: una cuestión abierta con muchas implicaciones

En el caso **Jalloh contra Alemania**, de 11 de julio, se plantea una segunda cuestión de interés. El valor probatorio que puede conferirse a una bolsa de droga extraída del cuerpo del detenido con métodos lesivos del artículo 3 del Convenio tal y como se ha apuntado más arriba. Dos alegaciones realiza el demandante: lesión del derecho a un juicio equitativo como consecuencia de la ilegalidad del método de obtención de la prueba y lesión del derecho a no autoincriminarse puesto que se obtuvo la prueba arrancándosela del cuerpo en contra de su propia voluntad.

El TEDH realiza una interpretación sorprendente respecto a la primera cuestión planteada. Recuerda que las pruebas obtenidas bajo tortura son inaceptables en un juicio como consecuencia del artículo 15 del Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura. La mayoría del Tribunal, a diferencia de los disidentes jueces Wildhaber, Caflisch y, en este punto, Hajiyeh (así como los jueces Ress, Pellonpää, Baka y Cicuta, si bien no se expresan con claridad en este punto), entiende que no es lo mismo tortura que trato inhumano o degradante (*ill-treatment*) por lo que parece insinuarse que caben soluciones diferentes según nos encontremos ante tortura o ante estas otras formas de maltrato (asumiendo que se trata de tres conceptos distintos diferenciados en términos de grado fundamentalmente). Sin embargo, el TEDH opta por “dejar abierta” la cuestión de si el uso de pruebas obtenidas con actos calificados como trato inhumano o degradante convierte automáticamente a un juicio en injusto. Esto es, no entra a valorar si en determinadas circunstancias podría condenarse justamente a un ciudadano como consecuencia de pruebas obtenidas como consecuencia de tratos degradantes. Lo que sí hace es examinar el caso concreto y en particular que la prueba así obtenida fue esencial para el fallo condenatorio y que el interés público en condenar al recurrente (la persecución del tráfico de droga en pequeña escala con una pena de 6 meses con suspensión en su ejecución) no era tan poderoso como para autorizar el concreto uso de esa prueba. En tales circunstancias, concluye el TEDH, el juicio no fue justo.

Esta argumentación muestra en el seno del TEDH un importante debate interno acerca de la admisibilidad de este tipo de pruebas. Debate interno que parece girar en torno a dos ejes muy relacionados entre sí y de extraordinaria importancia. El primero de ellos es puesto de manifiesto con claridad en el Voto Particular de cuatro jueces al que se adhieren en este punto otros dos de forma expresa: la cuestión de la admisibilidad de pruebas en el seno de un proceso es una cuestión de derecho interno. Ésta es una manifestación esencial, a juicio de los disidentes, del principio de subsidiariedad que rige las relaciones entre las instancias de los Estados parte y la actividad del TEDH. Por ello cualquier intromisión en este tema supone invadir el campo legítimo de actuación de las autoridades legislativas y judiciales nacionales no pudiendo obligarse a que todos los Estados miembros consideren necesariamente como prueba ilegal toda aquella obtenida con violación de un precepto del Convenio. El segundo de los ejes gira en torno a la poca sólida argumentación del TEDH respecto a la ausencia de legitimidad de la intervención violenta en la persona del detenido en virtud de la poca gravedad del concreto delito objeto de persecución (argumento contestado tanto en los votos disidentes como en los concurrentes y que parece

una solución de compromiso mal articulada). La pregunta inmediata planteable es si esas mismas intervenciones serían legítimas en otros supuestos donde el interés público sea más acuciante o importante (narcotráfico en gran escala o terrorismo). Así, se señala en los votos particulares que un trato es inhumano o no con independencia de que objetivo de interés general se persiga. No cabe a juicio de los dos votos concurrentes suscritos por los jueces Bratza y Zupancic aplicar en este punto el principio de proporcionalidad.

Quizás tras esta disputa además de una discusión conceptual (qué es tortura y si ésta es, a tenor del artículo 3 CEDH, diferenciable de tratos inhumanos y degradantes o cuál es el margen de maniobra que deba dejarse a la legislación y práctica procesal a los Estados parte en virtud del principio de subsidiariedad) existe un debate de mayor alcance respecto a las medidas que los Estados de Derecho pueden adoptar para formas de delincuencia cada vez más complejas y difíciles de prevenir y sancionar como el narcotráfico a gran escala o el terrorismo internacional.

f) Derecho a no inculparse: incluye la negativa a realizar actividades anormales e inducidas artificialmente para la obtención de material inculpativo

Respecto al derecho a no inculparse, en el caso *Jalloh contra Alemania*, el TEDH recuerda que aunque normalmente este derecho se refiere a declaraciones o confesiones realizadas por el detenido, también puede tener un significado más amplio incluyendo el derecho a no facilitar material que tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso cuyo uso en general no está prohibido por las leyes (sangre, respiración, orina, etc.) En su jurisprudencia anterior ha considerado que el uso de este material no puede considerarse protegido por el derecho a no inculparse, pero en el caso concreto planteado este material fue arrancado del detenido con un procedimiento en exceso violento. En los supuestos planteados con anterioridad se obtenía el material requiriéndose del detenido sólo una actitud pasiva con mínima interferencia de su integridad (extracción de sangre) o una actitud activa considerada normal y habitual (producción natural de fluidos corporales) y no una actividad *anormal e inducida artificialmente* (los vómitos consecuencia de la actuación considerada degradante). Por todo ello entiende (de nuevo por 11 votos a 6) que existe lesión del artículo 6 del convenio en su vertiente del derecho a no inculparse.

E) Derecho a la intimidad

a) Registros corporales a los visitantes de reclusos

En *Wainwright contra el Reino Unido*, de 26 de septiembre de 2006, se plantea un caso de severo registro corporal de dos personas —una de ellas considerada deficiente mental— que iban a visitar a un familiar en prisión. Alegan vulneración de los artículos 3 y 8. El Gobierno señala que existe un problema endémico de drogas, que con frecuencia se utiliza a los familiares de los presos para introducirlas, y que la persona que iban a visitar

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

vendía droga en la cárcel. La Corte considera que el registro no reúne las condiciones mínimas para caer bajo la óptica del artículo 3 pero que “no se ha demostrado que los registros fueran proporcionales a su finalidad legítima en la forma en que fueron practicados” que “las autoridades penitenciarias tienen que ser especialmente cuidadosas en la manera en que hacen estas cosas a personas ajenas a la prisión y que pueden resultar inocentes...”, y que, en definitiva, se ha vulnerado el artículo 8 del CEDH.

b) Negativa a reconocer el derecho a la vida privada de los difuntos

En el asunto **Jäggi contra Suiza**, de 13 de julio, el TEDH resuelve un caso de eventual infracción del derecho a la vida privada por la negativa a realizar una prueba de ADN sobre el cuerpo de un difunto a fin de determinar si éste era el padre del recurrente. El TEDH considera que, efectivamente, se ha producido una infracción del derecho indicado y ello porque el derecho a la vida privada incluye un derecho a la propia identidad, en el que se ubicaría el derecho a conocer la propia ascendencia. En esta lógica, el derecho a conocer la propia ascendencia sólo podría verse limitado en la medida en que la protección de terceros determinara la imposibilidad de obligarlos a sufrir una prueba de ADN. El TEDH analiza si en el caso presente existía algún impedimento que determinara la imposibilidad de realizar la prueba de ADN al presunto padre. Indica así que la familia no había alegado ningún impedimento de tipo religioso o filosófico, y que el sujeto en cuestión estaba muerto, con lo que la prueba de ADN no podía vulnerar su derecho a la vida privada. El derecho a reposar en paz tras la muerte, un derecho temporal, no podría, a ojos del TEDH, determinar la limitación del derecho del recurrente a conocer su ascendencia.

c) Derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 8.1 CEDH) y obligaciones positivas de los Estados

El caso **H.M. contra Turquía**, de 8 de agosto de 2006, explica bien las obligaciones positivas de los Estados que el derecho a la inviolabilidad del domicilio demanda, un rasgo no tan frecuente dado su naturaleza jurídica de derecho prevalentemente negativo, de libertad o abstención.

Se analiza y estima la queja de un educador y dirigente del sindicato de profesores de la enseñanza pública. En 1995 participa en una manifestación no autorizada. Después es golpeado brutalmente por la policía frente al palacio de justicia cuando sus camaradas estaban siendo juzgados. Es convocado a la comisaría para identificar a los policías maltratadores, pero la diligencia es infructuosa. Más tarde unos policías comparecen y entran en su domicilio, sin autorización judicial, le muestran un documento de identidad y le intimidan y acusan de actividades sindicales ilegales. El actor denuncia el allanamiento. Pero las autoridades le responden que los supuestos agentes de policía no podían ser identificados y que esos hechos no fueron cometidos por fuerzas de orden público.

El TEDH recuerda que el artículo 8 CEDH tiene como fin esencial prevenir al individuo de ingerencias arbitrarias por parte de los poderes públicos, pero puede también exigir

la adopción de medidas positivas para garantizar ese derecho. Y, no obstante, al margen de la apreciación nacional de los Estados en la elección de los medios para asegurar el derecho, se exige una investigación efectiva, que aporte luz sobre los hechos, y el respeto de algunas garantías en el procedimiento.

d) Derecho a la inviolabilidad del domicilio: La falta de diligencia de la policía a la hora de analizar las circunstancias en que debe realizarse un registro determina la infracción del artículo 8 CEDH

En el asunto **Keegan contra Reino Unido**, de 18 de julio, el TEDH analiza si el registro policial en el domicilio de los recurrentes vulnera el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH. Los recurrentes sufrieron el registro de su casa, seis meses después de haberla comprado y debido a que los anteriores propietarios habían llevado a cabo una serie de robos. La policía contaba con una orden de registro cuando entró en su casa y esta orden fue expedida de acuerdo con las exigencias marcadas por la ley británica. A pesar de ello, el TEDH analiza si el registro podía considerarse *necesario en una sociedad democrática*. El hecho de que los recurrentes llevaran 6 meses residiendo en la casa, que el cambio de titularidad en la propiedad tuviera las mismas fechas y que ellos no tuvieran contacto alguno con presuntos criminales lleva al TEDH a resolver que la decisión no era necesaria en una sociedad democrática.

F) Libertad de expresión

a) Derecho a la libertad de expresión y derecho a la intimidad. La imputación de hechos delictivos puede constituir una intromisión en el derecho a la intimidad, pero resulta legítima si se actúa de buena fe en un asunto de interés público

En **White contra Suecia**, de 19 de septiembre de 2006, se analiza una serie de informaciones que relacionan al recurrente con varios delitos incluido el asesinato de Olof Palme. En los mismos periódicos aparecen también declaraciones de otras personas que negaban tales hechos e incluso una entrevista con el recurrente.

Alega que las referidas informaciones implican vulneración del artículo 8. El Tribunal señala que en el tratamiento de la información se han incluido tanto personas que afirmaban la implicación del recurrente como personas que la negaban, y que además se le ha dado la oportunidad de comentar lo publicado, por lo que se puede concluir que el periodista ha actuado de buena fe, aunque contenga afirmaciones sobre su implicación en serios asuntos criminales de los que no ha sido ni siquiera acusado formalmente, afectando seriamente a su vida privada y familiar. A pesar de ello, teniendo en cuenta el interés público de la noticia, considera que no se ha vulnerado el artículo 8 del CEDH. Quizás lo más sorprendente de esta decisión sea no tanto el resultado (que era previsible dada la superprotección conferida a la libertad de expresión cuando afecta a asuntos de interés público), cuanto la inclusión de las imputaciones realizadas (la participación en un hecho delictivo) dentro del ámbito del derecho a la vida privada y familiar del artículo

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

lo 8. Esas imputaciones afectarían más bien al derecho al honor, sin embargo, la opción del Tribunal es razonable en la medida en que tal derecho, como es bien sabido, carece de un reconocimiento autónomo en el Convenio, pero con ello el Tribunal parece optar por seguir ampliando el contenido del derecho a la intimidad para suplir las lagunas del Convenio.

b) Libertad de expresión: la lesión a la objetividad y al pluralismo puede no justificar la necesidad de una medida restrictiva en una sociedad democrática

En **Monnat contra SUIZA**, de 21 de septiembre de 2006, el recurrente es un periodista que emite en una televisión un reportaje denominado “El honor perdido de Suiza” sobre la posición de ese país durante la II Guerra mundial. Se presentan dos quejas de ciudadanos ante una Autoridad de quejas y esa autoridad sanciona a la televisión por entender que se ha vulnerado el principio de objetividad, al no reflejar en el programa la pluralidad o diversidad de opiniones sobre el asunto, y por no identificar como opiniones personales del periodista lo que eran tales. La televisión procede al embargo del programa que no puede ser vendido a otras televisiones. Se declara vulneración del artículo 10 por no ser una medida necesaria en una sociedad democrática dada la importancia del debate público generado.

c) Discurso político (political speech) y discurso del odio: un conflicto con soluciones difíciles de trazar

En el caso **Erbakan contra Turquía (1)**, de 6 de julio de 2006, se plantea uno de los supuestos teóricos más extremos de conflicto con la libertad de expresión. El caso trae causa en un discurso (en 1994) del líder del posteriormente (en 1998) declarado ilegal Partido de la Prosperidad durante la campaña electoral municipal. En el citado discurso se realizaron expresiones claramente discriminatorias por razones religiosas en una zona muy castigada por el terrorismo islámico. El orador es demandado por las autoridades turcas cuatro años después y condenado como consecuencia de la profusión de expresiones incitando a la discriminación y al odio sobre la base de diferencias religiosas.

El conflicto es particularmente importante en la medida en que se enmarca en el ejercicio de una de las manifestaciones de la libertad de expresión que gozan de la máxima protección: la ejercida en el marco de una campaña política de carácter democrático. Sin embargo, también el límite es de una importancia cualificada en el ámbito del respeto a los valores esenciales de convivencia sustentadores del Estado democrático puesto que resulta inaceptable el uso de discursos que inciten a la discriminación o a la violencia por motivos religiosos.

El TEDH recuerda su jurisprudencia sobre estas cuestiones y en particular, en los casos de limitación del discurso político, la exigencia de una *presión social acuciante* para justificar la injerencia en la libertad de expresión y la proporcionalidad de las medidas adoptadas. El TEDH aprovecha, hábilmente para evitar entrar en la espinosa cuestión planteada, la tardanza en el inicio de las acciones contra el reclamante para defender que la presión social no será tan acuciante si las autoridades turcas son capaces de esperar cuatro años

sin tomar medida alguna frente al discurso discriminatorio pronunciado. Por este motivo considera que existe una lesión al artículo 10 en la medida en que, además, afectaba a una persona política notoria por lo que puede tener un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión de otros personajes políticos.

Frente a este planteamiento la Juez Steiner sostiene en un voto particular que la distinción entre creyentes y no creyentes en una zona con terrorismo religioso constituye una forma de discurso del odio, una apología de la violencia o una invitación a la violencia incompatible con los valores del CEDH y que no puede encuadrarse en el libre juego democrático. La tardanza en iniciar las acciones penales no es un argumento suficiente puesto que los climas sociales de intolerancia se crean progresivamente a lo largo del tiempo y no cabe dudar que la intervención del reclamante fue “una contribución nefasta” en la creación de una situación insostenible de violencia religiosa.

d) Libertad de expresión: no se acepta la doctrina del reportaje neutral. La responsabilidad por la realización y reproducción de entrevistas a terroristas se puede extender al redactor en jefe y al propietario de la publicación

En *Çapan contra Turquía* y en *Haris Dögan contra Turquía*, ambas de 25 de julio, se plantea un caso bastante habitual en la jurisprudencia europea sobre libertad de expresión en Turquía. La realización y difusión de entrevistas a líderes radicales o independentistas que de forma más o menos velada inducen al ejercicio de la violencia contra las autoridades o contra los conciudadanos. La doctrina jurisprudencial está ya bastante asentada en torno a la legitimidad de la prohibición de mensajes que supongan una incitación directa a la violencia susceptible de generar, en la situación concreta en la que se produzcan, tal efecto violento, siempre que las penas impuestas no sean desproporcionadas. Igualmente se reitera, y quizás en este tema se aleje de la jurisprudencia española sobre la cuestión, la responsabilidad penal de sujetos que no realizan por sí la comunicación, pero intervienen en el proceso de difusión de la misma como son el redactor jefe y el propietario del medio. Se rechaza, por esta vía, la doctrina del reportaje neutral vigente en nuestro país y se permite en los delitos de prensa la extensión de la responsabilidad en cascada muy poco habitual en el ámbito del derecho penal.

G) Derecho a una demanda individual (artículo 34)

a) Derecho al recurso individual de la víctima e inaplicación por un Estado miembro de una medida cautelar (artículo 34 CEDH en relación con el artículo 39 del Reglamento de la Corte). Condiciones de admisibilidad: “Agotar las vías de recursos internas” significa los “recursos verdaderamente eficaces” (artículo 35 CEDH)

El asunto más importante, pues la Corte condena a España, y al tiempo hartamente discutible, pues no es ni mucho menos evidente que se hayan convenientemente agotados los recursos internos es el caso *Olaecha Cahuas contra España*, de 10 de agosto de 2006, relativo

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

a la extradición pasiva del recurrente a Perú para ser juzgado por un delito de terrorismo. La Corte desestima una violación de los artículos 3, 5 y 6, pero estima la lesión del artículo 34 CEDH relativo al derecho de cualquier persona que se considere víctima de la violación de un derecho a presentar una demanda individual y a las medidas cautelares, integrando el mandato del artículo 39 del Reglamento del TEDH en el contenido del derecho.

La curiosa y compleja secuencia de hechos es la siguiente. El actor fue detenido en España, en aplicación de una orden internacional de arresto, por su supuesta pertenencia al grupo armado “Sendero Luminoso”. Y se inició un proceso de extradición ante la Audiencia Nacional conforme al Tratado bilateral de extradición entre ambos Estados. El recurrente aceptó una extradición simplificada que tiene como beneficio y especialidad que sólo se puede ser juzgado por los hechos objeto de la demanda de extradición; asimismo declaró que, sin perjuicio de esa aceptación, el Gobierno peruano debía asegurarle su seguridad personal, su vida y otros derechos fundamentales definidos en los tratados internacionales. A la vista de esta aceptación, la Audiencia autorizó la extradición subrayando la existencia de una nota verbal diplomática de la embajada del Perú en la cual se decía —entre otros extremos— que este Estado forma parte del Convenio Interamericano de Derechos Humanos y de otros Convenios semejantes. El actor, no obstante, recurrió la decisión a fin de que la solicitud de extradición se tramitara por el procedimiento ordinario. Un recurso que fue rechazado razonándose que la aceptación de la extradición simplificada es irrevocable.

A los dos días, el actor pidió “directamente” al TEDH la aplicación de las medidas cautelares previstas en el artículo 39 del Reglamento de la Corte a fin de suspender su extradición a Perú. Un precepto que dice que la Sección o su Presidente, a solicitud de una persona interesada o de oficio, pueden indicar a las partes las medidas cautelares o provisionales que estimen deben ser adoptadas. El mismo día, el Vicepresidente de una Sección pidió telefónicamente al Gobierno español que no ejecutara la medida de extradición hasta que se examinara el asunto por la Sección veinte días después. Al día siguiente, el Gobierno español comunicó a la Corte la decisión del Juez de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional según la cual se rechazaba la demanda de suspensión temporal de la extradición, porque el actor daba su acuerdo a la extradición y el Gobierno peruano ofrecía las garantías solicitadas. Ese mismo día el actor fue extraditado. Al día siguiente, el TEDH invitó al Gobierno español a informar de las medidas adoptadas y, ante el silencio como respuesta, se comunicó de nuevo el requerimiento bajo el ángulo de los artículos 3.6 y 34 CEDH. Tres meses después el actor fue puesto en libertad por el Gobierno peruano ante la falta de pruebas suficientes que demostraran su participación en Sendero Luminoso. Más tarde, el mismo Gobierno pidió una ampliación de la extradición para poder juzgar al actor por un delito de financiación de ese grupo terrorista, solicitud que dio lugar a una vista de la Audiencia Nacional. Y otra vez el actor pidió al TEDH la aplicación de las medidas cautelares o provisionales del artículo 39 del Reglamento a fin de que se suspendiera esa vista, solicitud que fue rechazada. Finalmente, la Audiencia Nacional concedió la ampliación de la extradición y se encuentra pendiente de solución un recurso de amparo formulado contra la misma.

El TEDH rechaza una violación del artículo 3, malos tratos prohibidos por el Convenio, que según la jurisprudencia europea permite limitar las extradiciones, por la escasa entidad de los malos tratos denunciados y no venir probados. También rechaza la lesión desde el punto de vista de los artículos 5 y 6 CEDH. Puesto que una detención regular se justifica en un caso de solicitud de extradición según prevé expresamente el artículo 5.1.f) del convenio. Y dado que el derecho al proceso equitativo del artículo 6, como regla general, no se aplica a las decisiones de entrada y salida de los extranjeros; si bien en el caso **Soering contra el Reino Unido**, se dijo que excepcionalmente una decisión de extradición podía suscitar un problema en ese terreno en casos de riesgo de “denegación de justicia flagrante”; extremo que la Corte corrobora no se ha producido en el caso.

Sin embargo, se estima violado el artículo 34 CEDH y se condena a España a pagar al actor 5000 euros por daño moral y 3000 euros por costas y gastos procesales. El razonamiento es el siguiente. El Gobierno español manifestó su disposición, “en circunstancias ordinarias”, a respetar las medidas provisionales indicadas por el TEDH, pero aduce que, en este caso, el actor las solicitó demasiado tarde sin dejar tiempo suficiente de evitar la extradición. Una razón que la Corte rechaza al analizar los dos comportamientos del Gobierno demandado. Primero, se hizo llegar al TEDH una resolución judicial que rechazaba la medida provisional adoptada, confirmando que la extradición concedida judicialmente estaba bien fundada. Este comportamiento implica “no respetar la medida adoptada por la Corte” y entraña un incumplimiento del artículo 39 del Reglamento. Y el alegato referido a la falta de tiempo tampoco puede ser acogido, porque, si en vez de transmitir la medida de suspensión el órgano judicial y de reenviar su respuesta negativa, el Gobierno hubiera actuado, habría tenido tiempo de ordenar la suspensión. Y a continuación recuerda su doctrina sobre medidas provisionales que afirma permite su revisión a la luz de las obligaciones impuestas a los Estados por el artículo 34 CEDH, derecho a un recurso individual.

Es discutible que se satisfaga la subsidiariedad que es inherente a una protección internacional porque no se “agotaron todas las vías de recursos internas” como prescribe el artículo 35 CEDH. El actor acudió directamente al TEDH tras la decisión de la Audiencia Nacional de conceder la extradición, lo que suscita serias dudas procesales acerca de si este recurso debió ser admitido por la Corte. La misma sentencia recuerda que, frente a esa decisión, cabía un recurso de reforma y luego apelación que no se intentaron y reconoce que no se acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero orilla estas poderosas razones alegando que se refieren a los “recursos verdaderamente efectivos” § 34, es decir, “que puedan aportar remedio a la solución litigiosa”, no se trata de “recursos teóricos” sino provistos de posibilidades de éxito. Desde esta óptica, ni la apelación ni el amparo pueden considerarse recursos eficaces al no tener efectos suspensivos a los fines de la extradición y dado además que fue extraditado el primer día de plazo que tenía para apelar.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad (artículo 14 CE). Discriminación por razón de sexo: no se debe suspender la demanda de empleo de una trabajadora durante la baja por maternidad

La STC 214/2006, de 3 de julio, Sala Segunda, resuelve que la suspensión de la demanda de empleo por parte del INEM durante la baja por maternidad de una trabajadora resulta discriminatoria por razón de sexo a causa de los efectos no deseados que produce, en particular, por dificultar el acceso de las mujeres al mercado laboral.

Aunque la decisión de suspensión de la demanda de empleo se consideraba presuntamente protectora de la mujer durante su embarazo y maternidad, los resultados, cuales son la pérdida de oportunidades de empleo, son peyorativos para el sexo femenino. Al igual que la baja por maternidad no puede constituir un obstáculo para la contratación ni lo es para el mantenimiento de una relación laboral ya establecida, tampoco puede suponer un entorpecimiento de la entrada al mundo laboral de la mujer embarazada.

Por último, señala el TC que aunque el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales de los demandantes de empleo podría resultar incompatible con la situación de baja por maternidad, habría que configurar esta incompatibilidad como una causa de oposición de la trabajadora para justificar su incumplimiento, sin tener que renunciar a la demanda de empleo.

B) Habeas corpus: inadmisión liminar (artículo 17.4 CE)

STC 250/2006, de 24 de julio, Sala Primera. Se aplica la consolidada doctrina del TC, estimando que se dictó auto de inadmisión entrando en el fondo de la legalidad de la detención. El TC aprovecha para recordar, también, que el tiempo de la detención debe ser el estrictamente necesario para efectuar las pesquisas pertinentes y que, por consiguiente, puede lesionarse la libertad personal si la detención se prolonga más allá de ese tiempo indispensable aunque no se sobrepase el límite absoluto de 72 horas.

Una batería de sentencias desde la 201/2006 a la 213/2006, todas de 3 de julio y de la Sala Primera, resuelven estimando los recursos de amparo interpuestos por quienes llegaron en patera a las costas españolas e interpusieron *habeas corpus* que fueron liminarmente inadmitidos por razones de fondo. Todos estos casos son similares al resuelto por la STC 169/2006. El TC recuerda que esta garantía rige también en las detenciones de extranjeros pero que no procede si la intervención judicial ya se ha producido. Sin embargo, en estos casos, cuando se inadmitieron los *habeas corpus*, los detenidos no estaban a disposición judicial. En las estimatorias SSTC 259/2006 y 260/2006, ambas de 11 de septiembre y de la Sala Primera, se aplica la misma doctrina de la STC 169/2006: no es conforme con el artículo 17.4 CE la inadmisión a *limine*, aun cuando la autoridad judicial prevea, según lo establecido en la legislación de extranjería, que va a decidir en breve acerca del internamiento del extranjero que solicita *habeas corpus*.

C) Derecho a la intimidad corporal del recluso (artículo 18.1 CE)

STC 196/2006, de 3 de julio, Sala Primera. El TC otorga el amparo a un recluso que fue sancionado por la Administración penitenciaria a causa de su negativa a proporcionar una muestra de orina para efectuar una analítica que el mismo recluso había solicitado a fin de probar el fin de su adicción a las drogas. El juzgado de vigilancia penitenciaria había autorizado la práctica de las pruebas sorpresivas. Sin embargo, el recluso, una vez desnudo desistió de proporcionar su orina aduciendo que le podían observar terceras personas. Esta negativa fue la que se sancionó como desobediencia.

El TC recuerda que en el ámbito penitenciario la afectación de los derechos fundamentales puede ser más intensa, y no aprecia tratos inhumanos o degradantes en el modo en el que la prueba iba a realizarse así que no se lesionaba el derecho a la integridad personal. Sin embargo, considera que, puesto que la prueba se basaba en el consentimiento del sujeto, y era por tanto una diligencia de prueba a petición de parte, podría aquél revocar su consentimiento ejerciendo su derecho a la intimidad corporal. Este ejercicio no puede ser objeto, como lo fue, de sanción administrativa, de tal suerte que se vulneró además el derecho a la legalidad sancionadora.

D) Derecho al honor: artículo 18.1 CE. La información rectamente obtenida es aquella que cumple el requisito de veracidad, independientemente de que no respete el secreto de sumario

La STC 216/2006, de 3 de julio, reitera la jurisprudencia ya sentada en la STC 54/2004 (JA, núm. 25), al señalar, en un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, que una noticia no vulnera el derecho al honor cuando los hechos narrados sean veraces y tengan carácter noticiable. El hecho de que lo narrado en la noticia forme parte del secreto de sumario de un procedimiento instado contra el recurrente no puede determinar la falta de veracidad de los hechos, ni la falta de diligencia del profesional que los relata.

E) Secreto de las comunicaciones: Falta de motivación en resoluciones judiciales que autorizaron intervenciones telefónicas y lesión de la presunción de inocencia (artículos 18.3 y 24.2 CE)

STC 253/2006, de 11 de septiembre, Sala Primera. Un nuevo caso de falta de motivación en resoluciones judiciales que autorizaron intervenciones telefónicas. En los correspondientes autos se determinaron la persona y el delito, pero no se valoró la concurrencia del presupuesto legal habilitante, no se expresaba ningún dato objetivo que pueda considerarse indicio del delito y de la conexión con la persona afectada. Faltaba, pues, motivación y esta falta viciaba las pruebas así obtenidas, lo que supone por añadidura lesionar el derecho a un proceso con todas las garantías; y, puesto que el fundamento único de la condena fueron las grabaciones obtenidas con menoscabo del derecho al secreto de las comunicaciones, se vulneró también el derecho a la presunción de inocencia.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

F) Libertad negativa de asociación respecto de cámaras de comercio (artículo 22 CE)

STC 225/2006, de 17 de julio, Sala Primera. Entiende el TC que el TSJ de Madrid lleva a cabo una interpretación restrictiva del precepto legal donde se contiene la exclusión de las profesiones liberales de la obligación de pertenecer a las cámaras. El TC recuerda el carácter excepcional de la adscripción obligatoria a estas corporaciones de derecho público que obliga a una interpretación de las excepciones legalmente previstas, si no amplía, al menos no restrictiva de las actividades excluidas de pago del recurso cameral.

G) Inadmisión a trámite de proposición de ley presupuestaria por oposición del Gobierno vasco (artículo 23.1 y 23.2 CE)

STC 242/2006, de 24 de julio, Sala Primera. Parlamentarios del PP en el Parlamento vasco interponen recurso de amparo por lesión de los derechos reconocidos en el artículo 23.1 y 2 CE cometida por la Mesa del Parlamento vasco al inadmitir a trámite una proposición de ley para modificar el Decreto legislativo 1/1994, de 27 de septiembre, sobre régimen presupuestario de la Comunidad Autónoma. La finalidad de la proposición era garantizar que en supuestos de prórroga de los presupuestos vascos, también quedasen prorrogadas las aportaciones de las Diputaciones Forales a la hacienda general del País Vasco. En un primer momento la Mesa admitió a trámite la proposición pero tras mostrar el Gobierno vasco su disconformidad, fundándose en que la proposición supondría una disminución de ingresos. La Mesa adoptó entonces el acuerdo de inadmisión a trámite.

El TC aplica su doctrina acerca de las funciones de calificación de las Mesas parlamentarias y advierte que en el presente caso la Mesa podía ejercer un control de la disconformidad del gobierno. Aunque el acuerdo de la Mesa carece de motivación, implícitamente se remite a lo expresado por el Gobierno. No existe el derecho de los parlamentarios a una determinada interpretación del Reglamento, y el TC sólo puede censurar aquellas arbitrarias o irrazonables que lesionen el núcleo de las funciones representativas. El criterio de los unos era que la proposición disminuiría los ingresos en el ejercicio en curso, lo que permitiría la disconformidad del gobierno, mientras que los otros opinaban de manera contraria. Son dos interpretaciones del Reglamento por las que el TC no puede decantarse.

H) Tutela judicial efectiva

a) Ejecución de sentencias del TEDH. La no consideración de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo como “documentos recobrados” a efectos del recurso de revisión en un litigio laboral ante el Tribunal Supremo no vulnera el artículo 24.1 CE

STC 197/2006, de 3 de julio, Sala Primera, caso curioso de ida y vuelta que nace con las críticas desabridas que un programador de TVE vertió en una entrevista radiofónica contra los directivos de esa empresa pública a quienes tildó de “sanguijuelas”, opinando que se “cagaban en los trabajadores”. Por ello fue despedido. Tras pasar por los tribunales de lo social el caso llegó al TC que en su STC 204/1997, desestimó el amparo aun admitiendo que la crítica realizada por el recurrente tenía la cobertura de la libertad de expresión,

sin embargo, no se podía decir lo mismo de las expresiones injuriosas e innecesarias que profirió.

El asunto llegó al TEDH para el que, si bien ciertas palabras del recurrente eran ofensivas, se realizaban en una entrevista radiofónica en directo, dentro de un clima de debate público y de conflicto colectivo. Para el TEDH las ofensas verbales acaso merecían un castigo, pero el despido fue de una severidad extrema, desproporcionada. El TEDH condena España a pagar una indemnización al recurrente. Éste formula después incidente de ejecución ante el órgano judicial español que dictó la sentencia en el proceso de despido e, invocando la STEDH citada, pretendió la readmisión en su trabajo y el abono de los salarios dejados de percibir. Ante la denegación de esta pretensión, formulada en último término en un recurso de revisión, acude en amparo alegando lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad de expresión.

En la sentencia dictada por tanto se recurre la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) que desestimó el recurso de revisión contra una Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revisora del que a la postre el Tribunal de Estrasburgo declaró lesivo de la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). El Tribunal Constitucional recuerda y reitera la doctrina sentada en la STC 241/1991 (caso “Barberà, Messegué y Jabardo”): las SSTEDH son meramente declarativas, pero si la violación apreciada en Estrasburgo es también una “violación actual” de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución corresponde enjuiciarla al TC como Juez Supremo de la Constitución. Sin embargo, considera que en el caso en cuestión no hay una violación *actual* o *subsistente* de la libertad de expresión (a diferencia de cuando hay una condena penal de prisión pendiente de ejecución que se impuso en un juicio que a la postre se considera no justo conforme al parámetro del artículo 6 CEDH), sino que es un caso similar a la pérdida de empleo de un militar de carrera a consecuencia de una condena penal (STC 313/2005) y además la indemnización fijada por el TEDH ha reparado el perjuicio del despido. El recurrente entendía que la sentencia recurrida privaba de eficacia a la sentencia de Estrasburgo y conllevaba la pervivencia de la lesión a su libertad de expresión en tanto que, más allá de la indemnización reparatoria otorgada por el Tribunal de Estrasburgo, no ha podido obtener la reparación ordinaria prevista en nuestro ordenamiento jurídico para los supuestos de despido vulnerador de derechos fundamentales (nulidad radical del despido y readmisión inmediata y abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido).

El TC considera que no es aquí de aplicación la doctrina de la STC 245/1991, al no haber lesión *actual* de un derecho fundamental, y por ello aplica sólo el canon tradicional del artículo 24 CE y tratándose, no de una resolución de inadmisión (como en la STC 240/2005, también respecto de la ejecución de una STEDH, pero en el ámbito penal), sino desestimatoria previa admisión a trámite por no encajar en el supuesto legal del recurso de revisión (artículo 1796.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (“habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: ... si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado”), al entender que la sentencia de Estrasburgo no existía en la fecha

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

en que se dictó la sentencia cuya rescisión se solicitaba, lo que determina que el canon de control del TC no sea el del principio *pro actione* (proporcionalidad entre los fines de las causas de inadmisión y los fines que las justifican), sino el de la mera existencia de motivación y el control de su razonabilidad. Y concluye que la doctrina de la sentencia recurrida no es arbitraria ni irrazonable ni incurre en error patente, resaltando que aquí, a diferencia de lo que ocurría en la STC 240/2005, no se trataba de determinar si la STEDH era o no un “hecho nuevo” (a efectos del recurso de revisión del artículo 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino si era o no un “documento recobrado” (a efectos de la revisión civil, artículo 1796.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, actual artículo 510.1). Formula voto particular concurrente el Magistrado Pérez Tremps. Sea como fuere, esta sentencia vuelve a poner de manifiesto los problemas planteados en el ordenamiento español derivados de la inexistencia de un cauce procesal específico para la revisión de sentencias declaradas contrarias al Convenio por el TEDH. Carencia legislativa denunciada por el TC desde 1991 y aún no resuelta.

b) Denegación de indemnización por el Tribunal Supremo, concedida en las primeras instancias judiciales, por conducta empresarial antisindical por no facilitar el trabajador las bases para la cuantificación del daño

En la STC 247/2006, de 24 de julio, se trataba de una Administración autonómica que, con relación a un trabajador que había iniciado acciones legales contra aquélla a fin de regularizar la situación de los Profesores de Religión y Moral Católica y había tenido un papel activo en una huelga formando parte del comité de huelga, prohibió a dicho empleado asistir a las reuniones del comité de empresa al que pertenecía, lo trasladó sin causa a un nuevo puesto de trabajo y le redujo de manera injustificada la jornada laboral con la consiguiente reducción salarial. El Juzgado de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia le reconocieron y otorgaron una indemnización, lo que revocó luego el Tribunal Supremo por entender que el demandante: a) debía alegar adecuadamente en su demanda las bases y elementos claves de la indemnización que reclamaba, de forma que se justificara suficientemente que la misma correspondía ser aplicada al supuesto concreto de que se trataba, y dando las pertinentes razones que avalaran y respaldaran dicha decisión, y b) debían quedar acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pudiera asentar una condena de tal clase.

El TC, sin embargo, subraya que en este caso no se trataba de si la conducta antisindical generaba automáticamente la indemnización (y afirma que es constitucionalmente irreprochable entender que no es así, como hace la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, frente a criterios anteriormente sostenidos), pues en el caso el trabajador alegó criterios que le parecieron adecuados a tales efectos (intensidad de la conducta antisindical, daños generados sobre la base de los criterios para las infracciones empresariales en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social) y las sentencias de instancia también atendieron a “diferentes elementos tomados de los hechos probados” que el TC detalla. La cuestión es que la sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo no apreció esas bases o elementos, y simplemente entendió que no había ni en la demanda ni en el juicio ni en los hechos probados elementos o pautas para cuantificar el daño, lo que no era cierto, pues sí se aportaron esos elementos y los valoraron los Tribunales de

Primera y Segunda Instancia, y el Tribunal Supremo revocó tales sentencias sin motivación razonable y fundada en Derecho que justificara la inadecuación de tales criterios, por lo que vulneró el artículo 24.1 CE, así como la libertad sindical del artículo 28.1 CE del demandante de amparo.

c) Error en la indicación de los recursos procedentes. La interposición por el demandante de amparo, cuente o no con asistencia letrada, de recursos o remedios procesales objetiva y manifiestamente improcedentes no es manifiestamente improcedente a efectos del recurso de amparo cuando ello se debió a una errónea indicación consignada en la instrucción de recursos

En la **STC 241/2006, de 24 de julio**, la razón de la de la avocación en este caso del conocimiento del proceso al Pleno del TC radica en la conveniencia de aclarar y perfilar la doctrina constitucional sobre la cuestión de la incidencia que sobre la conducta procesal de las partes pueden presentar los errores que se puedan cometer en la instrucción de recursos a que se refiere el artículo 284.4 LOPJ, a los efectos de poder considerar como manifiestamente improcedente la interposición de los recursos erróneamente indicados en dicha instrucción en orden a apreciar o no la posible extemporaneidad de la demanda de amparo. El Pleno del TC, avanzando en la línea de la **STC 38/2006**, considera que no es razonable exigir a la parte que contravenga o salve por sí misma la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea, dada la delicada disyuntiva en la que en caso contrario se la sitúa como consecuencia de la necesidad de cumplir simultáneamente las dos exigencias de agotar la vía judicial previa [artículos 43.2 y 44.1.a) LOTC] y de interponer el recurso de amparo dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (artículos 43.2 y 44.2 LOTC). Esta doctrina no sería de aplicación en los casos de omisión de la instrucción de recursos, especialmente si la parte cuenta con asistencia letrada.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho a la propia imagen de una menor: artículo 18.1 CE

La **STS de 13 de julio de 2006**, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, declara vulnerado el derecho a la propia imagen de una menor que había aparecido en la fotografía que encabezaba un reportaje periodístico sobre discapacitados. El TS considera que, en el caso objeto de estudio, procedía considerar vulnerado el derecho a la propia imagen en cuanto la fotografía de la menor apareció en el artículo periodístico sin consentimiento de sus representantes legales y en cuanto la fotografía no era, en absoluto, accesorio, ocupando la mitad de una cara del periódico. El TS rechaza el resto de las alegaciones del periódico condenado, que hacía referencia tanto al interés social del reportaje que ilustraba la fotografía como a la veracidad de la misma.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

B) Partidos políticos ilegales. Procedimiento de ejecución en proceso de ilegalización de partidos políticos. Medidas cautelares respecto a las “Herriko tabernas”. Medidas adoptadas *inaudita parte*

El Auto de 19 de octubre de 2006 (ponente Samper Juan) dictado por la sala especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 LOPJ se dicta en ejecución de la Sentencia de 27 de marzo de 2003 de la mencionada Sala Especial que acordó estimar la demanda formulada por el Abogado del Estado y declaró la ilegalidad de los partidos políticos demandados, HB, Euskal Herriarrok y Batasuna y su disolución, conforme el artículo 12.1.c) LO 6/2002, de Partidos Políticos. Este precepto dispone que la disolución determina la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala Sentenciadora y que el patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario. La Sala considera que la disposición en que se fija y determina el patrimonio neto constituye un título ejecutivo en abstracto y genérico de la Sentencia que exige una completa verificación que la Ley dispone pero no detalla.

La mencionada Sala valora, en primer término, el informe pericial emitido por los liquidadores designados, y concluye que dicho informe permite establecer la relación entre las Herriko Tabernas y la formación política ilegalizada, Herri Batasuna, y razona la Sala “a pesar de que la titularidad de dichas tabernas la ostenten ciertas asociaciones culturales, pertenecen, en realidad, material y efectivamente a la propia HB por razón de los vínculos y conexiones que de manera minuciosa y detallada se desprende del Informe de los liquidadores, funcionarios públicos apoderados por la Sala Sentenciadora para este fin”.

Estima procedente por tal razón la adopción de medidas cautelares (artículo 18 LOPJ) para asegurar la eficacia de la Sentencia si bien para conciliar los principios de contradicción, audiencia, defensa y proporcionalidad indica una serie de medidas “cuya eventual adopción se somete a la consideración de las partes” y que consisten en el embargo de inmuebles que constituyen el patrimonio de las Herriko Tabernas, el embargo de saldos en cuentas, subvenciones, derechos bienes y demás de carácter inmobiliario, así como el cierre y precinto de establecimientos de hostelería abiertos al público con la genérica denominación de HB.

No obstante, “sin perjuicio de las conclusiones que quepan alcanzar en relación con las medidas que anuncia”, estima necesario adoptar inmediatamente e *inaudita parte* ciertas medidas cautelares consistentes en la elaboración de inventario de los bienes de las Herriko Tabernas, medidas tendentes a asegurar los efectos propios de la Sentencia que se trata de ejecutar en cumplimiento del citado precepto de la Ley de Partidos Políticos. Las razones que justifican tal decisión se refieren a la necesidad de minimizar en lo posible el riesgo de vaciamiento patrimonial de los locales de las Herriko Tabernas, con la consiguiente frustración de la finalidad de la propia ejecución. En segundo lugar, porque sólo de este modo podría garantizarse la efectividad de tales medidas dado que la puesta en práctica de las mismas comportaría la realización de un gran número de actuaciones que deben estar debidamente coordinadas y que han de realizarse coetáneamente. Estas razones, a juicio de la Sala, justifican la adopción *inaudita parte* de las medidas de inventario de bienes muebles, enseres de cualquier clase y el dinero metálico que pudiera encontrarse en las

Herriko Tabernas. Y razona el TS: “para armonizar adecuadamente los derechos en juego y para evitar una medida con mayor poder de intervención, lo procedente es llevar a cabo, con el auxilio judicial que sea preciso, el citado inventario, sin que la entrada para la formación del inventario haya de prolongarse más allá del tiempo indispensable para su práctica coordinada y, en todo caso, no más allá de 72 horas, plazo que se considera adecuado, entendiendo que hasta que no se evacue el trámite de audiencia no se llevará a cabo en ningún caso el cierre y precinto sobre cuya conveniencia se desarrollara la audiencia”.

C) Derecho de defensa y confidencialidad de documentación incluida en expedientes administrativos

En el **Auto de 5 de octubre de 2006** (ponente Trillo Torres) se resuelve la súplica formulado contra el de 13 de julio de 2006 y se solicita de la Sala la entrega del expediente administrativo completo sin exclusión de los documentos declarados confidenciales, pues según la tesis sostenida por los recurrentes, sólo cabe excluir de la entrega los documentos clasificados como secretos oficiales y que el Auto de 13 de julio de 2006 infringe los artículos 48 y 52.1 de la Ley Jurisdiccional, de los que resulta con evidencia —a juicio de la parte— que el expediente ha de ser entregado completo y que únicamente cabe excluir del mismo los documentos clasificados como secreto oficial. Sustentan los actores esta afirmación en que no procede realizar ninguna clase de ponderación entre derechos o intereses en conflicto (el derecho de defensa, por un lado, y la protección jurídica de los secretos comerciales, por otro), ya que esa ponderación ha sido efectuada por el legislador, quien ha resuelto expresamente el conflicto al ordenar que todo el expediente se entregue, con una sola excepción (la relativa a la documentación clasificada con arreglo a la legislación de secretos oficiales) dando de este modo prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sin que los órganos judiciales puedan sustituir el criterio del legislador por el suyo propio. Afirman, asimismo, que las declaraciones de confidencialidad acordadas por el Servicio de Defensa de la Competencia —SDC— y por el Tribunal de Defensa de la Competencia —TDC— ciñen su ámbito de eficacia propio al procedimiento administrativo el cual concluyó, de manera que dichas declaraciones perdieron su vigencia al dictarse el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, impugnado en las actuaciones.

La Sala razona que “el hecho de que el artículo 48 únicamente prevea, como excepción a la entrega completa del expediente, la documentación clasificada con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, no supone que los órganos judiciales no puedan aplicar o tomar en consideración otras excepciones que resultan con claridad de lo dispuesto en normas diferentes” y ello en la medida que el Ordenamiento Jurídico ha otorgado una amplia y rigurosa protección a los secretos comerciales, que les ampara frente a revelaciones no consentidas por sus titulares y de ahí que la salvaguardia de la información comercial confidencial adquiera un nivel reforzado de protección que despliega su operatividad sobre el conjunto del Ordenamiento Jurídico y concretamente sobre la tramitación de los procesos contencioso-administrativos, sin que esta conclusión quede obviada por el hecho de que la Ley Jurisdiccional 29/1998 no haya contemplado expresamente esta categoría.”

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Tras recordar que ya en el Auto recurrido se hacía referencia al necesario juicio de ponderación, indica que éste se despliega en el curso del proceso y que requiere de la colaboración de las partes procesales, a quienes corresponde la carga de aportar las razones que les asisten para reclamar el alzamiento de ese nivel de protección y el consiguiente acceso a la documentación protegida. Es, en efecto, carga de la parte que reclama la entrega no sólo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo, sino también argumentar que el proceso de razonamiento técnico y 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. Evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreducible a categorizaciones preestablecidas. Rechaza la Sala los distintos argumentos esgrimidos por la parte actora, e indica “el examen de la confidencialidad se despliega a través de tres momentos o fases sucesivas. Un primer momento que corresponde a los órganos técnicos de naturaleza administrativa a quienes se les encomienda la inicial decisión sobre la declaración de confidencialidad. Un segundo momento, ya en el curso del proceso, en que la confidencialidad aún vigente y operativa se pone a disposición del órgano jurisdiccional ante la eventualidad de que deba ceder por mor de la preponderancia del derecho de defensa; y una tercera fase en que corresponde a la parte interesada en el conocimiento de esa documentación justificar ante el Tribunal la procedencia de su entrega a fin de que la Sala adopte la decisión procedente. Fase esta última que, como apuntaremos más adelante, puede tener lugar en la medida que el debate procesal haya alcanzado un nivel de desarrollo que nos permita formar un criterio sobre la cuestión asentado en bases más sólidas que las hasta ahora aportadas”.

D) Motivación de resoluciones administrativas de expulsión de inmigrantes en situación irregular: basta con que pueda deducirse con claridad del expediente administrativo aunque no se explicita en la resolución administrativa

El supuesto analizado en la STS de 30 de junio de 2006 (ponente Yagüe Gil) consiste en la resolución de expulsión del territorio nacional de un extranjero con prohibición de entrada durante tres años como consecuencia de la comisión de una infracción grave del artículo 53.a) LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000, por encontrarse en España careciendo de cualquier tipo de documentación que le autorice a su entrada y permanencia sin la obtención de permiso de residencia válido.

La Sala del TSJ de las Islas Baleares anula la resolución administrativa impugnada argumentando que la infracción apreciada está castigada en primer lugar con la sanción de multa, permitiendo la Ley que en lugar de la multa se imponga la de expulsión lo que exige una motivación específica que no existe en el caso de autos.

El Tribunal Supremo revoca la Sentencia de instancia razonando que según la regulación vigente se deduce que al encontrarse ilegalmente en España (más de 90 días, artículo 30.1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000) la infracción puede sancionarse o con multa o con la expulsión del infractor, y que en el sistema de la Ley la sanción principal es la multa según la literalidad de los artículos 55.1 y 57.1. La sanción más grave y secundaria, la expulsión, requiere de una motivación específica y complementaria a la simple permanencia ilegal y la administración ha de especificar cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, las circunstancias, jurídicas o fácticas que concurren en la expulsión con prohibición de entrada que es más grave que la multa. El TS considera que resulta en exceso formalista entender que no existe dicha motivación porque no consta en la resolución impugnada, siempre que conste en el expediente administrativo. En los supuestos en que la causa de la expulsión es la permanencia ilegal en España, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión ya que la permanencia ilegal, en principio, no se castiga con multa. En el supuesto en que en el expediente consten además otros hechos negativos, la Administración habrá de motivar sobre estos datos negativos respecto la conducta del interesado o sus circunstancias y esos datos de entidad, unidos a la permanencia ilegal, han de justificar la expulsión y, añade de nuevo el TS, no deja de existir tal motivación porque no se haga mención de ella en la resolución sancionadora.

En la fundamentación jurídica razona el Tribunal que “a la permanencia ilegal se une la circunstancia de que el recurrente no sólo se encontraba irregularmente en España sino que estaba indocumentado, sin acreditar su identidad ni filiación y se ignora dónde y cuándo entró en territorio nacional. La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa y la Administración no ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que se expulsó al recurrente del territorio nacional.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ISABEL PERELLÓ

RAFAEL BUSTOS

ENCARNACIÓN CARMONA

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ-MONEO

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ley. A) Ley de Presupuestos Generales del Estado: las leyes presupuestarias autonómicas deben respetar las cuantías globales fijadas en la estatal sobre las retribuciones del personal al servicio del sector público. B) Reserva de ley en materia sancionadora (artículo 25.1 CE). a) La regulación de infracciones y sanciones *ex novo* en una Ordenanza municipal vulnera el artículo 25.1 CE. b) La deslegalización de la tipificación de las infracciones vulnera el artículo 25.1 CE. C) La omisión legislativa como fundamento de la inconstitucionalidad: efectos. D) Procedimiento de elaboración de la Ley: tramitación parlamentaria de enmiendas o proposiciones de ley con repercusiones presupuestarias. E) Controles: la inaplicación de una ley estatal vigente de carácter tributario sin plantear la cuestión prejudicial de Derecho comunitario vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del Gobierno de Canarias. **3. Reglamento.** A) Potestad reglamentaria: obligación de respetar el Derecho comunitario. B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Omisión de los trámites de audiencia e información pública. b) Omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. C) Ordenanzas municipales: competencia de los entes locales en materia de telecomunicaciones. **4. Instrucción: No tiene eficacia externa. 5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) No vulnera el principio de igualdad la existencia de una regulación diversa en las distintas Comunidades Autónomas. b) Igualdad básica de los españoles en el derecho de propiedad y en relación con la legislación sobre expropiación forzosa: la regulación de la composición de los Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa no forma parte de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 y 18 CE. c) Igualdad en la aplicación de la Ley: vulnera el derecho a no ser discriminado por

razón de sexo la suspensión de la demanda de empleo de una trabajadora a causa de su situación de baja por maternidad; vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley dictar una sentencia contencioso-administrativa con un fallo diferente a otra dictada en un supuesto idéntico, sin justificación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 5988 de 2006, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 458 de 2006. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 320/2006, de 15 de noviembre.

2. LEY

A) Ley de Presupuestos Generales del Estado: las leyes presupuestarias autonómicas deben respetar las cuantías globales fijadas en la estatal sobre las retribuciones del personal al servicio del sector público

El Tribunal Constitucional, en su STC 222/2006, de 6 de julio, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los apartados 4 y 9 del artículo 17 de la Ley 10/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1997 por contradecir el artículo 17.2 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1997. Estos artículos regulaban la actualización de las retribuciones básicas y la determinación de las retribuciones complementarias de los funcionarios autonómicos y el incremento de las retribuciones del Lehendakari, Vicepresidente, Consejeros, altos cargos y asimilados. El Gobierno fundamentaba su recurso de inconstitucionalidad en que esta regulación vulneraba el artículo 17.2 de la Ley estatal, que establecía que las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no iban a experimentar variación respecto de las del ejercicio anterior.

El Tribunal declara que, aunque no cabe duda de que la decisión del legislador estatal de establecer para el año 1997 un crecimiento cero en las retribuciones de todos los funcionarios, incide en la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas, su legitimidad constitucional debe ser admitida en virtud de las competencias del Estado ex artículo 149.1.13 CE, en cuanto se trata de una medida dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público. Además la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas está vinculada, según el artículo 156.1 CE, a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles, precepto desarrollado por el artículo 2.1.b) de la Ley Orgánica de financiación

IV. Fuentes del Derecho

de las Comunidades Autónomas (LOFCA). El Tribunal Constitucional considera que los citados preceptos autonómicos vulneran la legislación básica contenida en la Ley de Presupuestos estatal, salvo en lo relativo a los incrementos salariales del *Lehendakari*, que, por no formar parte de la Administración, queda fuera de la decisión de congelación retributiva, pues ésta sólo se refiere a la Administración de las Comunidades Autónomas.

B) Reserva de ley en materia sancionadora (artículo 25.1 CE)

a) La regulación de infracciones y sanciones *ex novo* en una Ordenanza municipal vulnera el artículo 25.1 CE

La **STC 232/2006, de 17 de julio**, reproduce la jurisprudencia establecida en las SSTC 132/2001, de 8 de junio [Justicia Administrativa, núm. 13.IV.2.A)]; 161/2003, de 15 de septiembre [Justicia Administrativa, núm. 22.IV.4.A).b)], y 193/2003, de 27 de octubre [Justicia Administrativa, núm. 23.IV.3.A.a)] que otorgaron el amparo en casos en los que se impusieron sanciones en aplicación de lo dispuesto en la Ordenanza municipal de Madrid reguladora del servicio de vehículos de alquiler con aparato taxímetro antes de la entrada en vigor de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid, por considerar que aquéllas vulneraban el derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE).

En este supuesto los hechos ocurrieron en 1996, de forma que no resultaba de aplicación la Ley 20/1998 citada, por lo que la resolución administrativa impugnada vulneró el principio de legalidad sancionadora garantizado en el artículo 25.1 CE. El Tribunal rechaza, sin embargo, la pretensión relativa a la indemnización de los daños y perjuicios que se imputan al acto recurrido en amparo, “ya que un pronunciamiento de este tipo no se incluye entre los que, según el artículo 55.1 LOTC, pueden figurar en las sentencias de amparo (ATC 29/1983) al no ser el derecho a ser indemnizado un derecho en sí mismo invocable en vía de amparo constitucional (SSTC 36/1984, 85/1990, 139/1990, 33/1997, 78/1998 y 125/1999)”.

b) La deslegalización de la tipificación de las infracciones vulnera el artículo 25.1 CE

En la **STC 233/2006, de 17 de julio**, se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la sanción impuesta por la Delegación del Gobierno en el monopolio de tabacos, de suspensión del ejercicio de la concesión durante cuatro meses por suministrar tabaco a puntos de venta con recargo en bares o establecimientos distintos de los que estaban adscritos o autorizados en aplicación de los artículos 27.8 y 30.1.b) del Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, regulador de las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores de tabaco.

El Tribunal entiende que la sanción impuesta vulnera el artículo 25.1 CE, ya que el precepto legal que formalmente presta cobertura a las citadas normas reglamentarias, el artículo 8.4 de la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del monopolio fiscal de tabacos, no satisface las exigencias del principio de legalidad sancionadora al remitir la regulación del tipo infractor al reglamento.

A juicio del Tribunal, el citado precepto produce una “deslegalización en lo referente a la tipificación de las infracciones. La naturaleza de la relación existente entre el concesionario de la expendedoría y el Estado no afecta a la vigencia en este ámbito del artículo 25.1 CE. (En el mismo sentido, SSTC 54/2005, de 14 de marzo; 26/2005, de 14 de febrero; y 91/2005, de 18 de abril, *Justicia Administrativa*, núm. 28.)

C) La omisión legislativa como fundamento de la inconstitucionalidad: efectos

La **STC 222/2006, de 6 de julio**, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los apartados 4 y 9 del artículo 17 de la Ley 10/1996 del País Vasco, de 27 de diciembre, así como contra la omisión de incluir en esta norma legal las cuantías de los conceptos retributivos de los funcionarios de la Comunidad Autónoma.

El Tribunal Constitucional confirma, para justificar su competencia, que “omitir puede ser en ocasiones tanto como contradecir”, sin que el silencio sobre una condición básica por parte del legislador autonómico pueda calificarse de inocuo, indiferente o neutro.

El Tribunal recuerda que en varios pronunciamientos ha admitido la inconstitucionalidad por omisión como motivo de estimación de una determinada demanda. Se trataba de casos en los que una ley autonómica reproducía parcialmente determinados requisitos básicos, de forma que la omisión de los demás equivalía, teniendo en cuenta el principio constitucional de seguridad jurídica, a una vulneración de la legislación básica estatal (SSTC 154/1989, de 5 de octubre, FJ 6º; 62/1993, de 18 de febrero, FJ 4º; 172/1996, de 31 de octubre, FJ 2º, y 73/1997, de 11 de abril, FJ 4º). En otros supuestos el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de un precepto estatal por no prever ningún tipo de participación autonómica en una determinada acción pública. En este caso, sin embargo, no se plantea la omisión de un determinado requisito básico por parte del legislador autonómico, sino el incumplimiento de un deber legal establecido con carácter básico por el artículo 24.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que dispone que la cuantía de las retribuciones básicas, de los complementos de destino consignados a cada puesto de trabajo y de los complementos específicos y de productividad (...) deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado y figurar en los presupuestos de las demás Administraciones Públicas.

Al producirse la omisión respecto a esta obligación legal y no respecto a un determinado requisito básico que no es reproducido por el legislador autonómico, se trata de una omisión total no reconducible a un precepto concreto, sino a la Ley de presupuestos autonómica entendida en su totalidad.

El Tribunal admite que en los casos de congelación salarial existen modalidades técnicas alternativas a la determinación de las cuantías de los distintos conceptos retributivos. Este planteamiento permite confirmar que la inconstitucionalidad de la omisión se refiere a la cuantía de los complementos básico y de destino, ya que se trata de una anualidad en la

IV. Fuentes del Derecho

que rige la congelación salarial y que la Ley de Presupuestos Generales del Estado tampoco refleja las cuantías exactas de los complementos específico y de productividad.

Sin embargo, en este caso, a diferencia de la STC 103/1997, en la que existía una conexión entre la omisión del deber de reflejar las cuantías retributivas y el precepto impugnado, el incumplimiento del deber básico de reflejar las cuantías de las retribuciones básicas y del complemento de destino no es reconducible o anudable a ningún precepto o inciso de la Ley impugnada. Este hecho determina, a juicio del Tribunal Constitucional, no sólo que la declaración de inconstitucionalidad se desvincule de la declaración de nulidad, sino también que la primera no pueda predicarse de ningún precepto en concreto.

D) Procedimiento de elaboración de la Ley: tramitación parlamentaria de enmiendas o proposiciones de ley con repercusiones presupuestarias

El Estatuto de Autonomía de Extremadura (EAE), en su artículo 61.b), atribuye al Ejecutivo la facultad de oponerse a las alteraciones de las previsiones de gastos e ingresos vigentes para cada ejercicio presupuestario, como instrumento indispensable para el ejercicio de la responsabilidad exclusiva del Gobierno en la gestión de los recursos económicos. La reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura dispuso que en el caso de que existiera discrepancia entre el Ejecutivo y el Legislativo en relación con una enmienda o proposición que supusiera aumento de ingresos o disminución de gastos se atribuía la resolución de la misma al Pleno.

La **STC 223/2006, de 6 de julio**, estimó el recurso de inconstitucionalidad planteado contra dicha reforma del Reglamento de la Asamblea Legislativa de Extremadura, por infringir la regulación del Estatuto de Autonomía.

La **STC 242/2006, de 24 de julio**, se pronuncia sobre una cuestión relacionada con el anterior: resuelve un recurso de amparo contra el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 30 de enero de 2001, desestimatorio de la solicitud de reconsideración del Acuerdo de 29 de diciembre de 2000, por el que se inadmitió a trámite en virtud de lo dispuesto por el artículo 105.2 del Reglamento del Parlamento Vasco la proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular Vasco sobre modificación del artículo 133 del Decreto Legislativo 1/1994, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de la Comunidad Autónoma. Los recurrentes alegan que los citados Acuerdos vulneran los artículos 23.1 y 2 CE al basarse en una interpretación errónea del Reglamento parlamentario que obstaculiza el ejercicio de una función inherente a su cargo representativo y, con él, el derecho de participación ciudadana.

El Tribunal precisa que el artículo 23.2 CE no contempla un derecho fundamental de los parlamentarios al cumplimiento de la legalidad parlamentaria, sino un derecho a ejercer las facultades inherentes al núcleo de su función representativa de acuerdo con lo previsto en dicha normativa y en condiciones de igualdad. En este caso, el Tribunal entiende que la decisión recurrida no obstaculiza objetivamente y sin motivación el ejercicio de

los derechos que ampara el artículo 23.2 CE como propios de la función representativa parlamentaria, lo que determina la desestimación del amparo solicitado.

La inadmisión de la proposición se enmarca en el ejercicio de una facultad del Gobierno reconocida expresamente en los artículos 103 y 105.2 del Reglamento del Parlamento Vasco, que le permite vetar las iniciativas parlamentarias que impliquen aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios. La Mesa de la Asamblea Legislativa autonómica puede pronunciarse si considera manifiestamente infundado el criterio del Gobierno.

En el caso que resuelve esta sentencia el problema era determinar si esta facultad de veto del Gobierno se extiende también en el caso de que la disminución de ingresos se produzca en un ejercicio distinto de aquél en que se presentó la proposición de Ley. En este sentido se pronunciaron tanto la Mesa como el Gobierno, solución que el Tribunal entiende que no puede considerarse infundada, arbitraria o irrazonable por lo que se desestima el amparo solicitado.

E) Controles: la inaplicación de una ley estatal vigente de carácter tributario sin plantear la cuestión prejudicial de Derecho comunitario vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del Gobierno de Canarias

La STC 194/2006, de 19 de junio, resuelve el recurso de amparo promovido por el Gobierno de Canarias contra la Sentencia de 25 de junio de 2004 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas. El Gobierno de Canarias alegó que el órgano judicial en dicha Sentencia no se había ajustado al sistema de fuentes vigente al dejar de aplicar una norma con rango de ley, la Ley 20/1991 reguladora del impuesto general indirecto canario, por oposición al Derecho comunitario, en concreto, a la Sexta Directiva sobre armonización fiscal. El fundamento de la actuación judicial fue que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había declarado que un precepto similar existente en la Ley reguladora del IVA se oponía a la citada Directiva, si bien, ni la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afectaba a la Ley reguladora del impuesto general indirecto canario, ni Canarias se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la citada Sexta Directiva.

En consecuencia, afirma que la Sentencia incurre en un exceso de jurisdicción al dejar de aplicar una ley vigente no afectada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sin cumplir la obligación legal de plantear, bien la cuestión de inconstitucionalidad, bien la cuestión prejudicial, obligatoria cuando la duda se suscita ante un Tribunal que agota la vía interna.

El Tribunal Constitucional aclara en primer lugar que la relevancia constitucional del tema apuntado reside en que, conforme a la doctrina establecida en la STC 58/2004, de 19 de abril, la preterición del sistema de fuentes sobre el control de normas implica la vulne-

IV. Fuentes del Derecho

ración del derecho al proceso debido y genera auténtica indefensión. El Tribunal Constitucional otorga el amparo ya que entiende que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que declara la incompatibilidad entre la normativa nacional y una Directiva comunitaria con la que se pretendió justificar la inaplicación de la Ley 20/1991 de Canarias no era aplicable en este caso, ya que ni la Directiva en cuestión ni la normativa nacional tenían eficacia jurídica en Canarias. El hecho de que, con posterioridad, el legislador haya establecido una regulación homogénea de ambos tributos (IVA e impuesto general indirecto canario), no autoriza al órgano judicial para dejar de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el ordenamiento jurídico arbitra para el control de su ajuste a la Constitución o al Derecho comunitario (STC 194/2006, de 19 de junio).

3. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria: obligación de respetar el Derecho comunitario

La STSJ de Navarra de 2 de mayo de 2006, Ar. 439, Sala de lo Contencioso-administrativo, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden Foral 57/2005, de 23 de marzo, del Consejero de Agricultura, Ganadería y Alimentación, por la que se regula el procedimiento para la solicitud, tramitación y concesión de las ayudas para el sector de forrajes desecados. En concreto, se impugnan los dos últimos párrafos del artículo 4, letra c) de la Orden. Se alega que mientras que el resto de la Orden se ajusta a los requisitos del artículo 8 del Reglamento (CE) 382/2005, de 7 de marzo, para la petición de las ayudas, estos dos últimos párrafos introducen exigencias adicionales sin soporte alguno en la normativa nacional o comunitaria. De este modo, la Orden vulneraría la prohibición comunitaria de que los Estados Miembros de la Unión Europea intervengan con disposiciones unilaterales en los campos cubiertos por una organización común de mercados como el de los forrajes desecados.

Al respecto, señala el Tribunal que el sector de los forrajes desecados constituye en la Política Agraria Común de la Unión Europea una “organización común de mercado” (OCM). Como tal, el régimen de ayudas a la producción de los forrajes deshidratados y de los secados al sol se sujeta a la observancia de la estricta normativa comunitaria reguladora de su transformación. Entre los requisitos y controles establecidos en el citado Reglamento comunitario no se hallaban ni la exigencia de licencia o autorización administrativa previa para la fabricación simultánea de forrajes deshidratados y de los secados al sol, ni la prohibición de existencias de forraje fresco para deshidratar durante el proceso de secado al sol –que se incluyen en los preceptos de la Orden impugnada–. Tampoco la normativa estatal dictada para aplicar los regímenes de ayudas previstas en los Reglamentos 1786/2003 y 382/2005 (el RD 311/2005, de 18 de marzo, que derogaba el hasta entonces vigente, el RD 283/1999, de 22 de febrero) servía de base para esa regulación.

Sin embargo, la Orden Foral 57/2005, de 23 de marzo, incluye aquella exigencia de autorización y la referida prohibición –junto con la debida comunicación previa del propósito de fabricar forrajes secados al sol en período de fabricación de forrajes deshi-

dratados—, entre las “obligaciones de las empresas de transformación” que procedan a fabricar simultáneamente ambos productos [artículo 4.c), párrafo segundo], relevándoles tan sólo de ellas con la comunicación del término de la campaña de transformación de forrajes deshidratados [artículo 4.c), párrafo tercero]. La inserción de estas condiciones en el texto articulado de la Orden Foral carece de justificación en su preámbulo donde, con explícita mención a la aplicación directa de los reglamentos comunitarios y de la normativa básica estatal en la materia, se apela sólo al propósito de proporcionar “una mejor comprensión e información a los interesados”, sin aludir siquiera a la habilitación normativa de las disposiciones impugnadas y su cobertura por los poderes de control de que, en el orden competencial interno, se hallan investidas las Comunidades Autónomas y, en particular, la Comunidad Foral de Navarra. Además, las disposiciones impugnadas no figuran ni tienen correlación alguna con ninguna de las contenidas en las paralelas regulaciones sobre el particular de otras Comunidades Autónomas, como lo evidencia el examen comparativo de esta Orden Foral y de otras Órdenes departamentales autonómicas.

A la luz de estos datos, la cuestión estriba en determinar, por tanto, si los “requisitos” introducidos por la Orden Foral impugnada en los dos últimos párrafos del artículo 4.c) pueden tener o no cobertura suficiente en las potestades o facultades de control de la Administración de la Comunidad Foral sobre la actividad transformadora destinataria de la ayuda. La interdicción de medidas unilaterales por parte de los Estados Miembros no alcanza a las de gestión y control que la reglamentación comunitaria delega en ellos, ni a las de desarrollo o ejecución dirigidas a garantizar el efecto útil de sus reglamentos y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por ellos. Pero las medidas adoptadas han de producirse dentro del ámbito que la delegación o ejecución permite, ser conformes con el contenido de los reglamentos —no opuestas o contrarias a sus previsiones— y, en particular, las de control, proporcionadas al fin perseguido con ellas.

Pues bien, la Sala estima que cumple tales exigencias y halla amparo en las potestades de control de la separada producción de forrajes deshidratados y secados al sol el requisito de la comunicación previa del programa de fabricación de los primeros en el período de fabricación de forrajes deshidratados.

No considera que suceda lo mismo, en el caso de la autorización previa del Servicio de Agricultura requerida por la Orden Foral 57/2005 para la fabricación de forrajes al sol en el período de fabricación de forrajes deshidratados. Al establecer como “obligaciones en materia de fabricación de forrajes” la separación de los lugares de fabricación y almacenamiento de los desecados natural y artificialmente, el artículo 8 del Reglamento (CE) 382/2005 está implícitamente contemplando y permitiendo su simultánea producción. Su imposición restringe o limita la libre actividad empresarial más allá de lo que su necesario control requiere, revelándose en tal sentido desproporcionada a la finalidad que la inspira.

Igual sucede, en opinión del Tribunal, con la prohibición de las existencias de forraje fresco para deshidratar en período de secado al sol, desprovista de toda justificación o expli-

IV. Fuentes del Derecho

cación en las Órdenes Forales que sucesivamente la han impuesto y de difícil conjugación con la posible y lícita simultaneidad de ambos procesos productivos. Su establecimiento la limita más allá de lo que el control de las obligaciones derivadas de la reglamentación comunitaria justifica.

En consecuencia, decide el Tribunal declarar nulas y sin efecto alguno las dos disposiciones examinadas y supedita o subordina la relevación de su cumplimiento a la comunicación a la Autoridad competente de la finalización de la campaña de transformación de producto deshidratado.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Omisión de los trámites de audiencia e información pública

La STSJ de Extremadura de 23 de junio de 2006, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 458, resuelve los recursos contencioso-administrativos, interpuestos contra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 13/2004, de 26 de febrero, por el que se regula el procedimiento de control de la continuidad en el suministro eléctrico y las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Los recurrentes alegan la inconstitucionalidad del Decreto autonómico por invadir las competencias del Estado en materia eléctrica. Por ello, se solicita que el Tribunal plantee cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. Al respecto, señala el TSJ que, en realidad, la vulneración competencial señalada es imputable a la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2002, de 25 de abril, de Protección de la Calidad del Suministro Eléctrico en Extremadura, que es objeto de desarrollo por el citado Decreto. Puesto que contra dicha Ley está pendiente un recurso de inconstitucionalidad, el TSJ no puede pronunciarse directa o indirectamente sobre la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley, ya que esa tarea es monopolio del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, se plantea por los recurrentes la posible nulidad de pleno Derecho del Decreto autonómico debido a la existencia de defectos formales en su aprobación, conforme al artículo 62.2 LRJ-PAC. Se aduce que el proyecto de Decreto no se sometió al trámite de audiencia de las empresas afectadas, las suministradoras de energía eléctrica —a pesar de que sí se informó a las Cámaras de Comercio y de Industria de Cáceres y Badajoz—, ni al trámite de información pública, tal y como prevé el artículo 66 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. En relación con esta alegación, el Tribunal muestra un gran interés debido a la importancia de los trámites supuestamente omitidos. La discrecionalidad que la Administración pone en práctica en la elaboración de disposiciones generales debe verse atemperada gracias a la participación de los interesados; además, la participación ciudadana está garantizada constitucionalmente en el artículo 105. Sobre esa base, analiza el Tribunal los trámites realizados durante la elaboración del Decreto. Las empresas de suministro eléctrico son actores afectados directamente por la regulación. A pesar de ello la Administración no les dio audiencia ni justificó la razón por la que no consideraba necesario hacerlo. Además, con respecto a la posible salvaguarda del trámite mediante la

participación de las Cámaras de Comercio e Industria de Cáceres y Badajoz, dice el Tribunal que no consta en autos que las comunicaciones realizadas por la Administración llegaran a sus destinatarios y, mucho menos, que éstos hubieran emitido informe alguno.

De este modo, el TSJ estima el recurso interpuesto, remitiéndose, a su vez, a la argumentación expuesta en la STS de 16 de marzo de 2005, Ar. 4116, que resolvía un supuesto similar.

b) Omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado

En la **STS de 16 de junio de 2006**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, Ar. 3375, se sustancia el recurso de casación interpuesto por un particular y la Comunidad Autónoma de Canarias contra la STSJ de Canarias de 28 de abril de 2000, que estimaba el recurso deducido contra el Decreto 22/1997, de 20 de febrero, por el que se aprueba el plan de empleo operativo sobre la provisión definitiva de plazas vacantes reservadas al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El principal motivo aducido en el recurso de casación se refiere a la infracción del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, y de la jurisprudencia. Se afirma que el reglamento impugnado no tenía naturaleza de reglamento ejecutivo, sino de reglamento independiente, de modo que no hubiera sido necesaria la emisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Para resolver esta cuestión, el Tribunal se remite a su Sentencia de 25 de mayo de 2004, Ar. 4014, que recoge sistemáticamente la jurisprudencia sobre la distinción entre Reglamento ejecutivo de una Ley y Reglamento regional complementario de la Ley o legislación básica del Estado.

En relación con el caso concreto, dice el Tribunal que no existe una Ley que delegue en el Gobierno la posibilidad o mandato de aprobar un plan de empleo, sino que regula su contenido como lo prueba su tenor cuando dispone que “1. Las convocatorias de procedimientos selectivos de carácter excepcional que se realicen en el presente ejercicio, para adquirir la condición de personal laboral fijo en los puestos vacantes sujetos a régimen jurídico laboral en la Comunidad Autónoma de Canarias, se efectuarán por el sistema de concurso de méritos, en el que se tendrán en cuenta preferentemente los servicios prestados en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. 2. Las relaciones de empleo de quienes desempeñen con carácter temporal las plazas vacantes incluidas en los procesos selectivos anteriormente mencionados se podrán prolongar hasta que finalicen los procesos selectivos correspondientes a la convocatoria de las plazas de carácter fijo. 3. Los concursos de traslados convocados se resolverán conjuntamente con los procedimientos selectivos anteriormente mencionados. 4. La presente disposición no está sujeta a lo establecido en lo dispuesto en el artículo 38 de la presente Ley, dentro de los límites de la oferta pública de empleo de 1992 aún no resuelta”. El citado artículo 38 de la propia Ley, con la denominación “Oferta de Empleo Público”, dispone lo siguiente: “1. Durante 1997 la oferta de empleo público se limitará a las plazas vacantes de los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios y, en todo caso, deberá ser

IV. Fuentes del Derecho

inferior al 25 por 100 que resulte por aplicación de la tasa de reposición de efectivos. A este efecto, se entiende por tasa de reposición de efectivos las vacantes que se produzcan como consecuencia de fallecimientos, jubilaciones, excedencias forzosas y voluntarias durante el año anterior. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación a las convocatorias que se realicen al amparo de ofertas de empleo público anteriores al presente ejercicio. 2. Las convocatorias que se realicen con base en este artículo para el ingreso en cuerpos y escalas de funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos autónomos y de cuerpos estatales, cuando sus retribuciones se satisfagan con cargo a créditos autorizados por la presente Ley, así como también las de pruebas selectivas de personal laboral, en promoción interna o acceso libre, requerirá previo informe favorable de la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público respecto de la adecuada cobertura presupuestaria. El cumplimiento de este trámite deberá figurar expresa y obligatoriamente en el texto de las convocatorias correspondientes. Si se incumpliera, llevará a la nulidad de pleno derecho de todos los actos del procedimiento selectivo y, en su caso, del acto de nombramiento”.

Por tanto, concluye el Tribunal, la propia Ley autonómica regula el plan de empleo con aspectos formales y sustanciales importantes, como el sistema de selección, la duración de los contratos e incluso la posibilidad de acceder al carácter de fijos, etc. Tanto es así que algunos recurrentes consideraban que dicha regulación es inconstitucional por establecer criterios discriminatorios entre contratados laborales en situación semejante. Luego no cabe duda de que el Decreto impugnado es un Reglamento ejecutivo de dicha Ley. De acuerdo con esta tesis, resultaría nulo debido a la inexistencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, lo que lleva a confirmar la Sentencia impugnada y desestimar el recurso de casación.

Sobre esta misma materia se pronuncia la **STS de 9 de mayo de 2006**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4036, que se refiere a la necesidad del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña en la elaboración de la Orden de 22 de junio de 1999, por la que se crea la Denominación de Origen de Cataluña y se aprueba su Reglamento, que tiene carácter de reglamento ejecutivo.

C) Ordenanzas municipales: competencia de los entes locales en materia de telecomunicaciones

La **STS de 4 de julio de 2006**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Ar. 5988, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2003, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por la recurrente contra Ordenanza municipal sobre instalaciones de comunicaciones y telefonía móvil del Ayuntamiento de Sant Joan de Labritja de 27 de marzo de 2002.

La parte recurrente denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, en concreto los artículos 137, 140 y 149 CE. Alega al respecto que el Estado tiene la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones, siendo la competencia de los entes locales de carácter derivado, por lo que mediante ordenanza no es posible vaciar la competencia estatal, incidiendo sustancialmente en la competencia sectorial del Estado.

El Tribunal Supremo rechaza este motivo. Señala que el recurrente no explicita de qué modo se produce esa infracción de los preceptos constitucionales. Además, atribuye la supuesta vulneración a la Ordenanza y no a la Sentencia impugnada que es objeto del recurso de casación. No obstante, entra en el fondo de la alegación. Dice el Tribunal que a pesar de la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones, se ha reconocido en sentencias precedentes la competencia de los Ayuntamientos para dictar ordenanzas en la materia. En concreto, con respecto a una ordenanza de instalación de antenas del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, dijo el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 15 de diciembre de 2003, Ar. 326, y de 18 de junio de 2001, Ar. 8744, que la competencia exclusiva de la Administración del Estado no comporta la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales, y que se atribuyan por Ley. Los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata.

Junto a este motivo, se alegan otros relacionados con él que también se rechazan por el Tribunal, por lo que finalmente se desestima el recurso.

4. INSTRUCCIÓN: NO TIENE EFICACIA EXTERNA

En la STS de 21 de junio de 2006, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, Ar. 5831, se resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la STSJ de Navarra de 14 de marzo de 2002. El TSJ había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 11 de noviembre de 1996, que desestimaba el recurso interpuesto contra la Circular 7/1996, de 11 de abril, dictada por el director gerente del Servicio Navarro de Salud sobre nuevas contrataciones o adscripciones de personal. Para justificar su fallo anulatorio, el TSJ afirmó que la Circular 7/1996 tiene naturaleza de disposición normativa reglamentaria y que su autor —el director gerente del Servicio Navarro de Salud— carece de potestad reglamentaria. De esta manera, se vulneraría la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, así como el artículo 62.2 de la LRJ-PAC. El director gerente tendría competencia para dictar una Circular sobre funcionamiento y organización interna, pero la Circular va más allá y tiene efectivamente contenido normativo, en cuanto que introduce innovaciones en el ordenamiento jurídico (en concreto, delimita cómo han de acreditarse los conocimientos específicos sobre técnicas aplicables en las áreas de Radiodiagnóstico, Radioterapia y Medicina Nuclear para el personal que colabore directamente en la utilización de radiaciones ionizantes).

La Comunidad Foral de Navarra apoya el recurso de casación en dos motivos: de un lado, la infracción de los artículos 21 y 53 de la LRJ-PAC; de otro, la infracción de la juris-

IV. Fuentes del Derecho

prudencia del Tribunal Supremo sobre el contenido que corresponde a las Circulares o Instrucciones de Servicio. Conforme a la jurisprudencia, las notas que caracterizan a las Circulares son las siguientes: no son disposiciones de carácter general porque no tienen contenido normativo; sólo proyectan sus efectos en el ámbito propio de la organización administrativa y lo que hacen es exteriorizar el principio de jerarquía que rige en esa organización; y su contenido es fijar criterios y directrices para la actuación de los órganos subordinados. De acuerdo con esas notas definitorias, la Circular no tendría contenido normativo y se ajustaría a los perfiles de estos actos organizativos de acuerdo con el artículo 21 LRJ-PAC. Además, el director gerente del Servicio Navarro de Salud tiene competencia para dictar Circulares organizativas de acuerdo con el Decreto Foral 604/1995.

Al respecto, señala el Tribunal que, efectivamente, la Circular se ajusta al contenido previsto para este tipo de actos en el artículo 21 LRJ-PAC. El verdadero carácter, normativo o no, de una determinada decisión de un órgano administrativo no depende sólo de la clase de materia sobre la que versa. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a esa decisión. Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la LRJ-PAC. En este segundo caso se tratará, como apunta el recurso de casación, de simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Y, paralelamente, la correspondiente decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten. Por tanto, la Circular impugnada fue dictada con el único valor de instrucción u orden de servicio. No se trata de una norma reglamentaria con eficacia externa más allá del ámbito propio de la organización administrativa. Concluye, así, el Tribunal que hay lugar al recurso de casación y anula la STSJ impugnada, determinando que la actuación administrativa impugnada –la Circular– es conforme a Derecho.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) No vulnera el principio de igualdad la existencia de una regulación diversa en las distintas Comunidades Autónomas

La STSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 2006, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 351, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones de Empresarios Instaladores de Agua, Saneamiento, Gas, Calefacción, Clima-

tización, Mantenimiento y Afines, Feincal, contra la Orden de 7 de noviembre de 2000 de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo sobre carnés profesionales y empresas instaladoras y mantenedoras autorizadas.

La parte recurrente impugna el artículo 6, en concreto, sus apartados, 1, 2 y 5. Al primer precepto le reprocha establecer una limitación en el tiempo al ejercicio de una profesión sin amparo legal alguno. A tal fin hace mención del Real Decreto 1751/1998 que aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas de los Edificios, así como de sus Instrucciones Técnicas Complementarias, que no establecen un plazo para la vigencia del carné, e invoca a su favor el artículo 9 CE. Frente al segundo de los apartados impugnados argumenta que es improcedente que la Dirección General tenga esa facultad constando que el solicitante de renovación ya ha acreditado sus conocimientos y cualificación profesional y que dieron lugar a su inicial concesión; ello referido a la primera parte del precepto: justificación por el interesado del ejercicio de una concreta actividad en razón de la seguridad en las instalaciones y equipos. Aduce que la Dirección General con esa facultad, que no tiene amparo en Ley alguna, limita los derechos de los instaladores que tienen ya un carné, quienes han acreditado sus conocimientos y cualificación profesional por haber obtenido antes el carné inicial. Por último, con respecto al apartado quinto, la necesidad de volver a cumplimentar la documentación y de superar el examen se considera una limitación de derechos y por eso una vulneración de los mismos. Esa limitación no tiene amparo en Ley alguna y supone el establecimiento de una desigualdad con otras Comunidades Autónomas que no exigen eso, originando para los que ejerzan la profesión de instalador u operador en Castilla y León una situación discriminatoria.

A las alegaciones de la Federación demandante opone el Tribunal, con carácter general, que la Comunidad Autónoma demandada actúa dentro del ámbito de ejercicio de competencias propias, pues el artículo 32.28 del Estatuto de Autonomía contempla como materia de competencia exclusiva de la Junta de Castilla y León la de Industria, si bien observándose la legislación básica estatal. A ello hay que añadir que existe una Ley autonómica 3/1990, de Seguridad Industrial, que en su Disposición Final autoriza a la Junta autonómica a desarrollar sus mandatos mediante las disposiciones necesarias. También que la Ley estatal de Industria 21/1992 parte de la base de que las Comunidades Autónomas pueden tener competencias en la materia y su regulación no impide el ejercicio de aquéllas como resulta especialmente de su Exposición de Motivos y de su articulado (en particular, los artículos 1, 3, 12, 13 y 14). Con lo dicho a lo que se quiere llegar es que el reproche de “falta de cobertura legal” habrá de ser examinado desde la perspectiva de la legislación autonómica y la estatal, y no exclusivamente desde esta última, como hace la parte recurrente.

Con respecto a la alegación de vulneración del derecho a la igualdad por razón de las diferencias de trato con otras Comunidades Autónomas, invoca el Tribunal la STC de 14 de julio de 2003 que dice en el FJ 4º: “con recordar, como este Tribunal tiene declarado, que el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aun, que tengan que ejercerlas de una

IV. Fuentes del Derecho

manera o con un contenido o resultados idénticos o semejantes, pues autonomía significa precisamente la capacidad de cada Comunidad para decidir cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto, y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resulta necesariamente infringido el principio de igualdad”. Con base en estos argumentos, el Tribunal desestima el recurso interpuesto.

b) Igualdad básica de los españoles en el derecho de propiedad y en relación con la legislación sobre expropiación forzosa: la regulación de la composición de los Jurados Territoriales de Expropiación forzosa no forma parte de la competencia estatal ex artículo 149.1.1 y 18 CE

La **STC 315/2006, de 8 de noviembre**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha respecto al artículo 152 de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística y con el artículo 2, apartado 44, de la Ley 1/2003, de modificación de dicha Ley, por posible vulneración del artículo 149.1.18 CE. Estos preceptos regulan el carácter, función y composición del Jurado regional de valoraciones, órgano administrativo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha al que se atribuye la competencia de fijación del justo precio en las expropiaciones en las que la Administración expropiante sea la Comunidad Autónoma o un municipio de su territorio.

El órgano judicial plantea la posible inconstitucionalidad de estos preceptos por dos razones. En primer lugar, cuestiona la totalidad del precepto, por vulnerar el artículo 149.1.18 CE, que reserva al Estado la competencia en materia de “legislación sobre expropiación forzosa”, al entender que las competencias autonómicas para determinar la *causa expropiandi* así como las correspondientes especialidades procedimentales vinculadas a su organización específica no habilitan para establecer, con carácter general, un órgano administrativo de este tipo, al que se atribuye la función de fijar el justiprecio en cualquier tipo de expropiaciones llevadas a cabo por la Comunidad Autónoma o por los municipios de su territorio. En segundo lugar, la regulación de la composición del órgano autonómico encargado de la determinación del justiprecio, no respeta la garantía de objetividad que supone la integración equilibrada en el mismo de los intereses de la Administración y del expropiado, que preside la regulación estatal. La regulación autonómica, al establecer una representación del interés de la Administración mucho más elevada que la del ciudadano, incide en el sistema de garantías de los particulares afectados por una expropiación forzosa, vulnerando el artículo 149.1.18 CE.

El Tribunal, para resolver los problemas planteados, aplica la doctrina jurisprudencial establecida en la **STC 251/2006, de 25 de julio**, en relación con la composición y funciones del Jurado Territorial de expropiación forzosa de la Comunidad de Madrid.

Para el Tribunal Constitucional, la creación de un órgano administrativo con las características del Jurado regional de valoraciones resulta insertable sin dificultad en la potestad de autoorganización de los servicios expropiatorios de la Comunidad Autónoma, dada la

competencia ejecutiva que ostenta la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, derivada de lo dispuesto en el artículo 39.2.b) de su Estatuto de Autonomía.

En relación con la composición de este órgano, el Tribunal recuerda que ya en la **STC 251/2006, de 25 de julio** aclaró que la creación de órganos de este tipo no se encuadra en la materia “legislación sobre expropiación forzosa”, sino en el ámbito propio del “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”. En la actualidad la base normativa estatal en esta materia es la regulación de los artículos 22 a 27 LRJPAC relativa a los órganos colegiados de las Administraciones Públicas, que otorgan un amplio margen de desarrollo normativo que las Comunidades Autónomas pueden realizar acerca de los órganos colegiados de su propia Administración y no establecen normas en relación con la composición de los mismos. El artículo 32.1 LEF de 1954 que regula el Jurado Provincial de Expropiación no tiene carácter básico.

El Tribunal desestima la cuestión de inconstitucionalidad suscitada y reitera que el régimen de garantías del particular sometido a un procedimiento expropiatorio se materializa en la garantía del procedimiento mismo y de las reglas de valoración del justiprecio fijadas por el legislador, elementos que dotan de carácter objetivo a la función de los Jurados de expropiación y que corresponde establecer al Estado. El sistema de garantías mínimas del derecho de propiedad cuando este derecho fundamental resulta afectado por la expropiación forzosa corresponde al Estado en virtud del artículo 149, apartados 1 y 18 CE.

En la **STC 251/2006, de 25 de julio**, el Tribunal descartó expresamente la vulneración del artículo 149.1.1 CE por el hecho de que los Jurados Territoriales de Expropiación tuvieran distinta composición en las diferentes Comunidades Autónomas.

Para el Tribunal, el artículo 149.1.1 CE “ni representa una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente respecto de la legislación estatal”, ni “implica más que una exigencia de una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales”. En consonancia con este criterio, el Tribunal establece que la posición de igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos fundamentales (conectados en este caso al derecho de propiedad regulado en el artículo 33 CE) resulta asegurada por las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental que han de ser establecidas en exclusiva por la legislación del Estado (**STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 4º**, con remisión a las **SSTC 37/1987, de 26 de marzo**, y **186/1993, de 7 de junio**), sin que dichas garantías deban ser satisfechas, en los casos en que las Comunidades Autónomas disponen de competencias normativas y de ejecución en las materias sustantivas, mediante la exigencia de la normativa estatal a través de órganos de igual composición.

En las **SSTC 313 y 314/2006, de 8 de noviembre**, se resuelven sobre este mismo problema las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con los artículos 102 y 103 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, según lo establecido en la **STC 251/2006, de 25 de julio**, que constituye el *leading case* en esta materia.

IV. Fuentes del Derecho

- c) **Igualdad en la aplicación de la Ley: vulnera el derecho a no ser discriminado por razón de sexo la suspensión de la demanda de empleo de una trabajadora a causa de su situación de baja por maternidad; vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley dictar una sentencia contencioso-administrativa con un fallo diferente a otra dictada en un supuesto idéntico, sin justificación**

La STC 214/2006, de 3 de julio, resuelve el recurso de amparo promovido frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), que, en grado de apelación, desestimó la demanda interpuesta por la recurrente contra el Instituto Nacional de Empleo sobre oferta de plazas de monitores de educación especial.

La cuestión planteada en este recurso de amparo se concreta en determinar si la decisión del Instituto Nacional de Empleo de suspender la demanda de empleo de la trabajadora recurrente, tras la presentación de ésta de un parte de baja por maternidad, omitiendo su inclusión en la lista de candidatos seleccionados para concurrir a una oferta de empleo cuyos requerimientos satisfacía, ha vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo (artículo 14 CE). Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del artículo 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

En este caso parece indubitado que fue específicamente la maternidad de la trabajadora y, en consecuencia, un factor directa e íntimamente relacionado con el sexo, el determinante del tratamiento perjudicial sufrido. El Tribunal ha mantenido que en relación con las situaciones derivadas del embarazo o la maternidad, el artículo 14 CE prohíbe que esas circunstancias que, por obvias razones biológicas afectan sólo a las mujeres, puedan ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo. La decisión adoptada por el INEM carecía en cualquier caso de justificación razonable.

En la STC 246/2006, de 24 de julio, se resuelve el recurso de amparo interpuesto por el Ayuntamiento de La Almarcha (Cuenca) respecto a la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que desestimó su demanda contra la Confederación Hidrográfica del Júcar sobre autorización para la ocupación, siembra y plantación de girasol y cereal en un terreno del embalse de Alarcón. Frente a esta resolución judicial, la Sentencia de 5 de abril de 2003 de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia, aportada como elemento de contraste por la recurrente estimó parcialmente un recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Olivares del Júcar en un supuesto sustancialmente idéntico al que resolvió la primera de las sentencias citadas.

Al concurrir en el caso los tres elementos que el Tribunal Constitucional exige para apreciar la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, identidad de

órgano judicial –incluida la Sección–, alteridad –la desigualdad se refiere al tratamiento dispensado a otra entidad pública, no respecto de la propia recurrente– y falta de motivación del cambio de criterio, se estima el amparo solicitado. En este caso procede disponer la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la Sentencia, para que por la propia Sala se dicte, con plenitud jurisdiccional, nueva resolución mediante la que se elimine el resultado disconforme con el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley.

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. Concepto de acto administrativo. A) Naturaleza de acto administrativo de una instrucción de AENA por la que se establecen restricciones operativas nocturnas. B) Acto político: denegación de creación de colegio profesional. C) Vía de hecho: ocupación de terrenos sin actuación previa. **3. Clases de acto administrativo.** A) Actos de trámite. a) Impugnabilidad de acto de trámite por decidir el fondo del asunto y producir daño irreparable. b) Impugnabilidad del inicio del procedimiento administrativo de expulsión con propuesta de ingreso en un centro de internamiento. c) No es un acto de trámite el acuerdo de aprobación y firma de un convenio entre administraciones públicas. B) Actos de contenido imposible. a) Determinación de un plazo de imposible cumplimiento. b) Licencia de reforma de un edificio inexistente.

4. Requisitos del acto administrativo. A) Motivación. a) Actos discrecionales y motivación. b) Motivación correcta por empleo de modelos normalizados. **5. Procedimiento administrativo.** A) Acceso a información y archivo. a) Acceso a información en materia de medio ambiente. b) Correcta denegación de acceso a archivos por tratarse de materia clasificada: historial militar. B) Archivo de actuaciones. a) Correcta inadmisión de solicitudes por carencia manifiesta de fundamento. C) Interesado. a) Legitimación procesal e interesado en el procedimiento administrativo: colegios profesionales. D) Caducidad. a) Inaplicabilidad de la caducidad a los expedientes de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. b) Cómputo del plazo: desde la incoación. E) Silencio administrativo. a) Irrelevancia de la falta de certificación de acto presunto. F) Renuncia. a) Obligación de la Administración de aceptar la renuncia a un régimen voluntario: validez desde la aceptación de la renuncia, no desde la notificación.

6. Eficacia y ejecución forzosa. A) Notificación. a) Improcedencia de la notificación edictal por no haberse acreditado el intento de práctica personal. b) Inicio del cómputo del plazo para interposición de recurso a partir de la notificación. **7. Invalidez del acto administrativo.** A) Nulidad. a) Nulidad de pleno derecho de acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia. b) La falta de una autorización preceptiva no determina incompetencia por razón de la materia o el territorio. c) Anulación por omisión de trámite de audiencia tras propuesta de resolución por causar indefensión. d) Inexistencia de nulidad por prescindir total y absolutamente del procedimiento por haberse respetado el derecho de defensa y a formular alegaciones. e) Inexistencia de nulidad por prescindir total y absolutamente del procedimiento por aprobarse un proyecto de obras. f) Nulidad de acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento: aceptación de donación de archivo. g) Validez de la no valoración de méritos nuevos aportados en escrito de subsanación de documentos. h) Nulidad por incumplimiento de la obligación de la Administración de requerir al interesado para la subsanación. i) Nulidad de actos de órganos colegiados. B) Anulabilidad. a) Anulabilidad de adopción de medidas cautelares adoptadas por órgano incompetente. b) Anulabilidad por defectos formales causantes de indefensión. **8. Eliminación del acto administrativo.** A) Revisión de oficio. a) Correcta denegación de solicitud de revisión de oficio. b) Modificación de un listado provisional y revisión de oficio. c) Aprobación de nuevo deslinde de dominio público: no necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos. d) Obligación de revisión de oficio de segunda concesión sobre un mismo bien público. B) Error material. a) Corrección del texto en valenciano de los estatutos de una universidad. b) Rectificación de lista provisional en un proceso selectivo de personal y error material. c) La revocación de una regularización de viñedos no es un error material. d) Error material relativo a rectificaciones de cuotas de financiación de proyecto de compensación urbanístico.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de abril a julio de 2006 con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo, y de noviembre de 2005 a febrero de 2006 por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

De entre el gran número de sentencias analizadas en esta crónica de jurisprudencia, llama la atención los variables y a veces contradictorios pronunciamientos relativos a la nulidad por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto y, en especial, en lo que se refiere al procedimiento de formación de la voluntad de los órganos colegiados.

También existe disparidad de criterio en las sentencias relativas a la impugnabilidad del acto por el que se inicia el procedimiento administrativo de expulsión de extranjeros del territorio nacional con propuesta de ingreso en un centro de internamiento y su posible calificación como acto de trámite cualificado.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Naturaleza de acto administrativo de una instrucción de AENA por la que se establecen restricciones operativas nocturnas

La STS de 27 de junio de 2006, Ar. 4482, afirma la naturaleza de acto administrativo, no normativa, de una instrucción, comunicación o aviso por la que AENA establece determinadas restricciones operativas nocturnas por cuota de ruido en el aeropuerto de Barajas, denominada “Notam” en la terminología aeronáutica.

B) Acto político: denegación de creación de colegio profesional

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de diciembre de 2005, Ar. 106267, califica como acto político y, por tanto, como una actuación no sometida al Derecho administrativo, una resolución por la que se deniega la posibilidad de creación de un colegio profesional de técnicos auxiliares de formación.

C) Vía de hecho: ocupación de terrenos sin actuación previa

La STSJ de Cantabria de 30 de diciembre de 2005, Ar. 55340, califica como vía de hecho la ocupación temporal de terrenos por parte de la Administración sin que previamente se hubiese declarado, explícita o implícitamente, la necesidad de la ocupación de los bienes.

3. CLASES DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Actos de trámite

a) Impugnabilidad de acto de trámite por decidir el fondo del asunto y producir daño irreparable

La STS de 5 de abril de 2006, Ar. 1947, se pronuncia acerca de la naturaleza y de la posibilidad de impugnación de dos resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas

que rechazan la pretensión del solicitante del registro de una marca de que se considerase como fecha de presentación de su solicitud el día en que la depositó en la Oficina de Correos y no la posterior de recepción de la misma en el registro del órgano administrativo. Para el Tribunal, la decisión sobre la fecha de la solicitud es susceptible de decidir indirectamente un pleito sobre prioridad entre marcas. Esto es, el acto de trámite impugnado decide indirectamente el fondo del asunto y puede producir al actor un perjuicio irreparable en sus derechos e intereses legítimos, lo que determina su impugnabilidad en vía administrativa primero y en vía judicial después. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene muy presente que se trata de un sector en el que la prioridad temporal tiene una importancia capital para la configuración de los derechos sustantivos.

Sobre la distinción acto administrativo definitivo y de trámite véase también la STS de 18 de julio de 2006, Ar. 5841.

b) Impugnabilidad del inicio del procedimiento administrativo de expulsión con propuesta de ingreso en un centro de internamiento

En este sentido, la STS de 12 de mayo de 2006, Ar. 3835, en la línea de la más reciente jurisprudencia dictada al respecto, por considerar que se trata de un acto de trámite cualificado que afecta a la situación personal del interesado, lo que va más allá de un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa.

Por el contrario, las SSTSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2005, Ar. 233050, y de 17 de noviembre de 2005, Ar. 233018, califican como actos no impugnables los de inicio del expediente administrativo de expulsión del territorio nacional.

c) No es un acto de trámite el acuerdo de aprobación y firma de un convenio entre administraciones públicas

En este sentido se pronuncia la STSJ de Castilla y León de 18 de noviembre de 2005, Ar. 1078.

B) Actos de contenido imposible

a) Determinación de un plazo de imposible cumplimiento

La STSJ de Extremadura de 30 de enero de 2006, Ar. 108852, anula y califica como acto de contenido imposible una resolución administrativa por la que se deniegan unas ayudas para viviendas de protección oficial alegando el incumplimiento del requisito de solicitud en plazo de la ayuda cuando dicho plazo era de imposible cumplimiento para los solicitantes de la ayuda conforme a la disposición legal que las regula.

b) Licencia de reforma de un edificio inexistente

La STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2005, Ar. 75538, califica como acto de contenido imposible y, por tanto, anulable, un acto de concesión de una licencia de rehabilitación y reforma de un edificio inexistente.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Actos discrecionales y motivación

La STS de 19 de julio de 2006, Ar. 4630, analiza el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes referidos al ejercicio de 1999 presentados por la sociedad mercantil Telefónica de España. En concreto, se pronuncia acerca de las condiciones en que se ha de cumplir con el requisito de la motivación de los actos administrativos que, en este caso concreto, el Tribunal afirma que sí se cumplen, pudiendo estarse ante un supuesto de discrecionalidad técnica, lo que, en ningún caso, se puede confundir con un proceder arbitrario, puesto que el acto administrativo se funda en justificaciones objetivas y razonables, con miras a conseguir unos “costes reales máximo-eficientes” del operador dominante.

Por su parte, las SSTS de 11 de julio de 2006, Ar. 4973 y 4978, parten de la afirmación de la naturaleza discrecional de las subvenciones y, más en concreto, de las concesiones de incentivos regionales. En el caso enjuiciado, el Tribunal aprecia la licitud de la actuación administrativa que, en uso de la discrecionalidad técnica que las normas le confieren, ha considerado que concurre en este supuesto una causa impositiva del otorgamiento de la subvención solicitada, cuya aplicación no se revela ni irrazonable ni arbitraria.

También hace referencia a la discrecionalidad técnica y a su exigencia de motivación suficiente la STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2006, Ar. 201295, en relación con la evaluación de méritos en orden a la idoneidad para la contratación de profesorado universitario.

b) Motivación correcta por empleo de modelos normalizados

El Tribunal Supremo ha afirmado en numerosas sentencias que el empleo de modelos normalizados, en que aparezcan ya incorporados determinados textos o argumentos de común aplicación, responde a una técnica de racionalización del trabajo que no puede calificarse apriorísticamente de reprochable, siempre y cuando dé respuesta a las cuestiones planteadas en el expediente. En este sentido, las SSTS de 21 de abril de 2006, Ar. 5000; de 12 de junio de 2006, Ar. 3938; de 16 de junio de 2006, Ar. 4015 y 5367, y de 26 de junio de 2006, Ar. 3290 y 3687.

5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Acceso a información y archivo

a) Acceso a información en materia de medio ambiente

La STS de 4 de abril de 2006, Ar. 4467, considera improcedente, por abusiva, la solicitud de información con carácter mensual y permanente acerca de las emisiones de una planta incineradora y ello pese a afirmar el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las excepciones previstas al derecho de información establecido en la normativa correspondiente.

b) Correcta denegación de acceso a archivos por tratarse de materia clasificada: historial militar

En este sentido, la STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2005, Ar. 10607, que considera procedente la denegación de acceso a determinados archivos por tratarse de materias clasificadas. En concreto, el artículo 37.5 LRJPAC dispone que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: “b) los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado”. Asimismo, el apartado 6 dispone que se “regirán por sus disposiciones específicas: a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas”. Los informes personales del personal militar se regulan en la Orden Ministerial 74/1993, de 8 de abril, la cual específicamente establece el carácter de confidencialidad de aquellos informes y su sujeción a las normas de protección de documentos oficiales, por lo que, de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de noviembre de 1986, dictado al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, dichos informes individuales y personales tienen la clasificación de reservados.

B) Archivo de actuaciones

a) Correcta inadmisión de solicitudes por carencia manifiesta de fundamento

La STS de 4 de abril de 2006, Ar. 4904, considera correcta la decisión administrativa del archivo de las actuaciones, por estar suficientemente motivada y resultar innecesaria la tramitación de las solicitudes ya que las mismas incurrían con evidencia en la manifiesta carencia de fundamento exigido por la Ley.

C) Interesado

a) Legitimación procesal e interesado en el procedimiento administrativo: colegios profesionales

La STS de 20 de julio de 2006, Ar. 6023, repasa la doctrina jurisprudencial sobre esta materia y, para el caso concreto, una Orden ministerial sobre homologación de título aca-

démico extranjero, concluye afirmando que un colegio profesional pudo personarse en el procedimiento administrativo y no lo hizo, por lo que no se encuentra entre aquellos interesados a los que deba notificarse la resolución, por tanto no puede reaccionar fuera del plazo ordinario que tienen para recurrir los interesados personados en el procedimiento y no ostenta un derecho que pueda resultar afectado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1.b) LRJPAC.

Sobre la condición de persona con interés legítimo véase también la STSJ de Castilla y León de 18 de noviembre de 2005, Ar. 279.

D) Caducidad

a) Inaplicabilidad de la caducidad a los expedientes de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Conforme concluye la STS de 16 de mayo de 2006, Ar. 2359, en línea con pronunciamientos anteriores, no se aplica el instituto procedimental de la caducidad a los expedientes de información previa incoados por la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones. Atribuida a la citada Comisión por su normativa específica, la potestad de recabar de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones, hay que entender que la misma puede ejercitarla en cualquier tiempo, para garantizar el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas.

b) Cómputo del plazo: desde la incoación

La STSJ de Canarias de 11 de noviembre de 2005, Ar. 35542, recuerda que el plazo máximo de duración del procedimiento se computa desde la fecha de incoación y no desde su notificación al interesado.

E) Silencio administrativo

a) Irrelevancia de la falta de certificación de acto presunto

La STS de 10 de julio de 2006, Ar. 5905, afirma que, teniendo en cuenta que la Administración venía inexcusablemente obligada a emitir la certificación de acto presunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 LRJPAC (en su redacción originaria), el hecho de que la solicitud de certificación no recibiese respuesta en modo alguno puede esgrimirlo en su favor la propia Administración incumplidora.

F) Renuncia

a) Obligación de la Administración de aceptar la renuncia a un régimen voluntario: validez desde la aceptación de la renuncia, no desde la notificación

La STS de 18 de julio de 2006, Ar. 5841, analiza un supuesto de renuncia, dirigida a la Dirección General de Industria, por parte de una empresa privada, a un determinado ré-

gimen jurídico del que disfrutaba de modo voluntario. En concreto, se trata de la solicitud de exclusión de la aplicación de la tarifa horaria de potencia en relación con el suministro eléctrico a su fábrica. Es el afectado, por tanto, el que desencadena la actuación administrativa en su propio interés, razón por la que la Administración está obligada a admitir de plano dicha voluntad del administrado, salvo razones de orden público o interés de terceros.

En consecuencia, el pronunciamiento administrativo en cuestión está concluso desde que la Administración aceptó la renuncia, en virtud de los artículos 91.2 y 87 LRJPAC, puesto que dicha resolución administrativa suponía la aceptación de plano de la renuncia y ponía así fin al procedimiento iniciado por el escrito presentado por la actora. Para el Tribunal, que la notificación de dicha resolución fuese obligada no quiere decir, en este caso, que la misma tuviese su validez diferida a su posterior notificación.

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación

a) Improcedencia de la notificación edictal por no haberse acreditado el intento de práctica personal

La STSJ de Canarias de 24 de febrero de 2006, Ar. 451, califica como improcedente, por causar indefensión, la notificación edictal de un acto administrativo sin que la Administración acredite cumplido regularmente el previo requisito de intento de práctica de la notificación personal que habilita a su publicación.

b) Inicio del cómputo del plazo para interposición de recurso a partir de la notificación

La STSJ de Castilla y León de 20 de enero de 2006, Ar. 108945, se pronuncia acerca del cómputo del plazo para interponer un recurso de reposición en un supuesto en que la Administración, en concreto, el jurado provincial de expropiación, notifica la resolución a recurrir pasado el plazo de 10 días establecido legalmente para practicar la notificación. En contra de lo que sostiene la parte recurrente, que defiende que es posible interponer recurso en cualquier plazo al ser causa de nulidad, el Tribunal defiende que, en estos casos, se mantiene que el inicio del cómputo del plazo para la interposición del recurso de reposición viene fijado a partir de la notificación de la resolución.

7. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Nulidad

a) Nulidad de pleno derecho de acto dictado por órgano manifestamente incompetente por razón de la materia

La STS de 19 de abril de 2006, Ar. 4699, confirma la sentencia de instancia que, al amparo del artículo 62.1.b) LRJPAC anuló una Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía por haberla dictado un órgano manifestamente incompetente por razón de la materia. En concreto, no es competente para pronunciarse sobre la reversión de un bien cedido en su día a la Administración Educativa del Estado y que, transferido a la Administración Autonómica del ramo, ésta había dispuesto de él sin contar con el ente local que previamente, y muchos años atrás, lo cedió gratuitamente para la construcción de un centro destinado a la formación de maestros.

A la misma conclusión anulatoria llega la STSJ de la Región de Murcia de 30 de diciembre de 2005, Ar. 2006/1, en relación con una resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social por la que se declara responsable solidario al administrador de una empresa por las deudas contraídas por la misma con la Seguridad Social.

b) La falta de una autorización preceptiva no determina incompetencia por razón de la materia o el territorio

La STS de 27 de junio de 2006, Ar. 4482, analiza la validez de una instrucción, comunicación o aviso por la que AENA establece determinadas restricciones operativas nocturnas por cuota de ruido en el aeropuerto de Barajas, denominada “Notam” en la terminología aeronáutica, y en cuyo procedimiento de elaboración se omitió la preceptiva autorización del Ministerio de Fomento. Para el Tribunal Supremo no se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho de los del artículo 62.1.b) LRJPAC (incompetencia por razón de la materia o el territorio), sino de anulabilidad, susceptible de ser convalidado, como en efecto se hizo.

Sin embargo, la STSJ de Castilla y León de 7 de febrero de 2006, Ar. 99789, anula la aprobación de una relación de puestos de trabajo por realizarse sin un informe preceptivo.

c) Anulación por omisión de trámite de audiencia tras propuesta de resolución por causar indefensión

La STS de 12 de mayo de 2006, Ar. 3844, se pronuncia acerca de la trascendencia de la ausencia del traslado del informe propuesta de resolución del instructor de un procedimiento que culmina con la denegación de entrada en España a un ciudadano extranjero. Para el Tribunal, en aquellos casos en que el informe-propuesta haga alusión a datos nuevos que puedan ser relevantes para la resolución final, debe ser trasladado para alegacio-

nes al interesado. En otro caso, la audiencia sería incompleta, por no contener mención de datos o hechos relevantes, frente a los que el interesado nada podría alegar. Lógicamente, no será causa de anulación del acto la falta de traslado de tal propuesta cuando, por no contener éste datos nuevos, su falta de traslado no origine indefensión alguna al interesado.

d) Inexistencia de nulidad por prescindir total y absolutamente del procedimiento por haberse respetado el derecho de defensa y a formular alegaciones

La STS de 4 de mayo de 2006, Ar. 2156, no aprecia vulneración del artículo 62.1.e) LRJPAC puesto que la resolución impugnada no se dicta en el vacío, sin la cobertura de un procedimiento tramitado previamente, sino que se incardina en un expediente, que cabe considerar de forma unitaria, en el que se han respetado el derecho de defensa y el derecho a formular alegaciones.

En sentido similar, la STS de 3 de mayo de 2006, Ar. 4068, en la que el Tribunal sostiene que no hubo una absoluta y radical falta de procedimiento, sino una irregular tramitación del expediente en el que no se incorporaron todos los documentos, lo cual no ha sido óbice para que el administrado pudiera alegar lo que estimó oportuno a su derecho.

En términos parecidos la STSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 2005, Ar. 28059, en la que se afirma que no se ha prescindido totalmente del procedimiento, en cuanto que la resolución se dicta con audiencia previa de la interesada y sin que haya causado efectiva indefensión.

Por el contrario, la STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2005, Ar. 97364, anula, por causarse indefensión, una licencia de instalación de oficina de farmacia por no haberse dado audiencia en el procedimiento al titular de una farmacia cercana afectada por la instalación de la nueva oficina.

e) Inexistencia de nulidad por prescindir total y absolutamente del procedimiento por aprobarse un proyecto de obras

En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2006, Ar. 63389.

f) Nulidad de acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento: aceptación de donación de archivo

La STS de 10 de abril de 2006, Ar. 1840, considera acreditado que la aceptación de la donación se hace por el Director General de Archivos y Publicaciones, cuando la normativa vigente en ese momento, el artículo 24 de la Ley de Patrimonio del Estado, exigía Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda. En consecuencia, estamos ante un acto nulo de pleno derecho que no puede subsanarse.

g) Validez de la no valoración de méritos nuevos aportados en escrito de subsanación de documentos

La STSJ de Baleares de 22 de febrero de 2006, Ar. 104861, considera procedente que, en un concurso para la apertura de oficina de farmacia, no se valoraran los méritos nuevos aportados en escrito de subsanación de documentos, que es un trámite previsto para la aportación de documentos y no para alegar nuevos méritos.

h) Nulidad por incumplimiento de la obligación de la Administración de requerir al interesado para la subsanación

La STSJ de Castilla y León de 23 de diciembre de 2005, Ar. 27241, anula un concurso de provisión de puestos de la Administración autonómica en el que no se valoró la realización de un curso, por considerar la Administración que no estaba acreditada su realización mediante un documento original. El Tribunal fundamenta su decisión en la consideración de que existe un incumplimiento de la obligación de la Administración de requerir al interesado para la subsanación documental aportando el documento original de haber realizado el curso en cuestión.

Sobre la obligación de la Administración de posibilitar la subsanación de defecto documental véase también la STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2005, Ar. 203810.

i) Nulidad de actos de órganos colegiados

La STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2006, Ar. 84541, analiza las normas reguladoras del procedimiento para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, concluyendo que, dado que la decisión objeto de litigio se adopta por unanimidad, que es el quórum necesario dispuesto por las normas, la decisión no incurre en el vicio de nulidad.

Por el contrario, la STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2006, Ar. 79328, anula una resolución de un órgano colegiado por prescindir de informes previos de carácter preceptivo.

B) Anulabilidad

a) Anulabilidad de adopción de medidas cautelares adoptadas por órgano incompetente

La STSJ de Castilla y León de 24 de enero de 2006, Ar. 78975, concluye afirmando la anulabilidad de una resolución administrativa por la que se adoptan medidas cautelares de suspensión de trabajos de aprovechamiento de recursos mineros adoptada por órgano incompetente.

b) Anulabilidad por defectos formales causantes de indefensión

La STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2006, Ar. 63560, anula el acto de adjudicación de un contrato administrativo por omitir la notificación a los licitadores, lo que es causante de indefensión.

También anula las actuaciones por defectos formales causantes de indefensión, en concreto, la falta del levantamiento de un acta de inspección, la STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2005, Ar. 109082.

8. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO**A) Revisión de oficio****a) Correcta denegación de solicitud de revisión de oficio**

La STS de 12 de julio de 2006, Ar. 6007, se pronuncia acerca de la desestimación por parte de un Ayuntamiento de una solicitud de revisión de oficio de unas licencias de actividad y de obra otorgadas al amparo de Plan Especial y que habían devenido firmes. El Tribunal afirma la correcta denegación, por tratarse de una solicitud de revisión de oficio que se fundamenta en razones que no están entre las contempladas en el artículo 62.1 LRJPAC. En consecuencia, la inadmisión a trámite de la petición de revisión, acordada por el Ayuntamiento demandado, es ajustada a derecho.

También la STS de 11 de julio de 2006, Ar. 5188, afirma la procedencia de la denegación de una solicitud de revisión de oficio por no concurrir ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Por último, la STSJ de Castilla y León de 4 de noviembre de 2005, Ar. 107415, se pronuncia acerca de la corrección de la inadmisión a trámite de una solicitud de revisión de oficio de unas licencias por no acreditarse en la solicitud la comisión de algún vicio de nulidad.

b) Modificación de un listado provisional y revisión de oficio

En la STS de 3 de mayo de 2006, Ar. 2143, el recurrente alega que, habiendo figurado inicialmente en la relación de aspirantes seleccionados, su ulterior exclusión de dicha relación comporta en realidad una revisión de oficio de aquel primer acto administrativo realizada sin sujeción al procedimiento establecido para ello. Frente a estas alegaciones, el Tribunal sostiene que el dictado de esta última resolución en modo alguno queda sujeto al procedimiento general de revisión de actos administrativos declarativos de derechos, pues con ella no se modifican situaciones definitivas y firmes sino que responde al propio desarrollo del procedimiento selectivo y está específicamente prevista en las bases de la

V. Actos, Procedimiento y Contratos

convocatoria con la finalidad de complementar el nombramiento en prácticas una vez revisada la documentación aportada por los aspirantes incluidos en la primera relación de seleccionados.

Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León de 7 de febrero de 2006**, Ar. 89388, considera que la modificación de la lista definitiva en un proceso selectivo de personal de la Administración supone una variación del sentido del acto, por cuanto modifica el orden de preferencia que en la misma se había establecido, con lo que, en definitiva, no es adecuada la vía de corrección prevista en el artículo 105.2 LRJPAC, debiendo haberse seguido la tramitación del procedimiento correspondiente para la revisión de oficio.

c) Aprobación de nuevo deslinde de dominio público: no necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos

La **STS de 30 de junio de 2006**, Ar. 4723, en línea con otras anteriores, considera que el procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre tiene como finalidad constatar y declarar que un suelo reúne las características físicas relacionadas en los artículos 3 a 5 de la Ley de Costas, sin que ello comporte la imposibilidad de practicar ulteriores deslindes si el llevado a cabo resulta incorrecto, incompleto o inexacto, aunque no haya cambiado la morfología de los terrenos, ya que el dominio público marítimo-terrestre viene configurado por hechos naturales que el deslinde se limita a comprobar, por lo que resulta innecesario usar el procedimiento de revisión de los actos administrativos, pues con el deslinde no se persigue la revisión de actos contrarios al ordenamiento jurídico sino la determinación del dominio público marítimo-terrestre, y ello cuantas veces fuese necesario, bien de oficio o a petición de cualquier interesado.

d) Obligación de revisión de oficio de segunda concesión sobre un mismo bien público

La **STSJ de 29 de noviembre de 2005**, Ar. 212, concluye afirmando la obligación de que el Ayuntamiento proceda a la revisión de oficio de la segunda concesión otorgada sobre un mismo nicho del cementerio municipal. No se pueden otorgar dos usos privativos sobre un mismo bien de dominio público municipal, por lo que el otorgamiento de la segunda es improcedente al existir un titular anterior que ostentaba mejor derecho.

B) Error material

a) Corrección del texto en valenciano de los estatutos de una universidad

La **STS de 5 de junio de 2006**, Ar. 3093, califica como rectificación de un error material la corrección del texto en valenciano de los Estatutos de la Universidad Jaime I de Castellón, al amparo de lo previsto en el artículo 105.2 LRJPAC. No se trata, por tanto, de una revisión de oficio del acto administrativo. En consecuencia, tratándose de un error material, no es exigible la intervención del Consejo de Gobierno, órgano competente para la aprobación de los Estatutos de la Universidad, bastando con que la rectificación sea acordada por el titular de la Consejería que tiene encomendada la tramitación del expediente. Se

trata de una intervención de carácter meramente instrumental y subordinado y no alberga una decisión sustantiva que requiera la intervención del órgano competente para la resolución final del procedimiento.

b) Rectificación de lista provisional en un proceso selectivo de personal y error material

Sobre esta cuestión, ver las contradictorias STS de 3 de mayo de 2006, Ar. 2143, y STSJ de Castilla y León de 7 de febrero de 2006, Ar. 89388, analizadas ambas en el apartado 8.A).b) de esta Crónica.

c) La revocación de una regularización de viñedos no es un error material

Conforme declara la STSJ de Extremadura de 21 de noviembre de 2005, Ar. 13144, la revocación de la concesión de regularización de viñedos por parte de la Administración en base a un error en la determinación de la fecha de plantación no encaja en los supuestos del artículo 105.2 LRJPAC, debiéndose haber acudido a un proceso judicial para la anulación de este acto administrativo.

d) Error material relativo a rectificaciones de cuotas de financiación de proyecto de compensación urbanístico

La STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2005, Ar. 14001, califica estas actuaciones como de errores materiales y, por tanto, susceptibles de subsanación y rectificación.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

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

A) Prohibición de contratar con empresas que no estén al día de sus obligaciones tributarias o a la seguridad social. B) Las prohibiciones de contratar se proyectan tanto sobre los contratos administrativos como sobre los contratos privados celebrados por la Administración.

C) Los pliegos no vulneran el principio de igualdad si prevén un trato diferente para los usuarios de una autovía de peaje basados en criterios objetivos. **3. Formas de adjudicación.**

A) Concurso. a) Margen de valoración de la Administración en la adjudicación de un contrato por concurso. b) Carece de legitimación para impugnar las bases de un concurso, una vez adjudicado, el licitador que no las haya impugnado con anterioridad a la adjudicación, salvo que estén afectadas por un vicio de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso la acción de nulidad tendrá como límites el principio de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido. B) Adjudicación directa a sociedades vinculadas a la Administración Territorial. **4. Contratos administrativos típicos.**

A) Contrato de obra. a) No existe enriquecimiento injusto para la Administración en el caso en el que la Administración no abone al contratista obras ejecutadas no previstas en el proyecto, y sin que medie orden expresa o consentimiento de la Administración. b) Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra. c) El día inicial del cómputo de los intereses de demora frente al impago por parte de la Administración de certificaciones de obra, se sitúa en el de la fecha de las certificaciones. d) La revisión de precios debe regirse por la norma vigente en el momento de la adjudicación del contrato, con independencia de que en la fecha en que fue aprobado el pliego rigiera otra normativa distinta.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio a noviembre de 2006, por lo que respecta tanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como a la de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y a la de la Audiencia

Nacional, así como la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Prohibición de contratar con empresas que no estén al día de sus obligaciones tributarias o a la seguridad social

La STJCE de 9 de marzo de 2006, Sala Primera, As. C-226/04 y C-228/04, precisa que la aplicación de las causas de exclusión para la participación en una licitación pública previstas en la normativa europea queda remitida a la legislación nacional, con el único límite de que no cabe imponer otras medidas de exclusión distintas, por lo que no existe un sistema uniforme de causas de exclusión a nivel europeo, dado que los Estados miembros pueden optar por no aplicar dichas causas, con la finalidad de permitir una participación lo mayor posible, o por aplicarlas con un grado de rigor variable en función de consideraciones de tipo jurídico, económico o social. En consecuencia, corresponde a la legislación nacional determinar cuándo un licitador está al corriente de tales obligaciones, así como el momento en que debe verificarse dicho cumplimiento.

B) Las prohibiciones de contratar se proyectan tanto sobre los contratos administrativos como sobre los contratos privados celebrados por la Administración

Como precisa la STS de 4 de julio de 2006, Ar. 5986, las prohibiciones para contratar son absolutas y no admiten excepciones. Lo que supone, a juicio del Tribunal, que la persona que incurra en ellas no puede contratar con la Administración en ningún caso, sea cual sea el contrato e incluso la naturaleza del mismo. Y ello porque tales prohibiciones de contratar son

“(…) aplicables a todos los contratos regulados en la Ley y también a aquellos a los que se aplican las normas de preparación y adjudicación de los contratos administrativos y por ello no se excluye ningún contrato ni los privados de la Administración por existir el mismo e idéntico conflicto de intereses para aplicar la prohibición de contratar (…)”.

Por tanto, las prohibiciones se aplican también al contrato de adjudicación de una parcela de titularidad municipal. Y desde esa perspectiva, la Sentencia confirma que a los cargos electivos locales también les resulta de aplicación las prohibiciones de contratar establecidas en la Ley 5/1985, de Régimen Electoral General, por lo que anula la adjudicación, dado que

“(…) La prohibición de contratar se impone a los administradores de la persona jurídica y no a la sociedad propiamente dicha de la que podría formar parte un concejal o el propio alcalde pero esa prohibición sin duda se hace efectiva cuando como en este caso ocurre el alcalde es administrador de la sociedad que contrató con la Corporación. Es precisamente

en este caso y no en otro en el que se produce la prohibición ineludible para contratar que afecta a los administradores de la persona jurídica y en este caso al alcalde que ostentaba esa condición en el seno de la sociedad recurrente (...)” FD 5º.

C) Los pliegos no vulneran el principio de igualdad si prevén un trato diferente para los usuarios de una autovía de peaje basados en criterios objetivos

La previsión en el pliego de cláusulas administrativas de unas tarifas diferentes para los usuarios que residiesen en los municipios afectados por la vía de peaje no constituye una desigualdad de trato con el resto de usuarios o discriminatoria, como precisa la **STS de 4 de julio de 2006**, Ar. 5989, si responde a razones objetivas y razonables (se trata del túnel de Soller), dado que se proyectan sobre los residentes de los dos municipios a los que más directamente afecta la construcción de la carretera de peaje, aprovechando igualmente también económicamente a la concesionaria porque induce a aquéllos al uso continuado del servicio que en otras condiciones más gravosas, como las que soportan los usuarios sujetos al precio del peaje general, podrían prescindir de utilizar la carretera, prefiriendo circular por la antigua vía como opción alternativa para no someterse al pago del peaje.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Margen de valoración de la Administración en la adjudicación de un contrato por concurso

La **STS de 11 de julio de 2006**, Ar. 4107, FFDD 5º y 6º, realiza una exposición muy completa de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en lo que concierne al margen de valoración que tiene la Administración en la adjudicación de un contrato por concurso:

“(…) Es tajante el artículo 87 de la LCAP (RCL 1995, 1485, 1948) al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad sólo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa.

Por su parte el artículo 89 de la LCAP declara que el concurso se adjudicará tras motivar, en todo caso, con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego. Constituye pues, la motivación, conforme al artículo 54.2 Ley de Régimen Jurídico

y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por la mesa de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. En tal sentido resulta claro el contenido del artículo 94 LCAP que obliga no sólo a comunicar a los demás participantes en la licitación la adjudicación del contrato sino, incluso, a notificar, previa petición de los interesados, los motivos del rechazo de su proposición y las características de las proposiciones del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor. Motivación de la decisión que habrá de ser razonada y fundada con arreglo a los criterios del pliego.

Finalmente el artículo 75.3 LCAP declara que la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos. No puede adjudicarse a cualquier concursante sino al que haga la proposición más ventajosa a fin de no incurrir en arbitrariedad, es decir, que no puede separarse la administración de los criterios objetivos especificados en los pliegos del concurso. Si bien como recuerda la Sentencia de este Tribunal de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000, con cita de otras anteriores como las de 25 de julio de 1989, 1 de junio de 1999 y 7 de octubre de 1999, la administración tiene un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa y también puede acudir a una interpretación y aplicación de las cláusulas razonable. Por ello como afirma la Sentencia de 24 de junio de 2004, recurso de casación 8816/1999, tampoco puede prescindir de los informes técnicos que apoyan una propuesta de adjudicación mediante apreciaciones subjetivas que no tengan un apoyo real en dichos criterios objetivos.

Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquéllos no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la Ley del concurso (Sentencias de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000, y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000) (...)."

- b) Carece de legitimación para impugnar las bases de un concurso, una vez adjudicado, el licitador que no las haya impugnado con anterioridad a la adjudicación, salvo que estén afectadas por un vicio de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso la acción de nulidad tendrá como límites el principio de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido**

La STS de 11 de julio de 2006, Ar. 4107, FFDD 5º y 6º, siguiendo la doctrina sentada por el Alto Tribunal Supremo afirma que

“(…) En el supuesto de autos se fijó en el pliego como criterio para valorar la experiencia su acreditación en la correcta prestación de servicios análogos a los del objeto del contrato sin que, por el postor recurrente ni por ningún otro de los partícipes fuere cuestionada la convocatoria. Ha sido con ocasión de la atribución de la máxima puntuación a las tres uniones de empresas licitadoras cuando la integrante de uno de los grupos impugna el resultado pero, obviamente, no el criterio que consintió pues como dijo este Tribunal en su Sentencia de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000, con cita de otra anterior de 4 de noviembre de 1997, ‘puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir el contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar, adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentado que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico’. Significa, pues, que aceptadas las bases de la convocatoria sólo podemos entrar a examinar si la adjudicación del concurso ha respetado o no los pliegos de condiciones. Como se afirmaba en la Sentencia de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000 ‘la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resulte a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día, a la adjudicación’.”

D) Adjudicación directa a sociedades vinculadas a la Administración territorial

La STJCE de 11 de mayo de 2006, Sala Primera, As. C-340/04, reitera la jurisprudencia consolidada, según la cual un contrato que tenga por objeto tanto el suministro de productos (conforme a la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro) como la prestación de servicios (conforme a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios) se regirá por la normativa del primero cuando el valor de los productos suministrados sea superior al valor de los servicios prestados (estando sustituidas hoy ambas Directivas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y el Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios). Asimismo, precisa que será posible, como excepción a la licitación pública como mecanismo de garantía de libre competencia, la adjudicación directa del contrato por una Administración territorial a otra persona jurídicamente distinta de la misma siempre y cuando ejerza sobre la misma un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha persona jurídicamente distinta realice la parte esencial de su actividad con la Administración que la controla.

El Tribunal reitera nuevamente que dicho control supone que el poder adjudicador pueda influir en sus decisiones con un carácter potencialmente determinante, tanto

sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones relevantes de la sociedad. Aplicada dicha construcción al supuesto planteado, la adjudicación directa por un municipio italiano de un contrato de suministro a una sociedad cuyo capital pertenece íntegramente a otra sociedad de titularidad pública en la que el citado municipio posee un 98 por 100 de las acciones, quedando el 2 por 100 restante en manos de otros municipios, el Tribunal concluye que, dados los Estatutos de las dos sociedades, donde no se reserva ninguna facultad de control al municipio ni se atribuye ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de actuación reconocida a los dos consejos de administración, el municipio en cuestión no ejerce un control análogo al que proyecta sobre sus propios servicios, sino el mero control que el derecho de sociedades reconoce a los titulares de acciones. Por tanto, el citado contrato no puede excluirse, bajo la cobertura del artículo 6, apartados 2 y 3, de la licitación pública. Además, precisa que la realización de la parte esencial de su actividad con la Administración que la controla supone que el resto de su actividad tenga un carácter marginal, para lo que deberá tomarse en cuenta como volumen de negocios determinante el realizado por la sociedad en virtud de adjudicaciones del ente territorial que la controle, siendo irrelevante al efecto que la retribución de la sociedad provenga de la Administración territorial o de los usuarios de los servicios.

En la misma línea se pronuncia la **STJCE, de 6 de abril de 2006, Sala Primera, As. C-410/04**, respecto de una concesión de servicio público de transporte de viajeros (donde el servicio es remunerado por la compra por parte de los usuarios de los títulos de transporte), que si bien queda excluida de la aplicación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y el Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios (artículo 17), debe respetar las normas comunitarias fundamentales y, especialmente, la no discriminación por razón de la nacionalidad y la igualdad de trato de los licitadores, lo que supone imponer una obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad y que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. En este supuesto de las concesiones de servicios públicos cabe, como excepción, realizar una adjudicación directa a una sociedad sobre la que la Administración territorial ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y dicha persona jurídicamente distinta realiza la parte esencial de su actividad con la Administración que la controla. En el caso concreto, se afirma que si en dicha sociedad participa, aunque sea con un capital mínimo, una empresa privada, ello excluye por sí solo que la Administración territorial pueda realizar un control análogo al que efectuaría sobre sus propios servicios.

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras

- a) **No existe enriquecimiento injusto para la Administración en el caso en el que la Administración no abone al contratista obras ejecutadas no previstas en el proyecto, y sin que medie orden expresa o consentimiento de la Administración**

La STS de 2 de octubre de 2006, FD 5º, Ar. 5432, realiza un resumen de la jurisprudencia del Alto Tribunal en esta materia:

“Recordábamos en nuestra Sentencia de 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo vertido en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto. O en términos de la Sentencia de 18 de julio de 2003 el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.

Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (Sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (Sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001). Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque sí prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (Sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.”

b) Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra

La STS de 2 de octubre de 2006, FD 4º, Ar. 5432, en consonancia con la doctrina asentada del Alto Tribunal, precisa que las certificaciones de obra constituyen

“(…) documentos auténticamente representativos per se de un crédito a favor del contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas a cambio de su precio, de un auténtico título de crédito con tal contenido (...) Esa misma naturaleza le reconoce la

STC de 27 de mayo de 1993, que recuerda que el propio Tribunal, en Auto 818/1985, les atribuyó la condición –a las certificaciones, se entiende– de fondos públicos afectos a la obra o servicio de que se trate. Y esta particular naturaleza, por último, hace que, como establecía el artículo 145 del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975, y hoy establece el artículo 100 del Texto Refundido de 16 de junio de 2000, las certificaciones de obra, que se han de expedir mensualmente –artículo 142, párrafo 2º–, aparte inembargables, salvo para pago de salarios y de cuotas sociales, sean transmisibles y pignorables, conforme a derecho, bastando la mera comunicación a la Administración para que ésta tenga obligación de expedir el mandamiento de pago a favor del cesionario (...).”.

c) El día inicial del cómputo de los intereses de demora frente al impago por parte de la Administración de certificaciones de obra, se sitúa en el de la fecha de las certificaciones

La STS de 2 de octubre de 2006, FD 4º, Ar. 5432, afirma, en lo que concierne a la generación de intereses frente al impago por parte de la Administración de las certificaciones de obra, que si la Administración no abona el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras (artículo 99.4 TRLC), se generan intereses de demora desde la fecha de las certificaciones y no desde la fecha de intimación del contratista. Este criterio es ratificado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

d) La revisión de precios debe regirse por la norma vigente en el momento de la adjudicación del contrato, con independencia de que en la fecha en que fue aprobado el pliego rigiera otra normativa distinta

La STS de 17 de julio de 2006 precisa que el Decreto-Ley 2/1964 relativo a la revisión de precios, aunque estuviera vigente en el momento de aprobar el pliego de cláusulas que debían regir un contrato de obras, si en el momento de adjudicar el contrato ya estaba en vigor la Ley 13/1995, esta normativa es la que debe regir el contrato, dada la unidad de todo el expediente de contratación.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Administración del Estado. Competencias de los Ministros: la potestad ministerial de revisión de oficio es indelegable. 2. Comunidades Autónomas. A) Los Presidentes del Gobierno autónomo no forman parte de la Administración. B) Las Comunidades Autónomas pueden regular sus propios Jurados de Expropiación. **3. Régimen de las Ciudades Autónomas. Ceuta y Melilla son entes municipales dotados de un régimen de autonomía local singular, pero no Comunidades Autónomas. Su autonomía no incluye la aprobación definitiva del Plan General de Urbanismo. 4. Administración local.**

A) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) Compatibilidad de la dedicación plena al cargo de Concejal con la actividad de abogado si ésta no perjudica su ejercicio. b) Vulneración del derecho de Concejal perteneciente al Grupo Mixto a participar en una comisión informativa. c) Legalidad de determinadas indemnizaciones a cargos de la Administración municipal. B) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Impugnación de acuerdos de las entidades locales por concejales que votaron en contra: el plazo se computa desde la fecha de adopción del acuerdo. C) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. a) No puede suspenderse cautelarmente la convocatoria automática del Pleno para la votación de una moción de censura en el supuesto del artículo 197.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. b) Incumplimiento de los plazos existentes entre la notificación de la convocatoria de Pleno ordinario y la celebración del mismo. c) Nulidad de un convenio de colaboración entre Ayuntamiento y entidades locales menores por encubrir la aprobación de una Ordenanza prescindiendo del procedimiento debido. **4. Corporaciones de Derecho Público. La adscripción forzosa a las cámaras de comercio, industria y navegación tiene un carácter excepcional. 5. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) En la tramitación de un Decreto autonómico sobre regulación de autorización y registro de establecimientos de óptica se debe recabar informe de organizaciones colegiales afectadas. B) Denegación

de reconocimientos de certificados de equivalencias de títulos de arquitecto técnico de universidad alemana. C) Corresponde a veterinarios titulados intervenir en el procedimiento de inscripción de equinos de razas puras.

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. COMPETENCIAS DE LOS MINISTROS: LA POTESTAD MINISTERIAL DE REVISIÓN DE OFICIO ES INDELEGABLE

La SAN de 24 de mayo de 2006, Ar. 165252, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución del Secretario de Estado de Justicia de 19 de enero de 2004 que declara nulas de pleno derecho, por incurrir en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1, letra f), de la Ley 30/1992, las Resoluciones de la DGRN de 29 de octubre de 1998 y 2 de enero de 2001, y una resolución de la propia Secretaría de Estado de 24 de enero de 2001, en lo que se refiere a incluir en el escalafón notarial a tres registradores adscritos a la citada Dirección General.

Entre otros motivos la Audiencia estima el recurso contencioso-administrativo al entender que la potestad ministerial de revisión de oficio no es delegable, ya que en el artículo 12 de la Ley 6/1997, se atribuye “en todo caso” a los Ministros respecto de los actos de los Secretarios de Estado y de los dictados por órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado. Si bien el artículo 13 de la Ley 30/1992 establece que, con carácter general, los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, se matiza en el apartado segundo del propio artículo que en ningún caso podrán ser objeto de delegación “las materias que así se determine por norma con rango de Ley”. En lo que nos interesa, el carácter indelegable de las competencias recogidas en el artículo 12 de la Ley 6/1997, se desprende de la propia reforma operada por la Ley 50/1998, que modificó la Ley 6/1997 para “permitir la delegación por los Ministros de sus competencias para declarar la lesividad de los actos administrativos” dando una nueva redacción al apartado 11 del artículo 13. Esta reforma transformó en delegable una competencia recogida en el artículo 12, que abarca el elenco de las competencias no delegables, y se incluyó específicamente en el artículo 13 la competencia exclusiva para la revisión de oficio, por lo que no cabe duda del carácter indelegable de tal competencia.

En el caso que nos ocupa se impugnaban tres decisiones administrativas, una del Secretario de Justicia y dos de la DGRN, siendo el Secretario de Justicia competente para revisar de oficio los actos de la DGRN. La Audiencia se pregunta si se podrían mantener vigentes las dos resoluciones que no incurrirían en causa de nulidad al haber sido revisadas por el órgano competente. La Audiencia descarta esta posibilidad puesto que estima que la facultad de revisión de oficio se debe ejercer directamente por el Ministro, como superior

jerárquico del Departamento, respecto de las tres resoluciones revisadas, sin duda porque las mismas se encuentran directamente relacionadas, debiendo considerarse la resolución recurrida, en todo caso, como dictada por el Ministro, según el artículo 13 de la Ley 30/1992. Por otro lado, estimar la validez parcial de la resolución recurrida generaría una situación de considerable inseguridad jurídica.

2. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Los Presidentes del Gobierno autónomo no forman parte de la Administración

La STC 222/2006, de 6 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno impugnando los apartados 4 y 9 del artículo 17 de la Ley del Parlamento Vasco 10/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1997.

Los apartados impugnados, –al regular, el primero de ellos, la actualización de las retribuciones básicas y la determinación de las retribuciones complementarias de los funcionarios autonómicos, y al prever, el segundo, el incremento de las retribuciones del Lehendakari, Vicepresidente, Consejeros, altos cargos y asimilados–, contradicen el artículo 17.2 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (en adelante, LPGE), que establece que las retribuciones íntegras del personal al servicio de todo el sector público no experimentarán variación respecto de las del ejercicio anterior. Esta contradicción supondría una vulneración de las competencias que la Constitución atribuye al Estado en relación con la ordenación general de la economía (artículo 149.1.13 CE), la coordinación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas con la hacienda estatal (artículo 156.1 CE) y, en menor medida, las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18 CE), que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, legitiman al Estado para regular las cuantías globales de las retribuciones del personal al servicio del sector público. Así lo tiene declarado el TC en numerosas sentencias respecto del incremento de las retribuciones de los funcionarios.

Pero el TC analiza en esta Sentencia el alcance subjetivo de la medida de congelación salarial del citado apartado 1 del artículo 17 de la LPGE para 1997, que se refiere al “personal al servicio del sector público”. En virtud de dicho apartado constituirían el sector público: a) la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos; b) las Administraciones de las Comunidades Autónomas y los Organismos de ellas dependientes; c) las Corporaciones Locales y Organismos de ellas dependientes; d) las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; e) los órganos constitucionales del Estado; f) el Banco de España y el Instituto de Crédito Oficial; g) el ente público RTVE y sus sociedades estatales y el ente público Red Técnica Española de Televisión; h) las Universidades competencia de la Administración General del Estado; i) las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación, y j) las demás entidades de derecho público y el resto de los entes

del sector público estatal, autonómico y local. En apartado aparte la LPGE hace alusión a la expresa congelación salarial del Presidente del Gobierno y excluye específicamente del ámbito de actuación a las Cortes Generales en virtud de la cláusula de salvaguardia que se remite al artículo 72.1 de la CE y que encuentra su justificación en la autonomía presupuestaria de las Cortes Generales.

La duda que se plantea el TC es si el Lehendakari, el Vicepresidente y los Consejeros del Gobierno Vasco han sido incluidos en el precepto reproducido. Para aclarar las dudas, la sentencia recuerda que no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 de la CE, está sujeta al derecho administrativo, y que cuando el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo tanto, su actuación no puede calificarse como “administrativa”. Estas ideas, formuladas en términos generales respecto del Gobierno estatal, son también aplicables a los Ejecutivos autonómicos (STC 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 5º). De esta doctrina se desprende que el Gobierno actúa con normalidad “como órgano de la Administración”, ejerciendo la potestad reglamentaria (artículo 97.1 CE) y sometiénose al Derecho administrativo, aunque en otras ocasiones actúe como órgano político y no ejerza potestades administrativas, sino “la función ejecutiva” que también le caracteriza (artículo 97.1 CE).

Esta doble faceta del Gobierno se observa con mayor nitidez respecto de sus miembros, los Ministros, los cuales se integran en la organización de la Administración General del Estado como órganos superiores de los Ministerios, dirigiendo, en cuanto titulares de un Departamento ministerial, los sectores de actividad administrativa integrados en su Ministerio (artículos 11 y 12 de la LOFAGE). En definitiva, aunque los Ministros ejerzan las atribuciones que les corresponden como miembros del Gobierno (artículo 12 de dicha Ley), se integran en la Administración ejerciendo las funciones administrativas de dirección señaladas y forman parte de su “personal”, lo que determina que queden incluidos en el ámbito de la medida de congelación salarial ya que dicha medida afecta al elemento retributivo que es propio del Ministro en su consideración de titular del Departamento. Lo expuesto respecto de los Ministros es también predicable de los Consejeros que integran los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Por tanto, el precepto impugnado vulneraba el precepto básico en lo relativo al Vicepresidente, Consejeros y altos cargos del Gobierno Vasco y es, por ello, inconstitucional.

Sin embargo no es el caso del Lehendakari, como Presidente de la Comunidad Autónoma. Él, al igual que el Presidente del Gobierno, carece de la doble faz o condición que caracteriza a los demás miembros del Gobierno, ya que no puede considerarse que quede integrado en la Administración. El Presidente del Gobierno se integra en el Gobierno que preside y le corresponde dirigir su acción y coordinar a sus miembros (artículo 98 CE), proponiendo al Rey el nombramiento y el cese de los Ministros (artículo 100 CE). El Presidente del Gobierno no forma parte de la Administración General del Estado, lo que se confirma por la Ley 6/1997, que no lo incluye en el ámbito de dicha Administración. Si no existiera el específico epígrafe e) del artículo 17.1 LPGE para 1997, dedicado a la

VI. Organización Administrativa

congelación de la retribución del Presidente del Gobierno, no estaría ésta sometida a congelación, debido a la naturaleza jurídica del Presidente del Gobierno.

Sin embargo, en la norma impugnada no existe ningún epígrafe que permita hacer un razonamiento análogo para aplicar la congelación salarial a los Presidentes autonómicos. Los Presidentes de las Comunidades Autónomas tienen la peculiaridad de que no sólo dirigen los respectivos Consejos de Gobierno, sino que ostentan la suprema representación de la Comunidad Autónoma y también la representación ordinaria del Estado en la misma. La primera función guarda paralelismo con la que corresponde al Presidente del Gobierno y, por ello, sólo con apoyo en esta exclusiva función ya podría afirmarse que aquéllos no se integran en su correspondiente Administración. Pero el Lehendakari, al contrario del Presidente del Gobierno, no ha sido incluido por el legislador básico en la esfera objetiva de la congelación retributiva, pues ésta sólo se refiere a la Administración de las Comunidades Autónomas y sus Presidentes no se integran en ella, no existiendo epígrafe alusivo específico en la LPGE, por lo que la Ley Vasca no incumple la normativa básica en este punto.

B) Las Comunidades Autónomas pueden regular sus propios Jurados de Expropiación

La **STC 251/2006, de 25 de julio**, desestima la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, en relación con los artículos 102 y 103 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, por posible vulneración de los artículos 149.1.1 y 149.1.18 CE. Los preceptos legales cuestionados regulan determinados aspectos del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, órgano administrativo de la Comunidad de Madrid que tiene atribuida la competencia de fijación del justiprecio en las expropiaciones en las que la Administración expropiante sea la Comunidad de Madrid o un municipio de su territorio. En concreto, el artículo 102 de la Ley 9/1995 regula la competencia y composición del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, mientras que el artículo 103 de dicha Ley establece los requisitos que deben satisfacer la motivación y notificación de los acuerdos que adopte el Jurado autonómico.

El TSJ de Madrid estimaba que la Comunidad de Madrid carece de competencia para regular dicho órgano administrativo, ya que corresponde al Estado la competencia en materia de “legislación sobre expropiación forzosa” (ex artículo 149.1.18 CE). Los preceptos legales cuestionados serían inconstitucionales, asimismo, al no respetar el sistema de garantías mínimas del derecho de propiedad cuando este derecho fundamental resulta afectado por la expropiación forzosa. El TC, sin embargo, estima que la competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid en materia de expropiación forzosa está reconocida en el artículo 36.1.b) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (EAM), que le atribuye “la potestad de expropiación, incluida la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados, así como el ejercicio de las restantes competencias de la legislación expropiatoria atribuida a la Administración del Estado, cuando se trate de materias de competencia de la Comunidad de Madrid”. Respecto al aspecto concreto que ahora se examina, esto es, la posibilidad de establecimiento por las Comunidades Autónomas de órganos de fijación del justiprecio en las expropiaciones correspondientes a las áreas materiales que sean de

su competencia, ya se pronunció afirmativamente el Tribunal en la STC 37/1987 respecto a la Comunidad Autónoma de Andalucía, declarando que “nada impide a la Comunidad Autónoma legislar sobre otros aspectos, tales como los organizativos, en relación con las expropiaciones que la Ley impugnada considera necesarias”. Aunque la Comunidad de Madrid no tiene atribuida expresamente competencias normativas en materia de expropiación forzosa, sino tan sólo las de ejecución, “puede igualmente realizar la regulación que se cuestiona como consecuencia de la función normativa de autoorganización de sus propios servicios expropiatorios, que es inherente a su competencia ejecutiva en las expropiaciones de su competencia”. Este criterio es reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal (STC 196/1997) y, en todo caso, también responde a la previsión del artículo 34.3 del Estatuto Autonómico, que determina que “las competencias de ejecución de la Comunidad de Madrid llevan implícita la correspondiente potestad reglamentaria para la organización interna de los servicios, la administración y, en su caso, la inspección”. En lo relativo a la competencia de la Comunidad de Madrid para hacer extensiva la aplicabilidad del precepto cuestionado a las expropiaciones que realicen los entes locales ubicados en su territorio, tampoco se manifiesta inconveniente alguno, pues, como apunta el Abogado del Estado, la Comunidad de Madrid dispone de competencias normativas y de ejecución en materia de “régimen local” (artículo 27.1 EAM).

Respecto a la vulneración del apartado 3 del artículo 102 de la Ley 9/1995 relativo a las competencias estatales recogidas en el artículo 149.1.1 y 18 CE como consecuencia de la composición concreta que da a los Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa de la Comunidad de Madrid, la posible infracción constitucional que planteaba el TSJ se deriva de que dicha composición ignora el equilibrio de intereses que se encuentran representados en el órgano encargado de fijar el justiprecio diseñado por la LEF (el Jurado Provincial de Expropiación), pues el artículo 32 de dicha Ley integra en dicho órgano, además de a un Magistrado del Poder Judicial, que ostenta la presidencia, a dos funcionarios, que representan los intereses públicos, y a otros dos representantes de los intereses privados. Por el contrario, el artículo 102.3 cuestionado incluye además del Presidente, cuya condición de Magistrado no se exige, a siete u ocho vocales, según los casos, representantes de los intereses públicos y a sólo dos de los privados. Este desequilibrio, según el Auto de planteamiento de la cuestión, afectaría de modo sustancial a las garantías expropiatorias que corresponde establecer al Estado ex artículo 149.1.18 CE e infringiría las condiciones que garantizan la igualdad de los españoles en relación con sus derechos y deberes constitucionales (ex artículo 149.1.1 CE).

El Tribunal Constitucional opina sobre este supuesto que estamos en presencia de una regulación que afecta a la libre organización de la propia Administración autonómica, ya que ésta se refiere a “la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas (SSTC 135/1982, 165/1986, 13/1998 y 227/1988)”. Nos encontramos en el ámbito propio del régimen jurídico de las Administraciones públicas. El Estado tiene atribuido el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (artículo 149.1.18 CE) y a la Comunidad de Madrid le corresponde

VI. Organización Administrativa

el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución en esa materia (artículo 27.2 EAM). Sin embargo, en lo relativo a la composición del Jurado de Expropiación, el Tribunal Constitucional entiende que la preconstitucional Ley de Expropiación Forzosa de 1954 carece de carácter básico, por lo que, los preceptos autonómicos citados no incumplirían la normativa estatal básica, no siendo contraria a Derecho la composición del Jurado Expropiatorio de la Comunidad de Madrid.

3. RÉGIMEN DE LAS CIUDADES AUTÓNOMAS. CEUTA Y MELILLA SON ENTES MUNICIPALES DOTADOS DE UN RÉGIMEN DE AUTONOMÍA LOCAL SINGULAR, PERO NO COMUNIDADES AUTÓNOMAS. SU AUTONOMÍA NO INCLUYE LA APROBACIÓN DEFINITIVA DEL PLAN GENERAL DE URBANISMO

La STC 240/2006, de 20 de julio, resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local promovido por la Ciudad de Ceuta, en relación con el artículo 68 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, por el que se modifica la Disposición Adicional Tercera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. La sentencia es interesante por varias razones. La primera de ellas es que se trata de la primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se pronuncia mediante sentencia sobre este proceso creado por la LO 7/1999, de 21 de abril, que tiene por objeto reforzar los mecanismos en defensa de la autonomía local ya existentes en nuestro ordenamiento. La legitimación activa para plantear el conflicto en defensa de la autonomía local se reserva a determinados entes locales, contemplando la LO 7/1997 únicamente a los “municipios y provincias”.

Por este motivo el TC analiza, en primer lugar, si Ceuta tiene la naturaleza de ente municipal o no. El Tribunal considera que, si bien con anterioridad a la aprobación de su Estatuto de Autonomía no se dudaba de tal carácter, con la aprobación de los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla se suscitó un debate sobre la naturaleza jurídica de ambas entidades territoriales. La cuestión fue resuelta en dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional –Autos 201/2000 y 202/2000, de 25 de julio–, que inadmitieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra el propio artículo 68 de la Ley 55/1999 interpuestos por esas Ciudades Autónomas, ya que el Tribunal apreció falta de legitimación de ambos entes para interponer recursos de inconstitucionalidad por no poder ser consideradas las ciudades de Ceuta y Melilla como Comunidades Autónomas.

Dado que Ceuta y Melilla no son Comunidades Autónomas ni se integran en la organización provincial del Estado, no cabe negarles, al menos a los efectos de poder acceder ante el TC en defensa de su autonomía, su condición de entes municipales, pese a que la LO 7/1999 no dice nada de Ceuta y Melilla cuando sí contiene menciones específicas relativas a las Islas, Cabildos, Consejos Insulares, Juntas Generales y Diputaciones Forales. Por otro lado, tal condición de municipio se les puede atribuir a partir de las previsiones de los artículos 137 y 140 de la CE en los que se configura el municipio como ente territorial básico en todo el territorio del Estado. En conclusión, Ceuta y Melilla son entes municipales dotados de un régimen de autonomía local singular, reforzado respecto del régimen general de los demás municipios, que viene regulado por previsiones específicas

contempladas para ambas Ciudades en sus respectivos Estatutos de Autonomía en cuanto a su estructura organizativa, sistema de competencias, régimen jurídico, mecanismos de cooperación con la Administración del Estado y régimen económico y financiero.

Una vez apreciada la legitimación de la ciudad de Ceuta para entablar este nuevo proceso, el Tribunal entra a resolver sobre el fondo del asunto: la incorporación de dos nuevos párrafos a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, que atribuye al Ministerio de Fomento la facultad para aprobar con carácter definitivo los planes generales de ordenación urbana de las Ciudades de Ceuta y Melilla y sus modificaciones o revisiones, sometiendo a informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Fomento la aprobación definitiva de los planes parciales y de sus modificaciones o revisiones por los órganos competentes de dichas ciudades. Entiende Ceuta lesionada su autonomía local constitucionalmente garantizada, puesto que el Estado no tiene competencia sobre planeamiento urbanístico, siendo una competencia inherente a los municipios, tal y como declaró la STC 61/1997. El TC estima, sin embargo, que dado que la Ciudad de Ceuta no constituye una Comunidad Autónoma, no posee potestad legislativa, y dado que su territorio tampoco está integrado en una Comunidad Autónoma, que sería la instancia competente para dictar la legislación urbanística, debe concluirse que esa competencia legislativa en materia de urbanismo en la Ciudad de Ceuta sólo puede corresponder al Estado. Además, el artículo 21.1.1 del propio Estatuto de Autonomía de Ceuta establece que “la potestad reglamentaria en materia de urbanismo le corresponde a Ceuta, en los términos que establezca la legislación general del Estado”.

Respecto a los artículos recurridos, el TC establece que el legislador competente para dictar la normativa urbanística, que en este caso es el legislador estatal, goza de libertad a la hora de determinar la participación de los entes locales en la actividad urbanística siempre que respete un núcleo mínimo identificable de competencias que haga reconocibles aquellos entes como una instancia decisoria autónoma. De ese núcleo no forma parte la competencia para la aprobación definitiva de los planes urbanísticos, ya que la autonomía local sólo obliga a que existan competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico, como las que se ejercen en las fases de aprobación inicial y provisional (STC 159/2001, de 5 de julio). El artículo 68 de la Ley 55/1999 se limita a atribuir al Ministerio de Fomento la aprobación definitiva del PGOU, así como sus modificaciones y revisiones, al igual que las Leyes autonómicas confieren dichas atribuciones a los órganos autonómicos competentes, sin privar a la ciudad de Ceuta de participar en la tramitación y elaboración previa a la aprobación definitiva del PGOU, sus modificaciones o revisiones, asegurando así una intervención mínima y reconocible del Ayuntamiento en el proceso de planificación. Por otro lado, “aun cuando las exigencias de la autonomía local se proyectan intensamente sobre las decisiones en materia de planeamiento urbanístico, tarea que corresponde fundamentalmente al municipio, las Leyes reguladoras de la materia pueden prever la intervención de otras Administraciones en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que se atribuyan de conformidad con el bloque de constitucionalidad, a las Administraciones supraordenadas” (STC 51/1954). En resumen, dada la singular posición de Ceuta,

VI. Organización Administrativa

existen sólidas razones que justifican la intervención de la Administración estatal en la actividad de planeamiento urbanístico en el territorio de dicho municipio. La actividad de planeamiento de Ceuta afecta claramente a intereses de carácter inequívocamente supra-municipal, cuya gestión constituye el objeto de competencias del Estado, lo que justifica la intervención de la Administración estatal en la ordenación urbanística de ese territorio municipal con la intensidad que prevé el precepto impugnado. Por estas razones el Tribunal desestima el conflicto en defensa de la autonomía local promovido por la Ciudad de Ceuta.

Después de analizar el caso concreto de la demanda planteada, el TC considera que la Sentencia recurrida en amparo no toma en cuenta el carácter excepcional que tiene la adscripción forzosa a las Cámaras respecto del principio de libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, lo que conlleva a excluir a determinadas actividades del pago del recurso cameral, otorgando en consecuencia el TC el amparo solicitado.

4. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

a) Compatibilidad de la dedicación plena al cargo de Concejal con la actividad de abogado si ésta no perjudica su ejercicio

La STSJ de las Islas Canarias de 28 de abril de 2006, Ar. 199092, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento de Puntallana, sobre la compatibilidad del cargo de Concejal en dedicación exclusiva con el ejercicio de la profesión de abogado.

En una escueta argumentación, la Sala entiende que los recurrentes no han demostrado que el ejercicio de la actividad de abogado por parte del cargo electo local pueda restar el más mínimo rendimiento a sus labores como Concejal del Ayuntamiento. En consecuencia, la dedicación plena es perfectamente admisible con una actividad complementaria como abogado, siempre que no reste o merme su dedicación.

b) Vulneración del derecho de Concejal perteneciente al Grupo Mixto a participar en una comisión informativa

La STS de 28 de abril de 2006, Ar. 3714, estima el recurso de casación interpuesto por un miembro del Grupo Mixto del Ayuntamiento de Boadilla del Monte contra la Sentencia de 28 de noviembre de 2001 del TSJ de Madrid, que había desestimado su recurso contra la celebración de la Comisión Informativa de Urbanismo de 4 de mayo de 2001.

Este Concejal, que estaba integrado en el Grupo Mixto, se vio afectado por la disolución del mismo por acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento el 20 de marzo de 2000, pasando a ser un Concejal no adscrito. Sin embargo, dicho acuerdo fue declarado nulo por Sentencia firme de la Sala de Madrid de 20 de septiembre de 2000, que anulaba la

supresión del Grupo Mixto. El 18 de septiembre de 2000, el Pleno había reorganizado las Comisiones Informativas, destinando a los Concejales no adscritos a otras comisiones distintas de la de Urbanismo. Sin embargo este Concejel había venido sosteniendo su derecho, en cuanto integrante del Grupo Mixto, a formar parte de la Comisión Informativa de Urbanismo, motivo por el que interpuso el presente recurso y solicitó que se declarara la nulidad de esa sesión y de los acuerdos tomados posteriormente por el Pleno con el informe de aquélla.

El problema de fondo que se suscita, por lo tanto, es el de la relación entre el acuerdo municipal de 18 de septiembre de 2000, la Sentencia del día 20 posterior y la impugnación de la convocatoria de la Comisión Informativa de Urbanismo de 4 de mayo de 2001, todo ello desde la perspectiva de si puede o no jugar de alguna manera, cuando se discute el derecho de un Concejel a formar parte de las Comisiones Informativas Municipales, la excepción de acto firme y consentido. El Ayuntamiento incurrió en un acto nulo de pleno derecho al suprimir al Grupo Mixto, como apreció la propia Sala de instancia en su Sentencia. El razonamiento correcto sería que, declarada la nulidad de la supresión del Grupo Mixto, procedía respetar las designaciones hechas por su portavoz y reconocer el derecho del recurrente a formar parte de la Comisión Informativa de Urbanismo. Al no haberlo apreciado así, la Sala de instancia ha vulnerado el derecho del recurrente a participar en los asuntos públicos que le reconoce el artículo 23.2 de la Constitución. Por tanto, el TS acoge los motivos de fondo esgrimidos en el recurso de casación, en cuanto alegan infracción de ese derecho fundamental, y anula la Sentencia impugnada.

Ahora bien, el recurrente solicita en su demanda que se declare, además, la nulidad de los acuerdos adoptados con el dictamen de la Comisión Informativa de Urbanismo a la que no se le convocó y los que de ellos traigan causa. Tal petición, formulada en esos términos, no es acogida. El carácter genérico con que se expresa no lo permite porque se presta a provocar consecuencias desproporcionadas, en especial, por el tiempo que ha transcurrido y el hecho de que el mandato de la Corporación que protagonizó las actuaciones que se han examinado expiró en mayo de 2003. De ahí que, no habiendo facilitado el recurrente más datos o referencias para valorar el alcance de la infracción que se ha producido, el Tribunal limita el fallo al reconocimiento del derecho y a la declaración de su lesión.

c) Legalidad de determinadas indemnizaciones a cargos de la Administración municipal

La STS de 12 de julio de 2006, Ar. 6006, acoge el recurso de casación interpuesto por el Pleno del Ayuntamiento de Chantada (Lugo) contra la Sentencia del TSJ de Galicia de 19 de junio de 2002, que desestimó el recurso interpuesto contra un acuerdo del Pleno que aprobaba determinadas retribuciones del Alcalde y de los Tenientes de Alcalde, así como el régimen de dedicación exclusiva y la correspondiente retribución de una Teniente de Alcalde.

VI. Organización Administrativa

El Tribunal entiende que la decisión de incluir a un determinado cargo en el régimen de dedicación exclusiva está suficientemente motivada por la enumeración de las funciones que se le asignan y su relevancia. La falta de constancia en el organigrama municipal de la dedicación exclusiva de un determinado cargo obedece, en este caso, a la imposibilidad de hacerlo, pues se inauguraba en ese Ayuntamiento ese régimen de prestación de cargo y tampoco, por esa misma razón, podía existir previamente partida presupuestaria alguna que contemplase esa posibilidad.

Respecto a las indemnizaciones por asistencia del Alcalde y de los Tenientes de Alcalde a su despacho en el Ayuntamiento, el Tribunal considera que son también ajustadas a Derecho. A su juicio, el concepto de indemnización a que se refiere el artículo 75 de la Ley 7/1985 no se agota con las indemnizaciones a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto 2568/1986 (gastos ocasionados por el ejercicio del cargo), porque la norma reglamentaria trata de desarrollar las previsiones de la Ley de Bases del Régimen Local, sin que pueda alterar o restringir su contenido. Dentro de este contenido legal del término indemnización se encuentran comprendidas también las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la dedicación a los asuntos municipales. Como las indemnizaciones anteriores se han fijado en términos razonables y sin superar el límite global al efecto establecido, no se puede aceptar que el acuerdo recurrido haya infringido el ordenamiento jurídico.

B) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Impugnación de acuerdos de las entidades locales por Concejales que votaron en contra: el plazo se computa desde la fecha de adopción del acuerdo

Dos son las sentencias recientes que abordan la cuestión del cómputo del plazo que tienen los miembros de Corporaciones Locales para recurrir los acuerdos del pleno sobre los que votaron en contra.

En la primera de ellas, el TS en **STS de 20 de junio de 2006**, Ar. 5153, estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Galicia de 7 de noviembre de 2002, declarando inadmisibile, por extemporáneo, el recurso contencioso-administrativo sostenido por tres Concejales del Ayuntamiento de Porriño contra un Acuerdo del Pleno de ese Ayuntamiento de 3 de abril de 1998, que aprobaba un Estudio de Detalle (nótense los ocho años que transcurren desde que surge la controversia hasta que ésta se resuelve definitivamente). El Tribunal entiende que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo por los Concejales que votaron en contra del acuerdo debe computarse desde la fecha de la sesión en que éste fue adoptado. No existe aquí ninguna excepción en relación con los actos normativos que para su eficacia requieren ulterior publicación, pues su contenido es conocido por los Concejales disidentes desde su aprobación.

Esta resolución judicial cuenta sin embargo con un voto particular de dos Magistrados que entienden que no cabe aplicar la mencionada doctrina jurisprudencial, por cuanto el artículo 58.3.b) de la Ley de la Jurisdicción de 1956, entonces aplicable, reproducido hoy por el artículo 46.1 LJCA, contiene un precepto categórico, cual es que, en los casos en que no proceda la notificación personal, el plazo de dos meses debe contarse desde el

día siguiente al de la última publicación de la disposición impugnada. Estos Magistrados entienden, pues, que tratándose de disposiciones de carácter general, el plazo para su impugnación debe comenzar a partir de su publicación, incluso en los casos de impugnación por Concejales que votaron en contra del acuerdo por el que fueron aprobadas.

Más recientemente, la **STS de 3 de julio de 2006**, Ar. 3758, estima el recurso de casación interpuesto por el Grupo Municipal de Convergencia y Unión contra la Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003, que inadmitía un recurso deducido por dos de sus Concejales contra un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Girona de 11 de febrero de 1999, relativo al concurso para la construcción y posterior explotación en régimen de concesión administrativa de un Área de Equipamientos Culturales y Deportivos.

El Tribunal Supremo mantiene el criterio interpretativo expuesto en la sentencia anteriormente comentada y recoge la doctrina jurisprudencial existente al respecto (STS de 14 de noviembre de 2005, entre otras muchas). El plazo para ejercitar la facultad de impugnación, como ya hemos visto, comienza a computarse a partir de la fecha de adopción del acuerdo por el órgano de la Corporación, pues no se puede equiparar la posición jurídica del ciudadano, a quien debe darse a conocer una resolución administrativa conforme a las reglas generales de los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con la de un Concejal que ha participado en la adopción del acuerdo y que conoce desde el inicio su contenido. Esta posición es mantenida por la STC 173/2004, de 18 de octubre, que ya fue objeto de comentario en el número 27 de esta Revista.

El hecho de que los artículos 80.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales y 46.2.b) LBRL exijan la notificación de las actas, no supone que el plazo de impugnación para los Concejales que hubieren votado en contra comience tras su notificación. Es evidente que conocen perfectamente desde tiempo atrás el exacto contenido del acto. Por ello, la razón de ser de la notificación pierde aquí su relevancia. No ofrece duda que, en estos casos, el destinatario de la notificación conocía adecuadamente el acto objeto de notificación y debía saber que el ejercicio de las facultades reconocidas en el artículo 63.1.b) LBRL han de ejercitarse desde el momento en que se votó en contra.

Ahora bien, el caso de autos presenta la particularidad de que la notificación fue acompañada de una información errónea facilitada por el órgano notificador, como era indicar que el plazo para recurrir se computaba desde el momento de la notificación. Tal actuación de la Administración no puede perjudicar a su destinatario, aunque como en el presente supuesto fueran Concejales. Los principios de buena fe y seguridad jurídica exigen que si la Administración al notificar un acto, aunque fuere redundante su conocimiento, indica un plazo para recurrirlo, el mismo sea acatado por el órgano emisor de la notificación, pues lo contrario significaría lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es esta última razón la que lleva a la estimación del recurso.

C) Régimen de funcionamiento de las entidades locales

a) No puede suspenderse cautelarmente la convocatoria automática del Pleno para la votación de una moción de censura en el supuesto del artículo 197.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General

El artículo 197.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establece que ningún Concejal puede firmar, durante su mandato, más de una moción de censura, con la excepción de aquellos casos en que las mociones no hubieran sido tramitadas por no reunir los requisitos de autenticidad de firmas a que se refiere el artículo 197.1.b) de la Ley.

Cinco Concejales del Ayuntamiento de Adrada (Ávila) firmaron en octubre de 2005 una moción de censura, que no llegó a debatirse al ser retirada por recaer una condena penal sobre el Alcalde contra el que iba dirigida. El 1 de diciembre de ese mismo año esos cinco Concejales presentaron otra nueva moción de censura contra el nuevo Alcalde. El Secretario-Interventor del Ayuntamiento emitió diligencia fijando el día 15 de diciembre como día para la votación de la moción. Frente a esta diligencia se interpuso recurso contencioso-administrativo, en el que la parte actora solicitó la adopción de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado. Dicha medida fue acordada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila mediante Auto de 9 de diciembre de 2005 y mantenida por Auto de 15 de diciembre de 2005. Frente a estos autos, los concejales firmantes de la moción interpusieron recurso de apelación, que ha sido estimado por STSJ de Castilla y León de 2 de junio de 2006, Ar. 435.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo recuerda, citando el ATS de 7 de julio de 2004, Ar. 206773, la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en torno a los criterios jurídicos a utilizar en orden a la adopción o denegación de una medida cautelar y la aplica en el presente caso. El Tribunal recuerda que el incidente de suspensión no es el cauce procesal idóneo para decidir el fondo de la cuestión objeto de litigio y, por ello, resulta evidente que el criterio de la *apariencia de buen derecho* debe aplicarse con mesura y prudencia, sobre todo si el acto impugnado no se dicta en ejecución de una sentencia, de una resolución o disposición declarada nula, y cuando se trata de un acto cuyas causas de impugnación no han sido objeto de resolución jurisprudencial, al menos a la vista de la nueva normativa aplicable y vigente. En este caso la Administración solicitante de la medida cautelar insta a entrar y prejuzgar el fondo del debate que deberá ser objeto de enjuiciamiento en el recurso. Además, resulta contradictorio que en el Auto apelado se siga aplicando el criterio de la *apariencia de buen derecho* de la medida cautelar solicitada, pese a recordar el Auto apelado la duda razonable existente en la interpretación del nuevo artículo 197.2 LOREG. El Tribunal considera que no concurre esa *apariencia de buen derecho*, al menos con la claridad que pretende la Administración solicitante de la medida, porque el Auto apelado contradice la voluntad del legislador que, con la reforma operada en el artículo 197 LOREG por la Ley Orgánica 8/1999, de 1 de abril, pretendió establecer el máximo automatismo en la convocatoria del Pleno donde se discuta la moción de censura, para no dejar en manos de las partes su votación. Además, al no existir jurisprudencia sobre el actual artículo 197.2, hay que tener en cuenta que el criterio jurisprudencial

sobre la interpretación del antiguo artículo 197 defendía que “si la primera moción de censura ni siquiera ha llegado a celebrarse, no puede tomarse en consideración a efectos de rechazar la viabilidad de planteamiento de una moción ulterior”.

Tampoco la no adopción de tal medida cautelar haría perder al recurso su finalidad, *periculum in mora*, pues la propia medida cautelar suspensiva provocaría un fraude de ley, al ir en contra de la voluntad del legislador, pues entonces bastaría que el Alcalde a remover o cualquier otro Concejál contrario a la moción de censura interpusiese el oportuno recurso contencioso-administrativo contra la convocatoria del Pleno y solicitase la medida cautelar de suspensión, para que de plano se suspendiera la convocatoria del Pleno, contradiciendo el automatismo que el legislador pretende para evitar cualquier obstáculo a la hora de señalar, deliberar y votar una moción de censura. Por ello, cualquier limitación o restricción a este automatismo debe ser interpretado y aplicado de forma restrictiva, ya que si no en otro caso la excepción se convertiría en regla general y además se iría contra lo que el legislador ha querido en su reforma. La Sala considera que la no adopción de la medida cautelar no impide la efectividad de la sentencia si resultara estimatoria toda vez que no existe impedimento legal (salvo que mediaran entre tanto unas nuevas elecciones locales) para que retornara a su puesto el Alcalde removido por la moción.

Por último, el interés público y los intereses generales a valorar y ponderar en el presente caso exigen la convocatoria del Pleno y el debate y votación de la moción de censura, ya que en caso contrario se vulneraría una de las manifestaciones del derecho fundamental de los firmantes a ejercer el cargo público de concejál (artículo 23.2 CE) y se contraveniría el espíritu y finalidad de la reforma legislativa comentada. Por ello, el interés público en el presente caso consiste en salvaguardar lo máximo posible la discusión y votación de la moción de censura, pues, de no ser así, los concejales que forman mayoría se encontrarían en la oposición, permaneciendo en la Alcaldía un grupo minoritario, siendo el resultado de todo ello un Ayuntamiento ingobernable, lo que tampoco concuerda con el interés público.

b) Incumplimiento de los plazos existentes entre la notificación de la convocatoria de Pleno ordinario y la celebración del mismo

La STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 19 mayo de 2006, Ar. 325, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los Concejales del Grupo Mixto del Ayuntamiento de La Matanza de Acentejo contra los acuerdos del Pleno de 24 de septiembre de 2004, relativos a expedientes de expropiación iniciados con motivo del PGOU.

Alegan los recurrentes que no mediaron los dos días a que se refiere el artículo 46.2.b) de la Ley de Bases de Régimen Local, entre la convocatoria y la celebración del acto. La convocatoria del Pleno ordinario fue notificada a los Concejales el día 22 del mismo mes, por lo que supone la violación del plazo mínimo establecido por el artículo 46.2.b) de la LBRL. La sustantividad de la determinación legal de un plazo mínimo entre la convocatoria y la celebración del Pleno se encuentra en la necesidad de que los Concejales puedan disponer

de una información completa y un tiempo de reflexión sobre la misma, con anterioridad a la discusión y votación de los asuntos.

Sin embargo los recurrentes no se opusieron al acuerdo adoptado en dicho Pleno en relación con el orden del día. Su recurso se basaba en que los proyectos sometidos a votación no se incluían en los presupuestos (lo que constata el Tribunal que no es cierto al existir únicamente un error de identificación que se subsanó en la sesión de 30 de julio de 2006). El Tribunal estima por ello, en relación con el incumplimiento del plazo, que la finalidad que debe presidir las decisiones de anulación de los actos administrativos ha de partir de la consideración de que el defecto que acarree su anulabilidad sea de tal entidad que haya tenido trascendencia bastante para posibilitar la alteración del resultado final, bien porque se modifique la composición del órgano colegiado, bien porque de algún modo se impida la libre asistencia, deliberación o formación de la voluntad del mismo. Estas consideraciones, extraídas de la STS de 1 de marzo de 2000, llevan a la Sala a concluir que el vicio de procedimiento que se constata (acortamiento del plazo) no ha tenido trascendencia sustantiva en los acuerdos adoptados ni en el derecho de los recurrentes que les reconoce el artículo 23 de la Constitución, ya que pese a las carencias en la descripción del asunto en el orden del día ello no dificultó a los Concejales su participación, examen, debate y votación sobre los mismos.

c) Nulidad de un convenio de colaboración entre Ayuntamiento y entidades locales menores por encubrir la aprobación de una Ordenanza prescindiendo del procedimiento debido

La STS de 6 de junio de 2006, Ar. 3435, estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Castilla y León de 26 de septiembre de 2003, que consideraba conformes a Derecho los Acuerdos del Ayuntamiento de Oña (Burgos) sobre reparto de las aportaciones del año 2000 relativos al Convenio de Colaboración entre el Ayuntamiento y las Entidades Locales Menores de su territorio.

La legislación de régimen local de Castilla y León prevé (artículos 68 y 69 de la Ley 1/1998 de Régimen Local de Castilla y León) que se suscribirán convenios donde se establezca una compensación a las entidades locales menores por el conjunto de servicios municipales que presten. Sin embargo, al Tribunal le extraña, ciertamente, que se pueda considerar como convenio el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Oña, que se somete a la aprobación o aceptación de las entidades locales menores, cuando tres de esas entidades no sólo no lo han aceptado, sino que lo han impugnado. Según su significado gramatical, el convenio parece que debe obviamente referirse al acuerdo voluntario entre dos o más partes, en el que se mezclan sus derechos y obligaciones, que han de ser objeto de la oportuna valoración, para adecuarlas, cada parte a sus intereses, aunque buscando el acuerdo más favorable a todos. Sin embargo, en este caso, el Ayuntamiento aprueba unilateralmente el convenio y lo somete en su integridad a la aceptación de las otras partes intervinientes, con la particularidad de que, si no se adhieren al mismo en el plazo establecido, el Ayuntamiento asumirá las competencias que se pretenden delegar por el

citado convenio. No parece, por tanto, que los signos o rasgos característicos del convenio, voluntariedad y acuerdo, sean los que informan el convenio a que esta litis se refiere.

Nos encontramos, pues, más bien ante una Ordenanza o Reglamento que regula el régimen interadministrativo entre el Ayuntamiento y sus entidades locales menores, máxime cuando el convenio genera un cambio en el régimen que antes existía entre dichas entidades. En consecuencia, cabe interpretar que no se ha cumplido el trámite de información pública ni el de publicación en el Boletín Oficial en la forma exigida para los reglamentos, por lo que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que considera que la sola omisión del trámite de información pública genera la nulidad radical, por defecto formal en el procedimiento de su elaboración (SSTS de 12 de marzo de 1998 y de 21 de febrero de 2005, entre otras), procede anular el acuerdo impugnado y estimar el recurso de casación.

4. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. LA ADSCRIPCIÓN FORZOSA A LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN TIENE UN CARÁCTER EXCEPCIONAL

La **STC 225/2006, de 17 de julio**, viene a otorgar amparo al recurrente al reconocer el derecho de asociación en su vertiente negativa como derecho a no asociarse al solicitarse amparo contra recibo de liquidación de recurso cameral permanente girado por la Cámara oficial de Comercio e Industria.

El recurrente en amparo ante el TC, como titular de actividades dedicadas al asesoramiento y no a fines comerciales, industriales o navieros considera que las mismas se incluían en lo que la Ley básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación considera profesionales liberales a efectos de excluirlas del recurso cameral permanente. En la demanda de amparo se imputa a la Sentencia recurrida la vulneración del derecho de asociación en su dimensión negativa de derecho a no asociarse, ya que obliga a los profesionales liberales que ejerzan su actividad a través de personas jurídicas a pertenecer a la Cámara Oficial de Comercio e Industria correspondiente.

La Sentencia analiza el supuesto planteado en la demanda de amparo y concluye que la doctrina constitucional sobre los criterios mínimos y fundamentales a tener en cuenta para determinar si una asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria, supera un adecuado control de constitucionalidad, es que la adscripción no puede ir acompañada de una prohibición paralela de asociarse libremente y que el recurso a esta forma de agrupación social creada *ex lege* no puede convertirse en regla general sin alterar el sentido de un Estado social y democrático de Derecho basado en el valor superior de la libertad y, finalmente, derivado de los anteriores, el carácter excepcional de la adscripción obligatoria.

El TC considera que la adscripción obligatoria a corporaciones públicas es un supuesto excepcional respecto del principio esencial de libertad y debe encontrar, por ello, suficiente

VI. Organización Administrativa

justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan dichas corporaciones, de las que resulte la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo, pudiendo este Tribunal identificar aquellos supuestos donde esa imposibilidad o dificultad no se presente.

5. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) En la tramitación de un Decreto autonómico sobre regulación de autorización y registro de establecimientos de óptica se debe recabar informe de organizaciones colegiales afectadas

La STS de 26 de abril de 2006, Ar. 4806, estima el recurso de casación interpuesto y anula el Decreto impugnado, relativo a la autorización y registro de establecimientos de óptica en el Principado de Asturias.

El TS declara, ante la falta de audiencia del Consejo General demandante, que la Sentencia recurrida no es conforme a Derecho, porque considera suficiente el trámite de información pública general llevado a cabo para la aprobación del Decreto autonómico, cuando jurisprudencia del TS consolidada ha declarado que en casos como el presente resulta preceptivo recabar informe de las organizaciones colegiales afectadas.

B) Denegación de reconocimientos de certificados de equivalencias de títulos de arquitecto técnico de universidad alemana

La STS de 14 de julio de 2006, Ar. 6011, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, que denegó la solicitud de reconocimiento del certificado de equivalencia al título de Arquitecto de una Universidad Técnica de la República Federal de Alemania, en aplicación de la Directiva 85/384.

A este respecto, el TS pone de manifiesto que las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas establecían un sistema general de reconocimiento mutuo de los títulos de enseñanza superior que acreditasen una formación mínima de tres años de duración, y tiene por objeto, según declara su Exposición de Motivos, suprimir los obstáculos que existen para la libre circulación en el ámbito comunitario de los ciudadanos de los países que estén en posesión de títulos referidos al mismo ámbito profesional. Ahora bien, el régimen general de mutuo reconocimiento incorporado a nuestro ordenamiento jurídico tiende a facilitar el ejercicio de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en relación con las “profesiones reguladas”. La actuación administrativa a este respecto va encaminada a verificar no ya que la titulación obtenida en otro Estado miembro corresponda con los títulos que en España permiten el acceso a las profesiones reguladas, sino a examinar cada solicitud individualmente, según las condiciones establecidas en la Directiva y en función de la actividad profesional concreta que el interesado desee ejercer.

En el caso planteado el TS ratifica la sentencia de instancia y en este sentido considera que los documentos incorporados en el expediente por el recurrente no se encuadran dentro

de los diplomas, certificados y otros títulos contemplados en el artículo 11 de la Directiva anteriormente citada con lo que declara no haber lugar al recurso de casación.

C) Corresponde a veterinarios titulados intervenir en el procedimiento de inscripción de equinos de razas puras

La STS de 2 de octubre de 2006 viene a casar una sentencia de la Audiencia Nacional en un asunto relativo al procedimiento e inscripción de equinos de razas puras.

El Colegio Oficial de Veterinarios de España interpuso recurso contra Orden del Ministerio de Defensa en la que se establece el procedimiento de identificación y de inscripción de los equinos de razas puras de ámbito nacional.

El Colegio de Veterinarios perseguía demostrar que las operaciones del procedimiento de identificación e inscripción de los equinos forman parte de la competencia profesional de los veterinarios, ya que el modo en que se lleven a cabo aquéllas pueden influir sobre los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos, e insistían en que, aunque no todas las operaciones de identificación e inscripción de los animales son propias de la función facultativa, existiendo además otras que no tienen por qué requerir la intervención de un profesional, ni la Orden impugnada ni la Sentencia de instancia diferencian ni disciernen unas y otras.

El TS considera que la Sentencia de instancia no ha dado satisfacción a la pretensión procesal manifestada por el Consejo General de Veterinarios, produciéndose en consecuencia la infracción de la normativa reguladora del ejercicio profesional. Razones de equidad y de seguridad jurídica llevan a la conclusión de que no es conforme a derecho remitir determinadas decisiones a la conducta de la Administración, pudiendo haberlo dejado prescrito en la norma reguladora. Pues, ante el silencio de la Orden recurrida, ello podría llevar consigo que en su aplicación se permitiera que los no profesionales pudieran realizar operaciones propias de los veterinarios profesionales.

PEDRO A. MARTÍN PÉREZ
JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Reserva de ley y tipicidad.** A) Admisión de las normas sancionadoras en blanco, aunque éstas se completen con normas reglamentarias o incluso normas internas. B) La previsibilidad de la consecuencia punitiva. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) No es aplicable a las normas procesales y procedimentales, especialmente de rango reglamentario. B) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora. **4. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Inexistencia de error exculpante cuando hay, al menos, negligencia. B) Inexistencia de error exculpante por las propias cualidades personales del infractor. C) La interpretación razonable de la norma excluye la culpabilidad. **5. Sujetos responsables.** A) Lo es el titular real del vehículo que utiliza indebidamente gasóleo bonificado y no quien figura en el permiso de circulación. **6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Infracción continuada y permanente. Elementos. B) Concurso real de infracciones. C) La falta de pronunciamiento del juez penal sobre la existencia de unos hechos no impide que la Administración pueda acreditarlos en el expediente sancionador ulterior. D) El deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador en tanto se tramita un proceso penal exige la identidad de hecho, sujeto y fundamento. **7. Competencia sancionadora.** A) La atribución de las fases de instrucción y resolución a órganos administrativos distintos es una exigencia constitucional. **8. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Garantías del artículo 24.2 CE trasladables al procedimiento administrativo sancionador. B) Los derechos de defensa del imputado deben garantizarse en vía administrativa, no después. Cambio de jurisprudencia. C) Legitimación del denunciante para recurrir el sobreseimiento del procedimiento o el archivo de su denuncia exigiendo responsabilidad sancionadora. D) Iniciación en virtud de denuncia: no es necesaria su posterior ratificación siempre que no sea utilizada como prueba de cargo. E) La inmediatez en el procedimiento sancionador se predica del instructor y no del resolutor.

9. En especial, la prueba y la presunción de inocencia. A) La denegación inmotivada o arbitraria de pruebas pertinentes y decisivas para la defensa lesiona el artículo 24.2 CE. B) Prueba indiciaria: requisitos para que pueda constituir una prueba de cargo suficiente y válida para destruir la presunción de inocencia. **10. La resolución del procedimiento sancionador.** A) No es indispensable que responda a las alegaciones que hizo el imputado a la propuesta de resolución. B) La especial motivación que requiere la imposición de la sanción secundaria más grave puede quedar satisfecha con los documentos aportados al expediente. C) Discrepancia entre la resolución y la propuesta de resolución. **11. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) Caducidad del procedimiento disciplinario contra jueces y funcionarios. Cambio de jurisprudencia. B) Los procedimientos disciplinarios contra militares no caducan. **12. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.** A) La determinación de la sanción como un proceso reglado. B) Distinción entre proporcionalidad e individualización de la sanción. C) La aplicación de atenuantes apreciadas en vía penal por hechos conexos no se produce de modo automático. **13. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) El archivo provisional del expediente no interrumpe la prescripción. **14. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) Declaración de la nulidad del sobreseimiento acordado por el órgano administrativo e imposición de la sanción correspondiente por el órgano judicial. B) Los derechos de defensa del imputado deben garantizarse en vía administrativa, no después. Cambio de jurisprudencia. C) Se mantienen los hechos, aunque se modifica su calificación jurídica, el tipo aplicado y se fija la sanción. D) Atenuación de la calificación por gravedad realizada por la Administración. E) Reducción de la cuantía de la multa, aunque sin una motivación detallada. F) Posibilidad de sustituir o modular la sanción. G) Reconocimiento de un cierto margen de libertad al órgano sancionador siempre que sea en beneficio del infractor.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que constituyen sanción

La retirada del reconocimiento como organización productora de aceite de oliva a una determinada organización por no disponer de una contabilidad específica. Lo reitera la STS de 8 de junio de 2006, Sección Cuarta, Ar. 3448.

B) Actos que no constituyen sanción

Las medidas de intervención y de sustitución previstas en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. De conformidad con el artículo 31 de dicha Ley, su adopción está reservada para el supuesto de que la entidad intervenida “se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia”, lo que lleva a la **STS de 14 de marzo de 2006**, Sección Tercera, Ar. 1637, a sostener que “la finalidad de la medida es, por tanto, evitar que el peligro, que en ese momento es potencial, se transforme en real, con el consiguiente daño que ello supondría no sólo para la entidad y sus clientes, sino para todo el sistema financiero en general, que tendría que reparar las consecuencias derivadas de la insolvencia. No es, por tanto, una medida dirigida a reprobear una conducta ilícita”.

El requerimiento dirigido a un canal de televisión local para que proceda al cese de las emisiones realizadas sin título habilitante (**STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2006**, Ar. 368).

2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Admisión de las normas sancionadoras en blanco, aunque éstas se completen con normas reglamentarias o incluso normas internas

La entidad Arquitasa fue sancionada con suspensión de su actividad por una año por la infracción muy grave consistente en “el incumplimiento de los requisitos de homologación para ejercer la actividad de tasación recogidos en la legislación del mercado hipotecario”. Estos requisitos estaban determinados en diversas normas de rango reglamentario, motivo por el que la sancionada alegaba la nulidad de la sanción impuesta como contraria al principio de legalidad sancionadora. La **STS de 11 de mayo de 2006**, Sección Tercera, Ar. 3091, parte de que, en efecto, “no es admisible para configurar los tipos infractores una remisión en abstracto o indeterminada a los reglamentos”. Pero añade que “eso no sucede en este caso, en el que la infracción está suficientemente definida por el propio legislador, cual es la omisión de los requisitos de homologación. No se está defiriendo un tipo infractor al reglamento, como sucedería si se estipulase que constituiría infracción el incumplimiento de los reglamentos sobre la materia, sino que se delimita de forma precisa y material una infracción (incumplimiento de requisitos de homologación), y es dentro de esa determinación legislativa previa donde se incluye una remisión a una ‘legislación hipotecaria’ en la que se estipulan tales requisitos de homologación de las entidades de tasación”.

Un guardia civil fue sancionado como autor de la falta leve consistente en “la inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior”, al haber realizado en el bar del Acuartelamiento el descanso legalmente previsto, lo cual se estima contrario a la Orden General sobre entrada en bares y cafeterías durante el transcurso del servicio. La **STS de 21 de marzo de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 2120, señala que el tipo infractor es “un ejemplo paradigmático de la típica norma sancionadora en blanco” y recuerda la doctrina constitucional conforme a la cual “no vulnera la exigencia de *lex certa* la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes y

obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible con suficiente grado de certeza la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión”. La discusión versaba fundamentalmente en si esa Orden general era también aplicable a los bares situados dentro del acuartelamiento y la Sala estima que “la obligación supuestamente incumplida no está suficientemente precisada”, por lo que anula la sanción impuesta.

B) La previsibilidad de la consecuencia punitiva

La mencionada STS de 21 de marzo de 2006, Sala de lo Militar, considera que la previsibilidad mínima exigida por la Constitución “es la que facilita una comprensión razonable [de las normas] que la jurisprudencia constitucional ha situado en tres vertientes: a) la semántica; b) la metodológica; c) la axiológica. La actividad sancionadora es previsible si respeta el significado posible de las palabras de la norma, si utiliza métodos de interpretación y aplicación acordes con la lógica y que se encuentran aceptados por la comunidad jurídica y si, finalmente, no se separa de la axiología básica constitucional”.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) No es aplicable a las normas procesales y procedimentales, especialmente de rango reglamentario

Con fecha de 21 de julio de 1998 se incoó acta de conformidad por parte de las autoridades tributarias contra el Real Club Deportivo Español de Barcelona, SAD, que, tras la tramitación del oportuno procedimiento, fue sancionado el 3 de agosto de 1999. Durante dicha tramitación se produjo la entrada en vigor del RD 1930/1998, de 11 de septiembre, que desarrolla el régimen sancionador tributario, conforme a cuyos plazos podía entenderse caducada la potestad sancionadora de la Administración. La SAN de 3 de noviembre de 2005, Sección Segunda, Ar. 192 de 2006, parte de la constatación de que, a la fecha en que se incoó el acta de conformidad de que trae el causa el expediente sancionador (21 de julio de 1998), no había entrado en vigor el RD 1930/1998 y que su aplicación al caso supondría un supuesto de retroactividad “de las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias”. Fijados así los términos del debate, la sentencia niega la posibilidad de esta aplicación retroactiva, señalando que la nueva normativa “no establece una regulación de infracciones y sanciones, sino normas sobre plazos, siendo así que (...) las normas procesales y procedimentales no son per se retroactivas, máxime teniendo en cuenta que la posibilidad reconocida a la Ley de manera expresa de establecer su aplicación retroactiva, no es aplicable a los casos de disposiciones reglamentarias”.

B) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora

La STSJ de Castilla y León (Burgos), de 25 de noviembre de 2005, Ar. 205 de 2006, vuelve a ocuparse de la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable a

VII. Derecho Administrativo Sancionador

sanciones firmes que se encuentran en sede de recurso jurisdiccional en el momento de entrada en vigor de la nueva norma. En el supuesto de hecho, la entrada en vigor de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, producida durante la tramitación del recurso en vía jurisdiccional, podía suponer, en caso de ser aplicada al caso, un reducción de la cuantía de la sanción. La sentencia considera que dicha reducción es procedente pues, “siendo cierto que la validez de la resolución no queda afectada por la garantía de aplicación de la disposición sancionadora más favorable al no aplicarse ésta a los procedimientos ya concluidos, no lo es menos que la vigencia retroactiva del nuevo régimen sancionador ha de determinar la pérdida sobrevenida de la ejecutoriedad de una actuación administrativa que ha perdido la norma legal de cobertura (...) lo que determina que dejen de desenvolverse los efectos jurídicos de la resolución sancionadora que queden pendientes de ejecución en el momento en el que entre en vigor la norma sancionadora”. Por este motivo, se produce una “pérdida sobrevenida de los efectos ejecutorios de la sanción impuesta, o en su caso del exceso económico de la misma a partir de la fecha de su entrada en vigor”. En idénticos términos se expresa la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 13 de febrero de 2006, Ar. 656.

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Inexistencia de error exculpante cuando hay, al menos, negligencia

El Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación confirmó la sanción de 660 euros impuesta a la entidad mercantil Industrias Cárnicas Tello, SA, por una infracción en materia de restituciones a la exportación. En concreto, la sancionada declaró la exportación de 9.261 kg de embutidos de porcino, acogidos al beneficio de restitución a la exportación, siendo posteriormente comprobado por el Departamento de Aduanas e impuestos especiales que la partida no era embutido “puesto que la carne no se encontraba picada ni cortada en trocitos”, por lo que no tenía derecho de restitución. La sancionada impugnó la sanción impuesta alegando que su comportamiento había sido inducido por la complejidad del sistema de restituciones a la exportación, lo que determinaría la ausencia del elemento culpabilístico. La SAN de 13 de abril de 2005, Ar. 32 de 2006, considera probado que “el interesado ha actuado al menos con negligencia grave al facilitar unos datos inexactos, en una materia que es conocida para la empresa, quien de haber puesto la debida diligencia habría constatado y evitado la falsa constatación del dato”. En consecuencia, “la diferencia entre el producto declarado y el efectivamente exportado impide aceptar (...) que la complejidad del sistema de restituciones a la exportación haya inducido a la firma exportadora a un error excluyente de la responsabilidad”.

B) Inexistencia de error exculpante por las propias cualidades personales del infractor

El magistrado D. Eduardo aparcó un vehículo de su propiedad en los aparcamientos reservados a los Juzgados de Barcelona, situados cerca de su domicilio, sin contar con la debida tarjeta de autorización. Como resultado, el vehículo fue denunciado por mal estacionamiento y llevado al depósito municipal. Para recuperarlo sin tener que pagar tasas, D. Eduardo realizó un oficio, desde su propio juzgado, en el que se acordaba la devolución del coche libre de tasas. Estos hechos fueron sancionados disciplinariamente por el CGPJ

con la separación de funciones por tiempo de doce meses por constituir la infracción muy grave prevista en el artículo 417.13 LOPJ (“El abuso de la condición de juez para obtener un trato favorable e injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales”). El sancionado alegó la concurrencia de un error en su actuación, señalando que en distintos momentos anteriores de su actividad jurisdiccional, había disfrutado de habilitaciones para aparcar en las zonas próximas a los Juzgados de Barcelona y que al estar destinado actualmente en Cornellà, cabía entender, al encontrarse de guardia, que podía disponer de tales aparcamientos cercanos a su domicilio al objeto de facilitar su inmediato desplazamiento a Cornellà. La **STS de 9 de diciembre de 2005**, Sección Séptima, Ar. 1803 de 2006, rechaza de plano la posibilidad de concurrencia de error, para lo cual se basa en las propias características del sancionado, indicando que “resulta de todo punto inverosímil que el Sr. Eduardo, siendo juez de profesión, incurriese en el error de suponer que aquella tarjeta constituía una habilitación personal de carácter indefinido”.

El Sargento D. Andrés fue sancionado disciplinariamente por insertar en el “Forum” abierto en la *intranet* del Ministerio de Defensa un artículo de opinión criticando los negativos efectos producidos en el ámbito económico y familiar por los cambios de destino por promoción profesional. La sentencia de instancia anuló la sanción impuesta al entender que concurría error de prohibición exculpante “por cuanto que el comentario se insertó en un Foro de intercambio de opiniones sobre asuntos de interés común para el conjunto de los funcionarios, militares y civiles, del Ejército del Aire con acceso a la red *intranet*, creado, mantenido y fomentado por la Administración sancionadora sin reglas concretas sobre las características y contenidos de las aportaciones, y en el que se introdujeron por las mismas fechas otros comentarios con expresiones también excesivas que no fueron corregidos”. La **STS de 20 de diciembre de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 2099 de 2006, si bien anula la sanción por otras razones, rechaza, sin embargo, la concurrencia de error de prohibición, indicando como factor determinante “la condición de Suboficial del encartado con veintiún años de servicio, que aleja la posibilidad de apreciar en su conducta el error de prohibición invencible que estima la sentencia de instancia”.

C) La interpretación razonable de la norma excluye la culpabilidad

La Demarcación de Costas de Canarias sancionó a la entidad Carida Madrid, SA, por infracción en materia de dominio público marítimo-terrestre consistente en la realización de obras que afectaban a la servidumbre de tránsito. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 1 de diciembre de 2005**, Ar. 232 de 2006, niega la existencia de culpabilidad en el infractor dado que “la cuestión era lo suficientemente dudosa”, por las dificultades interpretativas que originaba la Orden Ministerial que aprobó el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Las Palmas. Tanto es así que la zona donde se realizaron las obras era incluso objeto de controversia entre la Dirección General de Costas y la Autoridad Portuaria del Puerto de las Palmas respecto a su inclusión o no en el dominio público portuario, dada la distinta interpretación proporcionada por cada una a la citada Orden. En estas circunstancias, razona la sentencia que “si dos Administraciones del Estado con competencia sobre el demanio público muestran una clara divergencia interpretativa, no

VII. Derecho Administrativo Sancionador

resulta viable declarar la ilicitud de la conducta de un particular que lleva a cabo una determinada construcción amparándose en una legalidad que es interpretada de manera dispar en el seno de la propia Administración del Estado”.

El Real Club Deportivo Español de Barcelona, SAD, fue sancionado por diversas infracciones tributarias cometidas por la falta de retención o retención incorrecta de ciertas cantidades. Alegada la ausencia de culpabilidad en su actuación, la **SAN de 3 de noviembre de 2005**, Sección Segunda, Ar. 192 de 2006, reitera una vez más la conocida jurisprudencia conforme a la cual “cuando el contribuyente no sustrae el conocimiento de los elementos determinantes de la base impositiva, sino que la rectificación obedece a una laguna interpretativa o a una interpretación razonable y discrepante de la norma, que la Administración entiende vulnerada por el sujeto pasivo y obligado tributario, no procede la imposición de sanciones puesto que para ello se exige el carácter doloso o culposo de aquella conducta y no una simple discrepancia de criterios”. Y ello es lo que la Sala estima que concurre en el caso, pues hay “una racional interpretación de la norma (...) dado el cambio normativo frecuentemente producido y las discrepancias interpretativas surgidas sobre la materia” y además, la entidad declaró puntual e íntegramente las operaciones controvertidas.

5. SUJETOS RESPONSABLES

A) Lo es el titular real del vehículo que utiliza indebidamente gasóleo bonificado y no quien figura en el permiso de circulación

A raíz de un control realizado por la Guardia Civil el 10 de febrero de 2002, se descubrió la utilización indebida de gasóleo bonificado en un determinado vehículo. De conformidad con el artículo 55.2.b) de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, la responsabilidad por las infracciones por uso indebido de gasóleo bonificado se imputan al titular del vehículo aunque éste no fuera conducido por aquél. El sancionado alegó, sin embargo, que el vehículo había sido vendido con fecha de 14 de febrero de 2001, aportando documento privado de compraventa y el reconocimiento de tal realidad por parte del comprador. La **STSJ de Andalucía (Sevilla), de 20 de septiembre de 2005**, Ar. 423 de 2006, estima que la responsabilidad atribuida por la ley recae sobre el titular del vehículo y no sobre el titular que aparece en el permiso de circulación, de modo que “la posible sanción deberá imponerse al propietario del vehículo”. En consecuencia, reputa que los medios probatorios aportados “son suficientes para considerar que, cuando menos, surge la duda razonable sobre quien fuera el titular del vehículo en la fecha de la denuncia, imposibilitando de ese modo que la sanción recayera sobre el actor por la sola falta de cumplimentación del cambio de titularidad en el permiso de circulación”.

6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: NON BIS IN IDEM

A) Infracción continuada y permanente. Elementos

La entidad PDM Marketing y Publicidad Directa utilizó determinados datos, obtenidos de la exposición pública del censo, en distintas campañas publicitarias, motivo por el

que fue objeto de seis sanciones sucesivas por vulneración de la legislación en materia de protección de datos. Alegada la lesión del principio *non bis in idem* y, subsidiariamente, el deber de declarar la existencia de una infracción continuada o de una permanente, la **STS de 7 de marzo de 2006**, Sección Sexta, Ar. 1799, recuerda que “la utilización de los datos de diversas personas en diferentes campañas publicitarias (...) constituyen hechos autónomos, distintos y conductas diferenciadas”. Respecto de la alegación sobre la existencia de una infracción permanente, la sentencia afirma que “la propia descripción de las conductas sancionadas, (...), excluye la calificación como infracción permanente, si se atiende a la consideración como tales de aquellas conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un sólo acto, determinando el mantenimiento de la situación antijurídica a voluntad del autor, caso del desarrollo en el tiempo de actividades sin las preceptivas autorizaciones y otros supuestos semejantes”. Finalmente, con relación a las infracciones continuadas, la sentencia señala que “constituye una construcción jurídica que proviene del Derecho penal [y] cuya concurrencia exige: la realización de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; la realización de una pluralidad de acciones con unidad psicológica y material; y la infracción del mismo o semejantes preceptos administrativos. No basta, por lo tanto, para apreciar su existencia con la simple reiteración de conductas semejantes, como es el caso (...), [sino que] es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material, que no es el caso de las distintas actuaciones profesionales desarrolladas en el tiempo en razón de las oportunidades comerciales que se plantean y en la medida que, (...), se van aceptando y contratando de manera independiente y en las condiciones que en cada caso se negocien”.

B) Concurso real de infracciones

La Administración tributaria sancionó por la infracción simple de no conservar las facturas recibidas en dos ejercicios ni las facturas emitidas en tres ejercicios a razón de 25.000 pesetas por trimestre. Al respecto, la **STSJ de Andalucía (Sevilla), de 21 de octubre de 2005**, Ar. 561 de 2006, dice que “se trata (...) de la existencia de un concurso real, considerando consumada cada infracción, puesto que se incumple el deber de conservar las facturas agrupadas por trimestres (...). Forma de proceder que no puede considerarse falta de fundamento; es más, podemos considerarla beneficiosa para el actor, ya que (...) por cada omisión, por cada factura no conservada, podría imponerse una sanción en grado mínimo de 25.000 pesetas”.

C) La falta de pronunciamiento del juez penal sobre la existencia de unos hechos no impide que la Administración pueda acreditarlos en el expediente sancionador ulterior

Un funcionario de Correos fue sancionado disciplinariamente con la suspensión de funciones durante un año por cometer tres faltas graves. Durante la tramitación del procedimiento disciplinario se incoó proceso penal, que concluyó con un auto de sobreseimiento al considerar prescrita la responsabilidad penal por transcurso del tiempo. El funcionario impugna la sanción impuesta por vulneración del *non bis in idem* procesal, pues entiende que

la Administración no puede volver a conocer de los mismos hechos. La **STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2005**, Ar. 196 de 2006, niega dicha vulneración y recuerda las tres posibilidades deducidas por la jurisprudencia ordinaria y la doctrina constitucional sobre la vinculación de la Administración al planteamiento fáctico de la sentencia penal firme:

“a) si el Tribunal penal declara inexistentes los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna; b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo distinta de la penal, imponer la sanción que corresponde conforme al ordenamiento administrativo; y c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente”.

En el caso, según la sentencia, los hechos se enmarcan en el último supuesto, pues “no existe en el citado Auto declaración de que los hechos no existieron sino que termina el procedimiento por otras causas, lo que efectivamente permite a la Administración analizar la subsunción de tales hechos en las conductas típicas previstas como infracciones de las obligaciones propias del cargo”. Y concluye: “no existe vulneración del principio *non bis in idem*”.

D) El deber de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador en tanto se tramita un proceso penal exige la identidad de hecho, sujeto y fundamento

Un taxista fue condenado por una falta de estafa debido a que manipuló el taxímetro para que efectuara una marcación superior. Por los mismos hechos, fue sancionado posteriormente, pero antes de que la sentencia penal ganara firmeza, con una multa por infracción grave del artículo 13.3.b) de la Ley de Metrología consistente en llevar a cabo una modificación de un aparato taxímetro eludiendo los necesarios controles metrológicos. El taxista aduce la vulneración de la preferencia del orden jurisdiccional penal o, como lo denomina la jurisprudencia, del *non bis in idem* en su vertiente procedimental. La **STSJ de Madrid de 12 de abril de 2006**, Ar. 406, en contra de lo declarado por el TS en algunos pronunciamientos [vid. nuestro comentario a la STS de 2 de junio de 2003, Sección Tercera, Ar. 5531, en el núm. 23.VII.5.B), de esta revista] rechaza dicha alegación, señalando que si bien “en los casos de concurrencia ‘aparente’ de infracciones penales y administrativas la preferencia del orden penal para el conocimiento de los hechos es absoluta (...) esta concurrencia (...) supone que debe haber, en principio, una identidad de hechos, sujeto y fundamento entre ambas infracciones analizadas, de forma que, cuando esta triple identidad concurre, de forma aparente, la Administración se ve obligada a suspender el procedimiento sancionador por ser preferente la jurisdicción penal”. En atención a esta triple exigencia, la sentencia concluye que en el supuesto no resultaba vulnerada la preeminencia del orden jurisdiccional penal pues “la disparidad evidente de bienes jurídicos protegidos por las dos infracciones, penal y administrativa, aquí analizadas, impide que pueda entrar en juego el principio alegado y, por tanto, excluye que la Administración tuviera obligación alguna de suspender el procedimiento sancionador hasta que concluyera por sentencia firme el proceso penal”.

7. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) La atribución de las fases de instrucción y resolución a órganos administrativos distintos es una exigencia constitucional

En contra de la doctrina del TC, así lo afirma la STS de 21 de febrero de 2006, Sección Tercera, Ar. 899, en un procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia:

“hay un solo procedimiento administrativo (...) sancionador que precisamente se escinde en esas dos fases ante órganos distintos en cumplimiento de la constitucionalmente preceptiva separación entre instrucción y resolución en un procedimiento sancionador”.

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Garantías del artículo 24.2 CE trasladables al procedimiento administrativo sancionador

STSC 272 y 316/2006, de 25 de septiembre y de 15 de noviembre, Salas Primera y Segunda, respectivamente (recursos de amparo):

“el derecho a la defensa, (...); el derecho a la asistencia letrada, trasladable al ámbito del procedimiento sancionador con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, (...); el derecho a la presunción de inocencia, (...); el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa”.

– STS de 21 de abril de 2006, Sección Tercera, Ar. 899:

“según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), el derecho a no ser sancionado sin ser oído y a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, (...), el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, (...), y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora”.

En términos similares, SAN de 13 de abril de 2005, Ar. 32 de 2006, que también incluye “el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas matizaciones” y “el derecho a no declarar contra sí mismo”.

B) Los derechos de defensa del imputado deben garantizarse en vía administrativa, no después. Cambio de jurisprudencia

La STS de 20 de febrero de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 1560, da noticia del cambio de jurisprudencia acordado en el Pleno no jurisdiccional de fecha 14 de febrero de 2006 respecto al criterio para valorar si en un expediente disciplinario concreto se había producido

vulneración de las garantías del artículo 24 CE. Hasta este momento, la doctrina de la Sala era la de “la indefensión material del expedientado en contraposición a la indefensión meramente formal, concluyendo en consecuencia que era posible subsanar las infracciones cometidas en expediente disciplinario en el posterior proceso contencioso”. Sin embargo, se añade ahora, que “en atención a la doctrina del Tribunal Constitucional, expresamente contenida, entre otras, en sus SSTC 126/2005 y 59/2004, esta Sala entiende que la infracción de las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 de la CE realizadas en el expediente disciplinario no pueden subsanarse en el posterior proceso contencioso (sin prejuzgar que se puedan subsanar en el ámbito administrativo en algunos casos) pues los derechos fundamentales deben protegerse desde el inicio del expediente y no después”. Por lo tanto, y como primera aplicación práctica del cambio de doctrina, la sentencia concluye que “la ratificación del parte militar hecha por su emisor en sede jurisdiccional carece de virtualidad a los efectos de enervar la presunción de inocencia”.

C) Legitimación del denunciante para recurrir el sobreseimiento del procedimiento o el archivo de su denuncia exigiendo responsabilidad sancionadora

Una farmacéutica de Regumiel de la Sierra que es vecina de Duruelos de la Sierra recogía en su domicilio de Duruelos recetas de medicamentos prescritas en el consultorio médico del mismo pueblo, trayendo después los medicamentos recetados desde su farmacia de Regumiel, bien para entregarlos en el domicilio de los pacientes, bien para que estos los recogieran en el suyo. Otra farmacéutica de Duruelos presentó escrito denunciado tales hechos. Tras incoar el oportuno procedimiento administrativo sancionador, se dictó resolución acordando su sobreseimiento, frente al cual la farmacéutica de Duruelos interpuso recurso ordinario, que fue inadmitido por falta de legitimación. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 31 de octubre de 2005**, Ar. 71 de 2006, dice que “de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (...) tener interés legítimo equivale a la (...) titularidad potencial de una situación de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejerce la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta (...). La clave, pues, (...) debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen”. A partir de esta premisa, la sentencia concluye que “en el presente caso, la denunciante tiene un interés legítimo en la tramitación y resolución (del expediente sancionador) (...), de forma positiva, es decir, imponiendo en su caso una sanción a la denunciada, pues se pretende con ello que deje su actividad supuesta de recogida de recetas en localidad distinta de aquella en la que tiene abierta oficina de farmacia”.

En virtud de la misma doctrina general, la **STS de 11 de abril de 2006**, Sección Tercera, Ar. 2152, niega, sin embargo, el reconocimiento de legitimación para impugnar el acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España que denegó la incoación de expediente sancionador contra el Banco Central Hispano. En el supuesto, la entidad Trabajos de Excavación, SA, había resultado afectada por determinadas prácticas que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España consideró quebrantamientos de la normativa de disciplina bancaria y posiblemente constitutivas de una infracción leve, lo que llevó al Banco Central Hispano a indemnizarle por los perjuicios causados. Considera, por lo tanto, la sentencia, que “en virtud de la satisfacción de sus intereses (...) (el reclamante indemnizado) carecía ya, en

principio, de interés legítimo para solicitar la incoación de un expediente disciplinario y la imposición de sanciones, a reserva de que hubiese justificado con indicios y fundamentos sólidos que dicha satisfacción había sido inadecuada o insuficiente y que la plena reparación de los mismos requería la incoación del expediente sancionador que solicitaba”.

En consonancia con lo expuesto en crónicas anteriores, también declara la falta de legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia exigiendo responsabilidad disciplinaria a un juez la **STS de 14 de diciembre de 2005**, Sección Séptima, Ar. 1801 de 2006. En concreto, razona la sentencia que “la eventual sanción que pudiera ser impuesta, por sí sola, no le originaría [al denunciante] ventaja alguna ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente”. En el mismo sentido, **STS de 7 de noviembre de 2005**, Sección Séptima, Ar. 1847 de 2006.

Finalmente, la **STS de 10 de marzo de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 2192, haciendo una interpretación muy generosa de los artículos 142 de la Ley Orgánica 4/1987 y 423.3 de la LOPJ, sí le reconoce al denunciante la condición de interesado en vía jurisdiccional, “aun siendo atinadas las consideraciones (...) de (que) en el supuesto de autos la estimación del recurso resultaría totalmente indiferente para el Oficial que lo impone”. Esta última apreciación es contraria a la jurisprudencia recogida en los párrafos anteriores, pues supone a admisión de una legitimación general con independencia de la trascendencia de la hipotética sanción que se pudiera imponer en la esfera jurídica del denunciante.

D) Iniciación en virtud de denuncia: no es necesaria su posterior ratificación siempre que no sea utilizada como prueba de cargo

Se recurre una sanción impuesta en un procedimiento iniciado a partir de una denuncia, alegando la ausencia de ratificación del denunciante, lo que privaría de efectos a la denuncia y, con ello, a todo el procedimiento subsiguiente. Sin embargo, aclara la **STSJ de Cantabria de 17 de marzo de 2006**, Ar. 310, que, por lo que se refiere a su validez para iniciar el procedimiento sancionador, “en ningún precepto se exige ratificación de la posible (que no necesaria) denuncia (...). Sólo cuando la misma pretenda hacerse valer como prueba de cargo podrá ser exigible (...); en este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, al vincular en el procedimiento administrativo la exigencia de ratificación a la utilización de la denuncia como prueba de cargo y ligada a la presunción de inocencia, pero no a la validez del procedimiento, ni a la virtualidad de actuar como desencadenante de una investigación, menos aún administrativa”.

E) La intermediación en el procedimiento sancionador se predica del instructor y no del resolutor

Eso se puede deducir de la **STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006**, Ar. 320, que afirma que no es el órgano administrativo decisor sino “el instructor (...) quien ha tramitado el expediente sancionador, quien lo conoce directamente y quien posee mayores posibilidades de valorar, con sujeción obligada al principio de proporcionalidad, el concreto reproche que la actuación infractora merece”.

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La denegación inmotivada o arbitraria de pruebas pertinentes y decisivas para la defensa lesiona el artículo 24.2 CE

Lo afirma, una vez más, la STC 272/2006, de 25 de septiembre, Sala Primera (recurso de amparo). Por su parte, en el caso enjuiciado por la STC 316/2006, de 15 de noviembre, Sala Segunda (recurso de amparo), un recluso que es sancionado con dos meses de prohibición de permisos de salida por cometer una infracción grave consistente en faltar gravemente al respeto debido a los funcionarios de prisiones, alega la vulneración de su derecho fundamental a la prueba. En concreto, porque el instructor del procedimiento disciplinario denegó por improcedentes las pruebas que había solicitado en su pliego de cargos (testificales de tres internos que presenciaron lo ocurrido) “al no alterar el resultado final del procedimiento”. Al respecto, la sentencia recuerda que el derecho a la prueba “resultará vulnerado, (...)”, siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, en el sentido de potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución, en los supuestos tanto de silencio o de falta de motivación de la denegación, como cuando aquélla sea arbitraria o irracional”. Pues bien, ya que “la idoneidad y relevancia (...) (de) la práctica de la prueba testifical propuesta (...) es innegable, (...) se ha lesionado el derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, al haberle sido denegada arbitraria e irrazonablemente”. En consecuencia, se declara nula la sanción impuesta y se retrotrae el procedimiento disciplinario al momento de la admisión de las pruebas por el instructor para que se haga conforme a Derecho.

B) Prueba indiciaria: requisitos para que pueda constituir una prueba de cargo suficiente y válida para destruir la presunción de inocencia

La STS de 21 de febrero de 2006, Sección Tercera, Ar. 899, enjuicia un supuesto en el que se impone sanción a Puleva Food, SL, por concertar precios con otras empresas del sector lácteo. Según la sentencia, que reitera la doctrina constitucional al respecto, para que la prueba indiciaria pueda desvirtuar la presunción de inocencia “los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, [se] ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora”. En el caso concreto, “el hecho base está determinado por la identidad de los precios de base y de las bonificaciones y descuentos por calidad con los que 49 empresas del sector adquirieron la leche de vaca a los ganaderos (...)”. A partir de este hecho (...) se obtiene por el TDC (...) la consecuencia de que existe una práctica concertada”. A mayor abundamiento, la sentencia considera que “resultan extremadamente ilustrativas las características del mercado de la leche (...), que impedirían considerar las coincidencias de precios como ajenas a una concertación (...)”. Ante tal cúmulo de variables no parece concebible que la amplia coincidencia de precios responda a causas ajenas a la concertación, por lo que puede concluirse que la conexión entre el hecho base y la consecuencia es acorde con las reglas propias del criterio humano”. En el mismo sentido, SSTs de 5 de abril y 18 de mayo de 2006, Sección Tercera, Ar. 1945 y 3169, recaídas en dos casos idénticos al expuesto.

Por su parte, la STS de 5 de abril de 2006, Sección Tercera, Ar. 1946, aprecia también un supuesto de práctica colusoria en el precio de las vacunas antigripales entre las empresas que concurrían a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud. Asimismo, la STS de 22 de marzo de 2006, Sección Tercera, Ar. 1651, con relación a una sanción impuesta a Azucareras Reunidas de Jaén, SA, por concertarse con otras empresas del sector en la fijación del precio del azúcar, concluye: “la acción de fijación de precios de forma coincidente cuantitativa y temporalmente (...) es el resultado de acuerdos previos, al no haber otra explicación racional que justifique esta actuación colusoria”.

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) No es indispensable que responda a las alegaciones que hizo el imputado a la propuesta de resolución

El imputado en un procedimiento sancionador presentó alegaciones a la propuesta de resolución. Sin embargo, la resolución, que asumió expresamente la propuesta en todos sus términos, no hizo referencia alguna a tales alegaciones. Ante la impugnación de la resolución por motivación defectuosa, la STS de 20 de marzo de 2006, Sección Séptima, Ar. 1588, afirma que es válida y aclara, con relación a “la omisión de referencias a las alegaciones hechas a la propuesta de resolución (...)”, que no se produce la infracción alegada porque no es necesario recogerlas expresamente en el acto que pone fin al expediente”.

B) La especial motivación que requiere la imposición de la sanción secundaria más grave puede quedar satisfecha con los documentos aportados al expediente

Un ciudadano argelino es sancionado con la expulsión del territorio nacional por encontrarse ilegalmente en territorio español. Aunque la sanción principal para esa infracción es la multa, el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 dispone que “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional”. Al respecto, dice la STS de 9 de diciembre de 2005, Sección Quinta, Ar. 1383 de 2006, que “en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente (...) con multa”. Pero, afirmado lo anterior, la sentencia considera que “resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo”. En el caso, “se une la circunstancia (...) de que en los archivos policiales constan (...) treinta y cinco detenciones, por motivos tales como (...) robo con violencia o intimidación, robo con fuerza en las cosas, robo/hurto de uso de vehículo de motor, amenazas, atentado a la autoridad”. En consecuencia, concluye la sentencia, “la permanencia ilegal y estos hechos, que constan en el expediente administrativo, son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa”. Llama la atención que la sentencia no mencione si por esos hechos se habían iniciado actuaciones penales ni, en su caso, la fase en que éstas se encontraran.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

En aplicación de la misma jurisprudencia, dos SSTs de 27 de enero de 2006, Sección Quinta, Ar. 1459 y 1460, anulan las sanciones de expulsión impuestas a dos extranjeros pues “ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa”.

C) Discrepancia entre la resolución y la propuesta de resolución

La sanción por infracción no prevista en la propuesta, aunque sí en el pliego de cargos, y por infracción más grave que la de la propuesta requiere otorgar audiencia previa al interesado y motivar el agravamiento efectuado. Así lo afirma la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006, Ar. 320.

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Caducidad del procedimiento disciplinario contra jueces y funcionarios. Cambio de jurisprudencia

Como hemos puesto de relieve en crónicas anteriores, la jurisprudencia ordinaria ha declarado, en especial desde la STS de 24 de abril de 1999, dictada en interés de la Ley, la inaplicación del instituto de la caducidad como forma de terminación del procedimiento disciplinario. Frente a esta postura, la STS de 27 de febrero de 2006, Sección Primera, Ar. 1757, realiza un cambio en la interpretación jurisprudencial hasta ahora mantenida. Señala la sentencia, a la que se le formula un voto particular, como punto de partida, que la disposición adicional octava de la Ley 30/1992, en su redacción dada por la Ley 22/1993, estableció que “los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VII, VIII y X de la Ley 30/1992”. Sobre esta base normativa, la sentencia razona que “aparece expresamente mencionado el título IV de esta Ley (...) del que forma parte el artículo 44.2, que desde la reforma introducida por la Ley 4/1999 es el precepto que determina (...) la caducidad de los procedimientos sancionadores cuando la Administración no resuelva dentro de plazo. Por tanto, debemos concluir que este artículo 44.2 de la Ley 30/1992 sí es aplicable supletoriamente a los procedimientos disciplinarios del personal al servicio de la Administración”. Sentado lo anterior, y dado que en el caso de autos se enjuiciaba una sanción disciplinaria dictada contra un juez, la sentencia continúa indicando que “esas mismas razones (...) son enteramente trasladables al caso de los expedientes disciplinarios referidos a jueces y magistrados”. Para fundamentar esta última afirmación, la sentencia recuerda que el artículo 425.6 de la LOPJ establece que “la duración máxima del procedimiento sancionador no excederá de seis meses”, lo que le lleva a sostener que, “lejos de existir en el articulado de la LOPJ un precepto que impida la aplicación de la caducidad en los procedimientos disciplinarios que en ella se regulan, la propia fijación de un plazo máximo para resolver (...) puede considerarse como una implícita invocación del instituto de la caducidad”. En virtud de este argumento, la sentencia concluye que “no existiendo una disposición legal que expresamente impida la vigencia de tal garantía (...), la efectividad de la caducidad en los procedimientos disciplinarios

seguidos contra jueces y magistrados debe ser afirmada por las mismas razones que llevan a instaurar esta garantía en otros ámbitos disciplinarios”.

En idéntico sentido, y haciendo referencia explícita al cambio de jurisprudencia operado por esta sentencia, se expresan las **SSTS de 27 de marzo y 5 de junio de 2006**, Sección Séptima, Ar. 1680 y 3213. La primera también se refiere al régimen disciplinario de jueces y magistrados y la segunda al régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

En la misma línea, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de noviembre de 2005**, Ar. 72 de 2006, admite con carácter general la posibilidad de que los procedimientos disciplinarios caduquen:

– “No es pensable que el régimen disciplinario de los funcionarios, por más que el mismo sea consecuencia de la relación de sujeción especial que vincula al funcionario con la Administración, se encuentre sustraído a este principio (de la caducidad)”.

– “Podía pensarse que ante la falta de plazo para la terminación del procedimiento disciplinario, este constituía una regulación completa (...), mas tal situación ha de entenderse superada desde el momento en que la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social establece una duración de 12 meses en el Reglamento de Régimen Disciplinario, debiendo ser la consecuencia de la superación de tal plazo la caducidad prevista para todo procedimiento administrativo”.

– “El juego de la supletoriedad proclamado en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, unido al plazo de duración establecido en la 24/2001, de 27 de diciembre, de una forma conjunta, ha de conllevar a entender que una vez que se establece plazo es porque el legislador está pensando en las consecuencias de su transgresión”.

– “La naturaleza del plazo establecido en el Reglamento de Régimen Disciplinario ha de ser la misma que en el procedimiento sancionador general, de forma que la superación de tal plazo convierte en inhábil el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, que deberá ejercerse en otro procedimiento de no existir ninguna de las causas extintivas para el ejercicio de tal potestad, como pudiera ser la prescripción”.

B) Los procedimientos disciplinarios contra militares no caducan

Por su parte, la **STS de 27 de marzo de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 2045, insiste en que continúa siendo “doctrina invariable que el régimen disciplinario específico de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil es ajeno a los efectos generales que se predicen de la caducidad y procedimientos sancionadores”, de tal modo que “el efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión del expediente es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta”. En términos similares, la **STS de 29 de mayo de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 3298.

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) La determinación de la sanción como un proceso reglado

Insiste la STS de 21 de febrero de 2006, Sección Tercera, Ar. 899, en considerar la determinación de la sanción como un proceso reglado por virtud del principio de proporcionalidad, dado que “el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción”. En idénticos términos, la STS de 4 de abril de 2006, Sección Tercera, Ar. 3023; y con peor fortuna en sus razonamientos aunque en la misma línea, la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006, Ar. 320.

B) Distinción entre proporcionalidad e individualización de la sanción

La STS de 5 de junio de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 3212, reitera la jurisprudencia de esta Sala, conforme a la que “por proporcionalidad se entiende la adecuada correspondencia entre los hechos que definen la conducta del presunto autor que puedan ser tipificadas como infracción disciplinaria y las correcciones disciplinarias o sanciones establecidas (...) la proporcionalidad juega, por lo tanto, como reglas de elección de la más adecuada entre las posibles sanciones a imponer a la conducta contemplada, de tal forma que lo determinante de dicha elección será precisamente la entidad y circunstancias de la infracción genéricamente contemplada (...) Por su parte, el criterio de individualización de la sanción no es más que la singularización del caso o especificación de circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurran, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad al caso particularizado”.

C) La aplicación de atenuantes apreciadas en vía penal por hechos conexos no se produce de modo automático

D. Cristóbal, miembro del Cuerpo Nacional de Policía, fue condenado penalmente mediante sentencia firme como autor de tres delitos consistentes en robo con fuerza en las cosas, falsedad en documento mercantil y estafa, aplicándose respecto a este último delito la atenuante prevista en el artículo 21.5 CP al haber devuelto las 300.000 pesetas de las que se había apropiado. Por tales delitos, fue sancionado disciplinariamente como autor de dos faltas muy graves consistentes en “cualquier conducta constitutiva de delito doloso” con dos sanciones de separación del servicio. D. Cristóbal impugna estas sanciones por vulneración del principio de proporcionalidad al no haber sido tenida en cuenta la circunstancia atenuante apreciada en vía penal. La STS de 21 de marzo de 2006, Sección Séptima, Ar. 1674, asume “la procedencia de que para graduar la intensidad de la sanción disciplinaria se tome en consideración la concurrencia de la circunstancia atenuante que hubiese sido apreciada en la sentencia penal”, pero añade que “ello no implica, desde luego, un traslado automático de su eficacia en el orden penal al ámbito de lo disciplinario”. Sentado lo anterior, la sentencia recuerda que “la primera de las infracciones (disciplinarias) muy graves sancionadas trae causa de la condena por delito de robo con fuerza

en las cosas, mientras que la segunda infracción [disciplinaria] muy grave se fundamenta en la condena penal por los delitos de falsedad en documento mercantil y estafa: ello significa que estos dos últimos delitos, en el segundo de los cuales se había apreciado la concurrencia de la atenuante, se consideraron de manera conjunta para derivar de ellos la apreciación de un solo ilícito administrativo". En consecuencia, la sentencia estima que "la concurrencia de aquella atenuante sí fue tomada en consideración y fue un factor relevante para que no se castigase al expedientado por tres sino por dos infracciones disciplinarias".

13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) El archivo provisional del expediente no interrumpe la prescripción

Así lo afirma la STS de 21 de abril de 2006, Sala de lo Militar, Ar. 2253, en relación con una sanción disciplinaria impuesta a un guardia civil. Pero esta afirmación tiene especial interés si atendemos al supuesto de hecho: un guardia civil fue sancionado con separación del servicio; esto hace que otro procedimiento disciplinario que se tramitaba se archivara provisionalmente pues en virtud de la primera sanción el sujeto había perdido la condición de guardia civil; una sentencia sustituye la sanción de separación del servicio por la de suspensión de empleo y sueldo durante dos años; cuando la Administración reanuda el segundo procedimiento disciplinario y sanciona, la sentencia anula la sanción por prescripción de la infracción. La situación no deja de ser paradójica: no se puede sancionar pues ya no es guardia civil, pero en caso de que se anule la sanción de separación tampoco se le podrá sancionar pues lo más seguro es que haya transcurrido el plazo de prescripción de la infracción.

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Declaración de la nulidad del sobreseimiento acordado por el órgano administrativo e imposición de la sanción correspondiente por el órgano judicial

La mencionada STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de octubre de 2005, Ar. 71 de 2006 [vid. VII.8.C)], tras declarar la improcedencia del sobreseimiento del expediente sancionador, entra a conocer del fondo del asunto, fijando por sí misma los preceptos de la Ley del Medicamento que han sido infringidos y decidiendo la imposición de una sanción de multa de 500.001 pesetas.

B) Los derechos de defensa del imputado deben garantizarse en vía administrativa, no después. Cambio de jurisprudencia

Vid. VII.8.B).

VII. Derecho Administrativo Sancionador

C) Se mantienen los hechos, aunque se modifica su calificación jurídica, el tipo aplicado y se fija la sanción

El CGPJ impuso una sanción disciplinaria de multa de 1.000 euros a D. Arturo como autor de la falta grave prevista en el artículo 418.5 LOPJ, consistente en el exceso o abuso de autoridad o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos. Los hechos que dieron lugar a la sanción consistieron en las declaraciones vertidas por el sancionado en un Auto, dictado en un asunto de supuesta violencia de género, en el que, tras imponer la prohibición de acercamiento del agresor a la agredida, añadía la obligación de aquel de “comunicar rápidamente a este Juzgado cualquier acercamiento de (...) (la agredida) a su persona, con el fin de evitar algo que se está observando por experiencia empírica y consiste en que se denuncia incumplimiento de medidas mediante el torticero proceder de ser la persona presuntamente protegida la que provoca el acercamiento al presunto peligroso”. Considera la STS de 22 de diciembre de 2005, Sección Séptima, Ar. 1358 de 2006, que tales expresiones “no fueron seriamente ofensivas ni albergaban una falta grave de consideración”, por lo que no pueden integrar la falta grave del artículo 41.8.5 LOPJ. Sin embargo, continúa la sentencia, “sí comportan (...) una desatención o desconsideración hacia la persona a cuya protección iba destinada la medida que se estaba acordando, por lo que la actuación del magistrado debe considerarse incurso en la falta leve del artículo 419.2 LOPJ (“La desatención o desconsideración con iguales o inferiores, ciudadanos...”) (...) que, dadas las circunstancias concurrentes (...) debe ser sancionada con advertencia”.

D) Atenuación de la calificación por gravedad realizada por la Administración

La STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2005, Ar. 312 de 2006, tras considerar que la Administración no había probado que concurrieran perjuicios que justificaran la calificación de la infracción como muy grave, la reduce a grave, rebajando la multa de 15 a 5 millones de pesetas.

E) Reducción de la cuantía de la multa, aunque sin una motivación detallada

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de noviembre de 2005, Ar. 5 de 2006, rebaja una sanción de multa de 43.000 euros, impuesta por la Administración por una infracción en materia de industria, a la cantidad de 24.040,48 euros. Como única justificación, señala haber examinado “las circunstancias concurrentes, el daño o deterioro causado, beneficio obtenido, intencionalidad de la comisión y demás circunstancias a tener en cuenta conforme al artículo 34.2 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria”, sin que ninguno de estos elementos conste en el cuerpo de la sentencia.

F) Posibilidad de sustituir o modular la sanción

D. Rogelio, agente de la Policía Municipal de Valladolid, fue sancionado como autor de una falta grave, consistente en “la grave desconsideración con los superiores”, por contestar a un superior jerárquico con palabras inadecuadas (“¡qué hijo de puta, me quiere joder!”), con una sanción de suspensión de funciones de dos años y un mes. La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de noviembre de 2005, Ar. 72 de 2006, reduce la

duración de la sanción a once meses, al considerar la anterior como desproporcionada, teniendo en cuenta que no ha existido especial perturbación en el normal funcionamiento del servicio, ni la conducta que ha determinado el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración ha tenido trascendencia externa.

En un supuesto similar, en el que había sido impuesta a un guardia civil sanción de suspensión de empleo durante un año, la **STS de 26 de marzo de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 2045, señala que “el expedientado carece de notas desfavorables, ha cambiado de destino con lo que no subsiste la situación antijurídica que su comportamiento ha contribuido a crear, y no concurren circunstancias de suficiente peso para estimarse que en el futuro sea incapaz de adecuar su actuación a las normas reguladoras de la Institución”, motivos por los cuales la sentencia, “teniendo en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas que han concurrido en los hechos”, sustituye la sanción por la de seis meses de suspensión de empleo.

En la **STS de 6 de marzo de 2006**, Sala de lo Militar, Ar. 1578, se sustituye la sanción de separación del servicio de un guardia civil por la de suspensión de empleo, por considerar no probada la entidad de la posible afectación al servicio de la conducta.

Por su parte, en un supuesto en materia de disciplina deportiva, y tras comprobar que no concurría grave perjuicio, la **STSJ de Cantabria de 17 de marzo de 2006**, Ar. 310, rebaja la sanción a la mínima legal en función de la calificación de la infracción.

G) Reconocimiento de un cierto margen de libertad al órgano sancionador siempre que sea en beneficio del infractor

Es lo que se aprecia en las sentencias recogidas en VII.6.B) y VII.12.C), donde las respectivas Salas reconocen que los hechos podían haber sido constitutivos de más infracciones, aunque la Administración no las haya apreciado. Esta cuestión tiene interés especialmente a la hora de analizar el sometimiento de la Administración al principio de legalidad y el carácter obligatorio o no del ejercicio de la potestad sancionadora.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M^a. BUENO ARMIJO
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. **2. Procedimiento expropiatorio.** A) Posibilidad de impugnar la declaración de urgencia en el momento de recurrir el justiprecio: consecuencias de la inexistencia del acuerdo de urgente ocupación en relación a la anulación del expediente expropiatorio. **3. Determinación del justiprecio.** A) Valoración de concesiones mineras cuya explotación no ha comenzado en el momento en que se produce la expropiación. B) Valoración del suelo no urbanizable destinado a dotaciones públicas como si de suelo urbanizable se tratase: improcedencia en dotaciones que no contribuyen a “crear ciudad”. **4. Garantías formales.** A) Existencia de una vía de hecho cuando se produce una alteración sustancial del proyecto de obras que determina la ocupación final de la finca expropiada muy superior a la inicialmente proyectada. **5. Garantías sustanciales.** A) El derecho a la retasación surge por el transcurso de dos años sin que la Administración pague o consigne el justiprecio: el simple ofrecimiento del pago o la notificación del deseo de efectuarlo no enerva aquella obligación. B) Reversión por cambio de destino dotacional público de unos terrenos que acaban siendo aportados por la Administración al proceso urbanizador como terrenos con aprovechamiento urbanístico. C) Legitimación para ejercer el derecho de reversión por los liquidadores de una sociedad anónima.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comentan en esta crónica algunas de las sentencias más destacadas de las producidas en materia expropiatoria durante el último trimestre de 2005 y los primeros meses de 2006. En esta ocasión son pocas las sentencias que sientan doctrina novedosa, siendo en su mayor parte reiterativas de soluciones ya consolidadas. Pese a ello, son de destacar las dos sentencias que se comentan en relación con la valoración del suelo no urbanizable des-

tinado a dotaciones públicas como si de suelo urbanizable se tratase, cuyo mayor interés reside en perfilar supuestos en los que no concurren las condiciones que permiten dicha valoración por no tratarse de dotaciones que contribuyan a “crear ciudad”. También es de reseñar el pronunciamiento sobre la vía de hecho que se comenta en sede de garantías formales, que, matizando la doctrina asentada sobre este particular, aprecia la existencia de una vía de hecho cuando se produce una alteración sustancial del proyecto de obras que determina una ocupación final muy superior a la inicialmente proyectada. Finalmente es de destacar la doctrina que sienta el Tribunal Supremo al hilo de la reversión por cambio de destino de unos terrenos dotacionales que acaban siendo aportados por la Administración al proceso urbanizador como terrenos con aprovechamiento urbanístico.

2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Posibilidad de impugnar la declaración de urgencia en el momento de recurrir el justiprecio: consecuencias de la inexistencia del acuerdo de urgente ocupación en relación a la anulación del expediente expropiatorio

La STS de 12 de diciembre de 2005, Ar. 658 de 2006, resuelve el recurso de casación formulado contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, que estimó el recurso deducido por la parte expropiada contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Huelva que fijó el justo precio de dieciséis hectáreas de tierra de labor expropiadas por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir con motivo de la ejecución, por el procedimiento de urgencia, de acondicionamiento del Arroyo del Partido a su paso por la localidad de Hinojos (Huelva).

La Sentencia recurrida estimó el recurso de la expropiada al considerar que junto al acuerdo de fijación del justiprecio pueden recurrirse la declaración de utilidad pública o interés social, el acuerdo de necesidad de ocupación y la propia declaración de urgencia. Tras esta afirmación, el Tribunal *a quo* constata la inexistencia del Acuerdo del Consejo de Ministros requerido en este caso para declarar la urgencia de la expropiación, rechazando que tal declaración formal pudiera suplirse por la declaración de emergencia para la contratación de las obras según el procedimiento del artículo 73 de la Ley de Contratos del Estado de 1975 entonces vigente (y que actualmente contempla el artículo 72 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). En consecuencia, la sentencia de instancia anula la resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa y declara la nulidad del procedimiento de urgencia invocando el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

Frente a esta decisión, el Abogado del Estado funda su recurso de casación en la inaplicación al caso de la doctrina sentada en instancia. Así, para el Abogado del Estado, el enjuiciamiento que llevó a cabo la Sala de instancia era improcedente, ya que lo único que podía cuestionarse ante ella era la fijación del justiprecio, pero no los actos anteriores

VIII. Expropiación Forzosa

del procedimiento expropiatorio, y entre ellos la declaración de urgencia, que eran actos firmes y consentidos por no haber sido atacados por la expropiada con anterioridad a la impugnación del justiprecio.

Para el Tribunal Supremo, el motivo aducido por la Abogacía del Estado carece de fundamento. En primer lugar, porque del expediente examinado se deduce claramente la inexistencia del acuerdo de expropiación urgente y se evidencia que lo único que existe en el expediente administrativo es una declaración de emergencia de las obras para justificar la inmediata contratación de las mismas, a resultas de lo cual se pretende la nulidad del Acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa. Y ello es así porque,

“sin dudar de la posibilidad de que gozan los expropiados para impugnar de modo autónomo el acuerdo de urgente ocupación de los bienes, toda vez que (...) el artículo 126 de la Ley de Expropiación Forzosa permite recurrir ante la Jurisdicción tanto la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expropiación, generalmente el acuerdo fijando el justo precio, o a cualquiera de las piezas separadas, y esa consideración puede darse sin duda al acuerdo de urgente ocupación de los bienes, ello no impide que al recurrir el acuerdo del Jurado puedan plantearse las impugnaciones correspondientes en las que se planteen los vicios de procedimiento en que se hubiere incurrido en la tramitación del expediente expropiatorio. Y esto es lo que ocurrió en este supuesto, en el que la Sala entendió que no existió el acuerdo de urgente ocupación de los bienes, a diferencia de lo que consideró ocurría en torno a la declaración de utilidad pública, requisito que tuvo por cumplido al considerarla implícita en el Acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir para la realización de las obras de acondicionamiento piloto del Arroyo del Partido, Término Municipal de Hinojos”.

Dicho lo cual, el Tribunal Supremo realiza una afirmación de suma importancia con el objeto de censurar la resolución de la Sala de instancia; aunque el principio de congruencia obliga al Tribunal Supremo a no extraer consecuencias de esta doctrina en el caso debatido, por no haber sido cuestión planteada en el recurso de casación. Y es que

“Como consecuencia de la inexistencia del acuerdo de urgente ocupación de los bienes la Sala anuló tanto el acuerdo de justiprecio como la totalidad del expediente expropiatorio, incurriendo en infracción de la jurisprudencia de esta Sala establecida en Sentencias, como las de 29 de marzo de 1996 , 27 de febrero y 30 de junio de 1997 y 27 de febrero de 2001 en las que se declara que la nulidad del acuerdo de ocupación urgente de los bienes sujetos a expropiación conlleva la nulidad de los actos posteriores dictados en el procedimiento expropiatorio, incluido el acuerdo de justiprecio, ‘siempre y cuando, al anularse la resolución declarando la urgencia se anule también el acto por el que se inicia el expediente expropiatorio’, de modo que la anulación del acuerdo de la declaración de urgente expropiación no afecta a la expropiación cuando tal declaración sea independiente de la de necesidad de ocupación.”

3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Valoración de concesiones mineras cuya explotación no ha comenzado en el momento en que se produce la expropiación

El Tribunal Supremo ha reconocido en reiteradas ocasiones la procedencia de indemnizar los aprovechamientos mineros ubicados en fincas rústicas que son objeto de expropiación aun en el caso de que dichos aprovechamientos no estén siendo explotados en el momento de la expropiación, o incluso cuando su explotación no haya comenzado. En esta línea interpretativa se inscribe la **STS de 9 de noviembre de 2005**, Ar. 748 de 2006, que al resolver el recurso de casación deducido contra la denegación judicial de la indemnización por la pérdida a causa de la expropiación del derecho a la explotación de recursos de la Sección “A” (extracción de gravas y arenas) que contaba con la oportuna autorización de explotación. Para denegar dicha partida del justiprecio, la Sala de instancia sigue el criterio del órgano administrativo tasador y no concede indemnización alguna por entender que “aunque efectivamente la concesión administrativa existía al tiempo de la iniciación del expediente de justiprecio, no se había comenzado la explotación de áridos”.

El Tribunal Supremo discrepa del criterio del Tribunal de instancia para denegar esta partida indemnizatoria, pues tal razonamiento es contrario a la doctrina sustentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las sentencias invocadas por la representación de las recurrentes, según las cuales

“al tratarse de un aprovechamiento potencial de los terrenos de la Sección ‘A’ del artículo 3 de la Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio [aplicable al caso de autos], procede la indemnización por su pérdida, ya que el derecho a explotar esa clase de yacimiento minero corresponde al dueño del terreno conforme al artículo 16.1 de la mencionada Ley de Minas, si bien el importe de aquélla debe reducirse a un porcentaje entre el treinta y el diez por ciento de las ganancias o beneficios que pudieran obtenerse de la explotación”.

El aludido porcentaje de valoración ha de ser aplicado en cada supuesto concreto en función de las circunstancias concurrentes, que en este caso determinan la aplicación del menor porcentaje del 10 por 100 del valor de la explotación,

“al no haber asumido las propietarias los riesgos del negocio minero y no haber iniciado actividad alguna en orden a la extracción y explotación de las gravas y arenas autorizada”.

B) Valoración del suelo no urbanizable destinado a dotaciones públicas como si de suelo urbanizable se tratase: improcedencia en dotaciones que no contribuyen a “crear ciudad”

Como hemos señalado en números anteriores de esta Revista, la posibilidad de valorar el suelo no urbanizable destinado a sistemas y dotaciones públicos como si de suelo urbani-

VIII. Expropiación Forzosa

zable se tratase está condicionada a que la ejecución urbanística de los terrenos afectados se encuentre contemplada en el Plan. De no ser así procederá su valoración como suelo rústico o no urbanizable en el contexto de una expropiación ordinaria y no urbanística, ya que en estos casos los sistemas no se expropiaban para la ejecución del planeamiento sino para un proyecto concreto que se mantiene al margen de los mecanismos compensatorios y distributivos del Plan.

La doctrina expuesta fue matizada por la serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo que hemos comentado al hilo de la expropiación de fincas con destino a las obras de ampliación del Aeropuerto Madrid-Barajas, que declararon procedente justipreciar los terrenos expropiados para la ampliación del citado Aeropuerto conforme a los criterios de valoración del suelo urbanizable, pese al carácter rústico o no urbanizable de los mismos, atendiendo al dato principal de que dichas obras de ampliación constituyen un sistema general que “contribuye a crear ciudad” y que, como tal, ha de ser considerado en los mecanismos compensatorios de equidistribución valorándose a efectos expropiatorios como suelo urbanizable. Con ello, el Tribunal Supremo introduce un nuevo elemento ponderativo que se superpone a las previsiones y determinaciones del Plan: aunque el Plan no contemple la ejecución de un sistema y sea cual sea su calificación jurídica en caso de que lo contemple, dicho sistema tendrá que valorarse como si de suelo urbanizable se tratase cuando efectivamente contribuye a “crear ciudad”, con independencia de otras circunstancias. De este modo, la valoración como suelo urbanizable de los sistemas generales es condicionada por el Tribunal Supremo a que tales espacios o infraestructuras puedan ser subsumidos en ese concepto jurídico indeterminado (“crear ciudad”) de elaboración jurisprudencial.

Ya hemos tenido ocasión de comentar en números anteriores de esta Revista algunos pronunciamientos que rechazan la consideración de sistemas y dotaciones no contemplados en el Plan como elementos que contribuyen a crear ciudad y que, por lo tanto, fueron valorados como suelo rústico. En esta casuística abunda la **STS de 18 de octubre de 2005**, Ar. 746 de 2006, que resuelve el recurso de casación formulado contra la denegación de valorar como suelo urbanizable un sistema general de circunvalación viaria en la localidad de Las Palmas de Gran Canaria.

La representación procesal de los recurrentes esgrime la anteriormente referida doctrina sobre la valoración de los sistemas que contribuyen a “crear ciudad”, considerando que la valoración del terreno destinado a la ejecución de la mencionada circunvalación debió hacerse partiendo de su naturaleza urbanizable, dado que su clasificación como suelo rústico no se corresponde con su real integración en el planeamiento. Por su parte, la sentencia de instancia parte de la referida doctrina jurisprudencial sobre sistemas y dotaciones que “crean ciudad”, considerando que, según esta doctrina, no puede afirmarse la identificación incondicionada entre sistemas generales y suelo urbanizable, ya que en el caso enjuiciado “no se trata de un sistema general local del PGOU, sino de un sistema autonómico y (...) por tanto queda incluido en el planeamiento municipal sin alteración alguna de la clasificación urbanística del suelo de que forma parte”.

Siguiendo el razonamiento de instancia, el Tribunal Supremo desestima el motivo casacional argumentando que

“El suelo que se expropió (...) era rústico, y así lo clasificó el Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas de Gran Canaria de 1989 y se expropió por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias para la realización de una obra no conectada directamente con el planeamiento urbano de la localidad en cuyo término municipal se ubican, ya que se proyectan a la realización de una obra pública que tenía por finalidad la construcción de la autovía de circunvalación a Las Palmas de Gran Canaria.

Nos hallamos en el presente caso no ante una vía de comunicación que integre el entramado urbano del municipio de Las Palmas, sino de una autovía de circunvalación que no está destinada ni tiene por objeto ‘crear ciudad’.

(...) la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengan clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos antes sistemas generales que sirvan para crear ciudad.”

Será pues necesario en los supuestos de vías de comunicación, apreciar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes, lo que exige el análisis pormenorizado del supuesto de hecho que en cada caso se contemple; extremos o circunstancias que no concurren en el supuesto que enjuiciamos, pues no nos encontramos ante un sistema general local del Plan General de Ordenación Urbana, sino de una circunvalación que se integra en la red autonómica de comunicación que está fuera de su previsión normativa, y su valoración sólo puede serlo de acuerdo con la clase de suelo en que va a asentarse.

En este mismo orden de consideraciones hay que destacar la **STS de 14 de diciembre de 2005**, Ar. 1379 de 2006, en la que el Tribunal Supremo solventa el recurso de casación formulado contra otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias relativa a la valoración de la misma vía de circunvalación proyectada en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria a su paso por el Paisaje protegido de Tafira. En este otro supuesto, los argumentos de la Sala de instancia desestiman igualmente la valoración del sistema ubicado en suelo rústico como si de suelo urbanizable se tratase, rechazando así la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre sistemas que “crean ciudad”. En palabras del Tribunal a quo:

“Esta Sala ha rechazado la aplicación de la anterior doctrina a los supuestos en que el destino de la obra, suponga la singularización, pero no el aislamiento del suelo afectado. Especialmente en aquellos casos, en que el suelo sea rústico y con protección especial. En aquella doctrina subyace un reparto equitativo de beneficios y cargas; en el presente caso, la administración municipal, no prevé el sistema general; siendo la administración autonómica, quien hace pasar la circunvalación por ese tramo, amparado por el plan especial citado que lo permite cuando no existan más alternativas técnicas de trazado que atravesar el paisaje protegido.

VIII. Expropiación Forzosa

Esta Sala considera, que no hay reparto alguno en la circunvalación, no hay otros expropiados con los que repartir áreas delimitadas, ni aprovechamientos medios; además no se trata de un sistema general local del PGOU, sino de una circunvalación dentro de un sistema autonómico (...) los sistemas estatales o autonómicos están fuera de esa previsión normativa y su valoración, sólo puede serlo de la clase de suelo en que va a asentarse.”

El único motivo casacional que se articula contra este fallo enfrenta al Tribunal Supremo, de nuevo, con su doctrina sobre valoración de sistemas que “crean ciudad”. Y dicho motivo es rechazado porque

“El suelo que se expropió (...) era suelo rústico tal como lo clasificó el Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas de Gran Canaria de 1989 incluido en el interior del Paisaje Protegido de Tafira afectado por el Plan Especial de Protección Paisajística del Paisaje Protegido de Tafira, declarado como tal por la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, del Parlamento de Canarias reguladora de los espacios naturales de la Comunidad Autónoma y vigente en el momento de la expropiación, y en el cual los únicos usos permitidos eran las explotaciones agropecuarias, restauración vegetación, uso residencial preexistente y actividad cinegética y esta afirmación la hace la Sentencia con cita del informe pericial que obra en los autos y en el que (...) se lee entre los usos prohibidos en ese espacio el enunciado ‘como nuevas vías de comunicación, excepto: los caminos y pistas agrícolas, las obras relacionadas con la variante de Tafira y su conexión con la circunvalación a Las Palmas (de no existir más alternativas técnicas de trazado que atravesar parte del Paisaje Protegido)’.

Es decir que no es posible tomar en consideración la pretendida valoración del suelo de que se trata como suelo urbanizable por estar destinado a un sistema general tal y como tiene declarado esta Sala, porque para que ello sea posible en relación con el suelo no urbanizable, es preciso que el sistema general viario en el que se vaya a integrar ese suelo sea de los recogidos en la trama urbana del Plan General y tenga la condición que le atribuye la jurisprudencia de esta Sala en orden a crear ciudad, condición que no se cumple en este supuesto en el que ese vial es una variante que está fuera del núcleo urbano y que conexiona con la circunvalación de Las Palmas de Gran Canaria. Así resulta de los planos que obran en el informe pericial que aparece en los autos donde se observa la naturaleza evidentemente agrícola del suelo que carece de cualquier servicio aun cuando limite en uno de sus extremos con un barrio que sí posee los mismos de modo que trazado el vial el suelo no va a perder su condición de tal y ya no sólo por su situación sino por gozar de la condición de especialmente protegido que posee y que no puede variar a los efectos que se pretende.”

4. GARANTÍAS FORMALES

A) Existencia de una vía de hecho cuando se produce una alteración sustancial del proyecto de obras que determina la ocupación final de la finca expropiada muy superior a la inicialmente proyectada

En relación con el concepto de vía de hecho en materia expropiatoria debe recordarse que una actuación tal puede provenir tanto de operaciones materiales desprovistas por

completo de procedimiento alguno, como de la omisión de trámites que, por su consideración de esenciales, determinan la indefensión del interesado tiñendo la actuación administrativa de nulidad radical y haciéndola equiparable a una vía de hecho por omisión del procedimiento legalmente establecido. En este sentido, el artículo 125 de la LEF enumera los trámites del procedimiento expropiatorio que tienen esta consideración de esenciales, al establecer que en los casos en que la Administración pretenda ocupar u ocupe los bienes sin previa declaración de su utilidad pública o interés social (*causa expropriandi*); sin la declaración de la necesidad de ocupación concreta de los bienes o derechos a expropiar, o sin previo pago o consignación del justiprecio, emerge la defensa general que asiste al poseedor privado frente a las desposesiones o inquietaciones de su posesión, mediante la posibilidad de interponer los interdictos de retener o de recobrar. Cuestión aparte es la de si subsiste o no en la actualidad la posibilidad de acceder a la vía judicial civil mediante tales juicios posesorios; pero no es ésta la cuestión que aborda la sentencia comentada, sino el concepto mismo de vía de hecho.

Abundando en la casuística que ha deparado la aplicación de esta consecuencia a omisiones o defectos de tramitación que pueden acarrear una vía de hecho expropiatoria es de reseñar la **STS de 14 de diciembre de 2005**, Ar. 1380 de 2006, que solventa el recurso de casación deducido por la Administración expropiante contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que había estimado parcialmente las pretensiones de la expropiada. Los antecedentes del caso se refieren a la expropiación de terrenos para la construcción de una variante que comprenden una superficie inicial de 38.600 metros cuadrados de una determinada finca, cifra coincidente con la que se incluyó en la información pública del Proyecto inicialmente tramitado y que fue objeto de declaración de urgencia, pero que posteriormente se rectificó, sin practicar información pública, para recoger una superficie expropiada a la finca propiedad de la recurrente de 54.820 metros cuadrados que finalmente se materializó en el acta de ocupación.

Ante estos hechos, el Tribunal Supremo sostiene que aunque cabe la posibilidad de introducir en el Proyecto inicialmente aprobado modificaciones resultantes de la comprobación física sobre el terreno de las auténticas características de la finca, lo cierto es que no puede considerarse irrelevante la circunstancia de que, partiendo de una cifra inicial, confirmada en el acta previa de ocupación de 38.600 metros cuadrados, se haya pasado después a rectificar la superficie de la finca añadiendo casi un 50 por 100 más de superficie a expropiar y convirtiendo ésta en 54.820 metros cuadrados, con un exceso sobre la primera de 16.220 metros cuadrados. De modo que

“esa exorbitante modificación de la cifra inicialmente aprobada como comprendida en la de necesaria ocupación ha de ser calificada de una ilícita apropiación por la Administración, al no comprenderse la misma en el Proyecto que, efectivamente y como la recurrente afirma, fue objeto de una sustancial alteración, según está corroborado en la prueba pericial que afectó sustancialmente al trazado de la vía para incluir fincas que, en principio, ni siquiera estaban comprendidas en la expropiación inicialmente acordada o con una superficie notoriamente superior a la inicial, como en el caso de autos”.

VIII. Expropiación Forzosa

Por lo tanto, respecto de los 16.220 metros cuadrados que constituyen el exceso de ocupación frente a lo inicialmente proyectado,

“ha de aceptarse la existencia de la vía de hecho que la recurrente afirma que existió, y por ello ha de ser estimado el (...) motivo alegado por la recurrente, sin que sea aceptable la afirmación de la sentencia recurrida que justifica la denegación de dicho reconocimiento con fundamento en la circunstancia de que la recurrente en el suplico de su escrito de demanda solicitó una indemnización en concepto de justiprecio como valoración del total bien expropiado en sus 54.820 metros cuadrados, sin precisar que solamente era objeto de valoración y por tanto le correspondía el justiprecio respecto de 38.600 mientras que, y con relación a los otros 16.220 metros cuadrados, lo procedente era fijar la indemnización sustitutoria, toda vez que ello procedía por aplicación del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción al haber sido ocupados por una vía de hecho, a cuya valoración en su caso habría de añadirse la indemnización que la recurrente solicitó en el apartado segundo del suplico de su escrito de demanda.

Mas es lo cierto que, con o sin error en el planteamiento de la pretensión indemnizatoria, la recurrente planteó la existencia de una auténtica vía de hecho, y la efectividad de la tutela judicial exigía que la Sala resolviera tal cuestión y, reconociendo la existencia de la misma, fijara la valoración correspondiente, tanto por la auténtica expropiación de los 38.600 metros cuadrados expropiados, como la correspondiente a los 16.220 metros cuadrados afectados por la vía de hecho, más la indemnización inherente a estos mismos que la actora fijó en su demanda en el 15 por 100 de su valor, sin matizar la diferenciación entre la superficie ocupada por vía expropiatoria y la ocupada por vía de hecho”.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) El derecho a la retasación surge por el transcurso de dos años sin que la Administración pague o consigne el justiprecio: el simple ofrecimiento del pago o la notificación del deseo de efectuarlo no enerva aquella obligación

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la retasación, tantas veces comentada por nosotros, la interpretación jurisprudencial de la figura de la retasación a la que se refiere el artículo 58 de la LEF, en relación con el artículo 35.3 de la misma, responde a la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida. Por ello, el plazo de dos años a que se refiere el artículo 58 de la LEF debe contarse desde la fecha del acuerdo del Jurado, pues es un plazo de caducidad de la valoración que queda *per se* sin efecto por el transcurso del mismo cuando la Administración o el beneficiario de la expropiación no pagan o consignan debidamente el justiprecio en dicho plazo, ya que el espíritu de la LEF es tanto conceder un período de tiempo para abonar o consignar el justiprecio como establecer un plazo de vigencia del justiprecio.

En consonancia con lo dicho, la **STS de 30 de noviembre de 2005**, Ar. 814 de 2006, recuerda que para que la Administración o el beneficiario puedan oponerse al ejercicio del derecho de retasación por el expropiado han de abonar el justiprecio o consignarlo eficazmente en la Caja General de Depósitos antes de que transcurran los dos años desde la fijación del mismo por el Jurado, de forma que el simple ofrecimiento del pago o la notificación del deseo de efectuarlo no enerva la obligación de pago o consignación, pues

“la puesta a disposición del propietario en una cuenta municipal de la cantidad aun no percibida del justiprecio no tiene la eficacia liberatoria del pago, en contra de lo sostenido por el representante procesal del Ayuntamiento recurrente, ya que solamente la consignación en tiempo y forma de dicha suma, aun en el supuesto de que el propietario hubiese rehusado recibirla, impediría, según lo dispuesto concordadamente por los artículos 50.1 y 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, la retasación, lo que resulta lógico dada su finalidad de evitar demoras en el pago del justiprecio, sin que la comunicación al propietario de tener a su disposición en una cuenta, de la que es titular la propia Administración obligada al pago, sea equivalente al pago o a la consignación previstos en los citados preceptos”.

B) Reversión por cambio de destino dotacional público de unos terrenos que acaban siendo aportados por la Administración al proceso urbanizador como terrenos con aprovechamiento urbanístico

La legislación urbanística y la jurisprudencia que la interpreta vienen manteniendo la improcedencia de la reversión de los terrenos expropiados con fines urbanísticos cuando desaparece la *causa expropriandi* que motivó la privación originaria pero los terrenos se afectan a un fin dotacional igualmente público. La **STS de 11 de octubre de 2005**, Ar. 727, proporciona un ejemplo paradigmático de que esta transmisión de la *causa utilitatis* que se materializa en la nueva afectación pública de la cosa puede quebrar cuando la Administración contraviene el nuevo destino público en el contexto de una actuación urbanística urbanizadora. El citado caso se refiere a unos terrenos originariamente expropiados para la realización de un viario público que finalmente no se ejecutó, pero que fueron calificados como zona verde por el nuevo Plan General urbanístico; nuevo destino público que, como tal, impedía la reversión de los terrenos. Sin embargo, en el caso de autos, dichos terrenos acaban siendo aportados por la Administración a una Junta de compensación para la urbanización de suelo urbanizable, sin que la Administración los aportase reivindicando su calificación de zona verde y sin que constase su cesión con aprovechamiento cero, como habría de corresponder a unos terrenos destinados a dotaciones de zona verde. En consecuencia, el Tribunal Supremo reconoce el derecho de reversión de los primitivos dueños y condena a la Administración a abonar una indemnización sustitutiva por resultar imposible su reversión *in natura*.

C) Legitimación para ejercer el derecho de reversión por los liquidadores de una sociedad anónima

Como tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque el derecho de reversión hunda sus raíces en el derecho dominical del expropiado constituye un derecho nuevo que ni nace del acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta. Ello ha

VIII. Expropiación Forzosa

permitido deducir al Tribunal Supremo que el derecho de reversión tiene un contenido patrimonial que, como tal, es susceptible de negociación y transmisión, incluso con anterioridad a que se produzca en los supuestos legales que habilitan para su ejercicio, lo que permite concluir que el derecho de reversión es un derecho de naturaleza autónoma transmisible por actos *intervivos* y *mortis causa*.

Apoyándose en esa naturaleza transmisible del derecho de reversión, la **STS de 8 de febrero de 2006**, Ar. 738, declara haber lugar a la acción reversional pretendida por los administradores de una sociedad mercantil que se encontraba en fase de liquidación, como vía para incrementar su activo, a quienes la Administración había denegado la legitimidad activa para ejercitar el derecho de reversión a favor de la citada empresa. Frente a esta denegación, el Tribunal Supremo sostiene que

“La función de los liquidadores de la sociedad anónima no está regulada simplemente como dirigida a la enajenación del haber social sino que los términos en los que la misma se regula por el artículo 272 de la Ley de Sociedades Anónimas, al precisar las funciones de los liquidadores, permite interpretar que dentro de las operaciones autorizadas a éstos están todas aquellas que permitan una mejor conservación o incremento del patrimonio social ya existente siempre que, naturalmente, sean útiles para la finalidad de extinguir la sociedad, lo que no puede entenderse con un criterio restrictivo como dirigido a la única finalidad de obtener la liquidación del patrimonio, sino a hacerlo en las condiciones más económicamente razonables tendentes, sí a la extinción de la sociedad, pero en condiciones de suficiente rentabilidad en beneficio de los socios como destinatarios finales del resultado de la liquidación.

Es por ello que, con una interpretación amplia y finalista de lo dispuesto en el artículo 272.c) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, cabe entender legitimados a los liquidadores para intentar obtener de la Administración, en los términos previstos en la Ley de Expropiación Forzosa el reconocimiento del derecho de reversión, cuyo reconocimiento hará más eficaz la posibilidad de su transmisión autónoma o el ejercicio del derecho consiguiente a recuperar el bien y obtener la ulterior transmisión como parte del proceso liquidativo de la sociedad.”

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad. A) Teoría del margen de tolerancia: complejidad de la apreciación en un supuesto de deslinde del dominio público marítimo-terrestre. B) Comportamiento de la víctima: concurrencia de causas en el caso de daños provocados por la construcción de una carretera en una vivienda construida en zona no idónea para la edificación. C) Comportamiento de la víctima: ruptura del nexo de causalidad en el caso de un participante en festejo popular que acude embriagado y con falta de sueño. D) Antijuridicidad del daño: deber de los funcionarios de soportar el daño que constituye un riesgo profesional voluntariamente asumido. **3. Daño indemnizable.** A) Daño moral: falta de pruebas prenatales e indemnización de la frustración de la autodeterminación personal. B) Cuantía: reglas para su cálculo y limitación de las facultades revisoras del Tribunal Supremo en vía casacional. **4. Acción y procedimiento.** A) Legitimación pasiva: responsabilidad de la Administración por daños provocados por arma no reglamentaria disparada por un menor, hijo de un policía. B) Carga de la prueba en los casos de retrasos en una intervención quirúrgica. C) Inexistencia de plazo para reclamar frente a una desestimación presunta de reclamación patrimonial. **5. Responsabilidad del poder judicial. Retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal e “inexistencia subjetiva”.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período considerado por esta Crónica no se han producido pronunciamientos decisivos desde el punto de vista doctrinal, aunque su lectura permite dar un repaso a temas de mucho interés ya abordados y resueltos por el Tribunal Supremo, e incluso apreciar algunas matizaciones adicionales que vienen a redondear las tendencias doctrinales y las soluciones ya mantenidas. Así ocurre, por ejemplo, con la siempre delicada teoría del “margen de tolerancia”, tan proclive a desubicar los supuestos dañosos del sistema de la responsabilidad objetiva; la concurrencia de culpa de la víctima con efecto interruptivo del nexo causal; la depuración del “daño indemnizable” en los supuestos de paternidad o

maternidad no deseada, etc. Pero de entre tales órdenes de cuestiones podemos destacar dos, una de carácter sustantivo y otra de índole procedimental. La primera se refiere al caso, hartamente frecuente, de concurrencia del derecho a indemnización dimanante del instituto de la responsabilidad con la percepción de pensiones extraordinarias generadas por el evento dañoso, situación que presenta ya, tras no pocas oscilaciones, un tratamiento judicial más uniforme y por tanto más seguro. En cuanto a la cuestión de procedimiento destaca sobremanera la STS de 21 de marzo de 2006 al aplicar a las desestimaciones presuntas en los procedimientos de responsabilidad la misma solución que ya se viene aplicando con carácter general, es decir, la posibilidad de accionar *sine die*, resultante del incumplimiento por la Administración del deber de resolver expresamente en todo caso.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Teoría del margen de tolerancia: complejidad de la apreciación en un supuesto de deslinde del dominio público marítimo-terrestre

La STS de 24 de enero de 2006, Ar. 734, retoma la conocida “teoría del margen de tolerancia” a la que hemos dedicado no pocas páginas en estas Crónicas, dada su difícil inserción, al menos en principio, a un régimen proclamado como “objetivo”. En este caso, se trata de una reclamación cuyo origen está en la aprobación de un deslinde de dominio público marítimo-terrestre posteriormente objeto de anulación judicial. El Tribunal Supremo tiene en cuenta que la zona objeto de controversia, de dunas fijadas por vegetación, tenía una tipología discutible a los efectos de su calificación conforme a los artículos 1.b) de la Ley de Costas y 4.d) de su Reglamento (Ley 22/1988 y RD 1471/1989), que las incluye en dicha zona sólo “cuando resulten necesarias para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa”, concepto este que el Tribunal califica de “concepto jurídico indeterminado” de compleja apreciación. El Tribunal Supremo considera que el dato de que una sentencia haya considerado, a la vista de los informes periciales aportados por el recurrente, que no se cumplía dicho requisito, por no constatarse desgaste o regresión del cordón litoral, no es óbice para reconocer que la interpretación de la Administración fue razonable, lo que excluye la indemnización. Se razona así:

“Sentado lo anterior, y en aplicación de la jurisprudencia indicada, la Sala debe analizar si la actuación de la Administración, en la determinación de la zona a deslindar, aplicando el concepto jurídico indeterminado hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa, ha sido razonable, pues en el caso de serlo, la parte recurrente tenía el deber jurídico de soportarlo. Repárese en que el concepto al que se hace referencia es de aplicación compleja, y que en el caso de que apreciásemos responsabilidad por la simple anulación del acto, seguida de perjuicio, existiría un grave riesgo de paralización de la actividad administrativa, con lesión de los intereses públicos.”

IX. Responsabilidad Administrativa

B) Comportamiento de la víctima: concurrencia de causas en el caso de daños provocados por la construcción de una carretera en una vivienda construida en zona no idónea para la edificación

La STS de 18 de enero de 2006, Ar. 1154, acoge un supuesto de concurrencia de causas entre la acción de la Administración y la de la propia víctima. Se trata de los daños causados en una vivienda construida en un terreno inestable sin la preceptiva licencia por un corrimiento de tierras que tiene lugar en unos días de temporal de lluvias intensas con ocasión de la realización de obras en una carretera. La consecuencia es una moderación en la cuantía de la indemnización que debe abonar la Administración.

C) Comportamiento de la víctima: ruptura del nexo de causalidad en el caso de un participante en festejo popular que acude embriagado y con falta de sueño

Hemos venido comprobando una notable tendencia a la maximización de los requerimientos de diligencia impuestos a la Administración en los casos de daños conectados con omisiones administrativas, cuando es el comportamiento de la víctima el causante directo de los mismos, tendencia que es especialmente notable en los accidentes sufridos por menores, pero también en otros supuestos, como los daños sufridos por participantes en festejos populares. No obstante, han de existir límites, y la STS de 1 de febrero de 2006, Ar. 1183, nos muestra un caso de responsabilidad exclusiva de la víctima. Se trata de una persona que, con motivo de las fiestas veraniegas de un municipio, estuvo en su verbena, pasó toda la noche sin dormir y bebiendo alcohol, hasta el punto de sufrir diversas caídas, y en ese estado se fue a correr un encierro que se celebraba a las ocho de la mañana, en el que resultó cogido por un novillo, con secuelas físicas relevantes. El lesionado emprendió proceso penal, alegando que la caída fue consecuencia de un tropiezo sufrido con un objeto depositado en el suelo. Para el encierro el municipio había contratado un director de lidia y concertado un seguro de responsabilidad civil y otro de riesgos de accidentes a los participantes. El reclamante cobró dicho seguro, declarándose por escrito total, completa y satisfactoriamente indemnizado, renunciando expresamente al ejercicio de acciones judiciales contra la compañía. Sin embargo, posteriormente reclamó exigiendo responsabilidad patrimonial, dando, por lo demás, una versión contradictoria de la causa de su caída a la sostenida en el proceso penal. La sentencia de instancia no consideró acreditados los incumplimientos alegados por el reclamante y consideró que la conducta de éste fue tan relevante que rompió el nexo de causalidad, solución que es confirmada por el Tribunal Supremo.

D) Antijuridicidad del daño: deber de los funcionarios de soportar el daño que constituye un riesgo profesional voluntariamente asumido

La STS de 24 de noviembre de 2005, Ar. 1806, resuelve un recurso de casación con el fondo de una reclamación por parte de la viuda e hijos de un cirujano que sufrió un contagio de hepatitis C en el curso de una operación. El Tribunal Supremo desestima los argumentos de la Administración recurrente basados en la falta de legitimación activa, prescripción, valoración, etc., pero, en *obiter dictum*, pone de relieve que la apreciación por el tribunal de instancia de la existencia de responsabilidad contradice la doctrina del Tribunal Supremo (se citan las SSTs de 6 de noviembre de 2001, Ar. 10102, y de 29 de

enero de 2004, Ar. 572, ambas comentadas en esta Revista) que considera que en estos casos existe la obligación de soportar el daño, dado que constituye un riesgo profesional libremente aceptado por el damnificado, en este caso, un facultativo que actuaba vinculado a la Administración por una relación especial que le obligaba a asumir esa posibilidad de contagio que debía conocer. La afirmación carece de trascendencia en el caso de autos, ya que, al no haber sido argumentada por la Administración recurrente, se pronuncia tan sólo a los efectos de dejar sentada la doctrina jurisprudencial.

3. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Daño moral: falta de pruebas prenatales e indemnización de la frustración de la autodeterminación personal

Ya hemos tenido ocasión de comentar en otros números de estas Crónicas que en los casos de paternidad o maternidad no deseada, sea por falta de pruebas diagnósticas que hubieran permitido a la madre someterse a un aborto legal por deformaciones en el feto, sea por intervenciones quirúrgicas de esterilización con posterior paternidad o maternidad, en el supuesto de que se estime la responsabilidad administrativa, el Tribunal Supremo ha considerado que el daño indemnizable no es el nacimiento del hijo en sí, lo que repugnaría a la consideración de la dignidad de la persona, sino la frustración que supone del derecho a la autonomía personal, junto al daño patrimonial, en los casos en que el alumbramiento tiene lugar en una familia con pocos recursos económicos. Veamos dos ejemplos en el período considerado:

– La STS de 4 de noviembre de 2005, Ar. 1544, reconoce una indemnización de diez millones de pesetas por daños morales a una mujer a la que se le hicieron pruebas en el embarazo que dieron como resultado que el feto padecía síndrome Down pero, por un mal funcionamiento administrativo, no fueron comunicadas a la misma, lo que le llevó a no someterse a nuevas pruebas y, llegado el caso, poder optar por abortar acogiéndose a la indicación eugenésica prevista en el artículo 417.bis del Código Penal. El niño nació con dicho síndrome. Se reconoce indemnización por la privación de información trascendente y lesión consiguiente de la autodeterminación personal, confirmando así lo decidido en la instancia.

– La STS de 21 de febrero de 2006, Ar. 1046, reconoce una indemnización por daño moral de 62.000 euros por error y tardanza en la emisión de diagnóstico en un embarazo que impidió a la reclamante tomar en consideración un aborto por posibles malformaciones del feto con anterioridad a la semana veintidós del embarazo.

B) Cuantía: reglas para su cálculo y limitación de las facultades revisoras del Tribunal Supremo en vía casacional

La STS de 7 de diciembre de 2005, Ar. 72, tiene como presupuesto el daño sufrido por un militar en acto de servicio, y suscita la cuestión de la valoración del daño, que ya

IX. Responsabilidad Administrativa

hemos abordado en diferentes números de esta Revista y que no se encuentra pacíficamente resuelta en la jurisprudencia. En este caso, la Administración había reconocido su responsabilidad, y había fijado una indemnización de veinte millones de pesetas. A dicha cantidad había llegado aplicando el baremo de la Ley 30/1995 y descontando la cantidad resultante de capitalizar al cinco por ciento la cantidad mensual reconocida en concepto de pensión extraordinaria (algo más de trescientas mil pesetas) y de pensión adicional (más de ciento cincuenta mil pesetas). El lesionado impugnó la resolución administrativa por la que se reconoció dicha indemnización y el tribunal de instancia otorgó una indemnización adicional de 40 millones de pesetas, que siguió pareciéndole insuficiente, consecuencia de lo cual interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo insiste en que la aplicación del baremo tiene carácter puramente orientativo y nada impedía, pues, al tribunal de instancia aplicar el criterio estimativo que considerara oportuno apreciando las circunstancias concurrentes, sin que fuera preciso, pues, hacer referencia alguna a dicho baremo. En cuanto a la compatibilidad entre pensión e indemnización, reitera que, si bien es cierto que los títulos a los que responden son distintos, y la finalidad de la cantidad asignada por vía de indemnización es conseguir la plena indemnidad de la víctima, que no se alcanzaría con el percibo de las cantidades prefijadas en las normas sectoriales, ello no impide sin embargo que se tome en consideración a la hora de fijar la indemnización la circunstancia del reconocimiento de pensiones, ya que si bien ha de conseguirse una plena indemnidad, tampoco cabe admitir que se produzca un enriquecimiento injusto por encima de esa total reparación por el reconocimiento de una indemnización con omisión de toda consideración en relación con la pensión extraordinaria causada por el reclamante. De este modo, desestima el recurso.

Un supuesto análogo es el contemplado en la **STS de 24 de enero de 2006**, Ar. 1037, que recoge una buena síntesis de la doctrina jurisprudencial acerca de la indemnizabilidad de los daños sufridos por los miembros de las Fuerzas Armadas en acto de servicio. En el caso de funcionamiento normal, se considera que el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la Ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria. Por el contrario, en el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio. Si el funcionario o servidor público perjudicado no hubiese tenido ninguna participación en el resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e indemnizado por la Administración Pública de todos los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad, pero en el supuesto de que hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor habrá de moderarse en atención a su grado de participación. Cuando concurren el reconocimiento de pensión extraordinaria, por la condición del afectado, y la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial, no cabe hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, sin perjuicio del carácter compatible de unas y de otras,

dado el principio que rige este instituto de la plena indemnidad o de la reparación integral. En el caso de autos, la sentencia de instancia apreció la existencia de responsabilidad, indicó el carácter orientativo y no vinculante de los baremos objetivos, tuvo en cuenta la concurrencia de distintas vías de reparación del daño y tras reconocer la compatibilidad de ambas, valoró la pensión extraordinaria concedida, pero entendió que con ella no se atendía a las secuelas físicas y psicológicas, y fijó la cantidad en dos millones de pesetas. El Tribunal Supremo reitera que los baremos establecidos en el anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados, referidos a los daños derivados de la circulación de vehículos de motor, son vinculantes en ese contexto, pero no, con carácter general, en el de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y frente a las alegaciones de insuficiencia del recurrente, respeta dicha valoración, aplicando la limitación que en casación hay a la revisión de cuantías, reservada a los casos de fijación de cuantía arbitraria, injusta o carente de toda ponderación. En la misma línea se pronuncia la **STS de 30 de enero de 2006**, Ar. 1454, sobre daños sufridos por un recluta durante la instrucción.

Otras sentencias, ya con otro tipo de supuestos en juego, reiteran esta limitación en casación en las facultades para revisar la cuantía del daño. Así, la **STS de 30 de enero de 2006**, Ar. 1456, en que los daños derivan de un diagnóstico erróneo de VIH que se prolonga durante cinco años y provoca un daño moral al reclamante y a su esposa, que se valora en la instancia en cuatro millones de pesetas actualizables desde la fecha de la reclamación; o la **STS de 14 de marzo de 2006**, Ar. 1583, en un caso de responsabilidad derivada del desmerecimiento de una finca como consecuencia de filtraciones indebidas de una estación depuradora.

4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) Legitimación pasiva: responsabilidad de la Administración por daños provocados por arma no reglamentaria disparada por un menor, hijo de un policía

Los hechos que dan origen a la **STS de 30 de noviembre de 2005**, Ar. 1605, son los siguientes: el hijo de un policía nacional, en ausencia de sus padres, se encuentra en su casa con un amigo y saca de un armario una pistola de su padre para mostrársela, siendo así que dispara y hiere gravemente sin intencionalidad a su amigo. No se trataba del arma reglamentaria, sino de una privativa del policía. Conforme a la normativa sobre armas, los policías pueden poseer hasta tres armas cortas privativas, aparte de la reglamentaria. Los padres del menor damnificado, en representación de éste, interpusieron una reclamación previa a la vía civil, que la Administración recalificó como reclamación patrimonial. Contra la denegación, interpusieron tanto demanda civil (contra el policía, su hijo, la Administración y el Consorcio de Compensación de Seguros) como contencioso-administrativa (contra la Administración). En la vía civil, obtuvieron indemnización de quince millones de pesetas, sobre los treinta reclamados. En vía administrativa, la sala de instancia rechazó la pretensión, estimando que la apreciación de nexo causal en un supuesto como éste “resultaría en todo punto falto de cualquier racionalidad” e “ilógica”. La de-

IX. Responsabilidad Administrativa

mandante cuestionaba, no obstante haber interpuesto recurso contencioso-administrativo, la competencia de dicha jurisdicción, que es afirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo por referencia a la Ley de la jurisdicción de 1956, aplicable *ratione temporis*. Estima sin embargo el argumento de fondo, conforme al cual en casos como éste responde la Administración conforme a la teoría del riesgo. Además, reconoce una indemnización de treinta millones (por referencia a la fecha de la reclamación y, por ello, actualizables), de los que habrá que deducir, en su caso, los quince millones reconocidos por la jurisdicción civil en caso de que hayan sido abonados.

B) Carga de la prueba en los casos de retrasos en una intervención quirúrgica

La STS de 7 de febrero de 2006, Ar. 1171, resuelve un caso de responsabilidad derivada de asistencia sanitaria. La recurrente se sometió a la práctica de una citología mediante la que se detectó un cáncer del que no se le dio noticia (al menos, no se acreditó suficientemente, a juicio del Tribunal de Instancia, que el Tribunal Supremo mantiene como hecho probado) hasta casi un año después, permaneciendo entretanto sin tratamiento. El cáncer evolucionó hasta constituir un carcinoma invasivo que precisó de intervención quirúrgica (histerectomía) de la que resultó la esterilidad de la paciente. La reclamante consideraba que de haberse aplicado con anterioridad un tratamiento curativo (conización) se hubiera evitado dicho resultado. La Administración alegaba que no ha quedado acreditado que de haber sido tratada antes hubiera podido evitar las posteriores intervenciones, y también así lo entendió el Tribunal de Instancia. Por el contrario, para el Tribunal Supremo es a la Administración sanitaria a la que hubiera correspondido acreditar que ese retraso de casi un año no hubiese sido la causa determinante de la evolución experimentada y su transformación en carcinoma, prueba a la que venía obligada en razón de las posibilidades de evolución de la patología, por lo que dicha carencia probatoria debe perjudicar a la Administración sanitaria y por tanto debe concluirse que existió una relación de causalidad directa y eficaz.

Contrástese este pronunciamiento con el contenido en la STS de 21 de marzo de 2006, Ar. 2194, en que el caso era el de pérdida de visión de un ojo por desprendimiento de retina mediando retraso en la intervención. Considera en este caso el Tribunal Supremo que habida cuenta la patología el resultado hubiera sido el mismo de no mediar retraso, y no existe, pues, relación de causalidad.

C) Inexistencia de plazo para reclamar frente a una desestimación presunta de reclamación patrimonial

La STS de 21 de marzo de 2006, Ar. 2194, que acabamos de mencionar, es el pronunciamiento estrella de esta Crónica, en la medida en que aplica la doctrina de la STC 14/2006, de 16 de enero, a los casos de reclamaciones patrimoniales objeto de desestimación presunta. Conforme a dicha doctrina, la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva es aquella que equipara los plazos para recurrir contra un acto presunto a los casos de notificaciones defectuosas, lo que significa, en definitiva, la ausencia de todo plazo. La aplicación de esta doctrina a la desestimación de las reclamaciones indemnizatorias por el transcurso del plazo de seis meses para resolver hace que el Tribunal Supremo case la sentencia de instancia en su apreciación de prescripción, y ello

pese a que los artículos 46 y 69 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con el artículo 13 del Real Decreto 429/1993 regulan con claridad los plazos, de los que resulta nítidamente en este caso la concurrencia de una causa de inadmisibilidad por extemporaneidad del recurso, tal y como reconoce el propio Tribunal Supremo.

“La aplicación de esta doctrina al presente caso lleva necesariamente a estimar el motivo de casación, pues aun cuando la sentencia de instancia señala con claridad los preceptos aplicados, artículos 69 y 46 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 13 del Real Decreto 429/1993 y el artículo 142.7 de la Ley 30/1992, de los que resulta la causa de inadmisibilidad apreciada por extemporaneidad del recurso y razona la aplicación de tales preceptos, es lo cierto que la interpretación y aplicación efectuadas llevan a la consecuencia indicada impidiendo el acceso de la parte a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, frente al incumplimiento por la Administración de la obligación de resolver, situación que no se produce cuando habiéndose resuelto la reclamación su notificación es defectuosa, en cuyo caso sólo surte efectos desde la fecha en que el interesado realiza actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto o interponga el recurso procedente, es decir, sin consideración a un concreto plazo, haciendo así de peor condición a aquel que no ha obtenido respuesta de la Administración y favoreciendo el incumplimiento de la obligación de resolver que la Ley impone a la misma. En definitiva, siendo posible una interpretación que al menos equipare la situación a los supuestos de notificación defectuosa, como se venía apreciando en las citadas sentencias del Tribunal Constitucional y también de esta Sala (SS. de 23 de enero de 2004, 11 de marzo de 2004), ha de considerarse que la apreciación de la extemporaneidad efectuada en la instancia y de acuerdo con dicha doctrina resulta rigorista y desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican, y como tal contraria al derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24 de la Constitución.”

5. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. RETIRADA DE LA ACUSACIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL E “INEXISTENCIA SUBJETIVA”

La STS de 15 de diciembre de 2005, Ar. 1158, enjuicia una reclamación indemnizatoria por prisión preventiva y analiza el siempre lábil concepto de “inexistencia subjetiva”. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal había retirado la acusación contra el reclamante, al considerar que, si bien su involucración en los hechos (se trataba de un caso de narcotráfico) derivaba de importantes indicios, el elemento esencial como prueba de cargo lo constituían las conversaciones telefónicas aportadas por la Policía, que en el momento de la grabación, 1988, eran consideradas pruebas válidas, pero que en el del juicio, 1996, como consecuencia de una variación de la doctrina jurisprudencial, carecían de valor como prueba de cargo al no haber sido obtenidas con la precisa autorización judicial. La sentencia de instancia consideró que no se trataba de un supuesto de inexistencia subje-

IX. Responsabilidad Administrativa

tiva sino de absolución basada en la presunción de inocencia. Esta misma es la aproximación del Tribunal Supremo.

Se formula Voto particular por la Magistrada Sra. Dña. Margarita Robles Fernández, quien recuerda que el propio Tribunal Supremo ha afirmado en sentencias anteriores que la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal “configura o implica, cuando menos una presunción de la denominada inexistencia subjetiva del hecho, porque si hubiese indicios racionales de la participación en éste del imputado, no se habría desistido de aquélla”. Reproducimos la argumentación aportada por dicha Magistrada, por su pretensión de generalidad:

“Este razonamiento es el que considera quien suscribe este voto particular que debe tenerse en cuenta. En tal sentido no cabe olvidar que el procedimiento penal se rige por el principio acusatorio, de tal forma que si no existe parte, ya pública, ya privada en su caso, que ejercite la acción penal, no es que podamos hablar de una Sentencia absolutoria o de un sobreseimiento libre respecto a quien no se formula acusación sino que el posible procedimiento penal que hubiera podido incoarse respecto al mismo, pierde cualquier virtualidad y queda sin objeto. Esto es lo que ocurre cuando la acusación pública, a saber el Ministerio Fiscal a quien constitucionalmente incumbe la defensa de la legalidad, retira en el acto del juicio oral, la acusación penal que hubiese pedido formular con un mero carácter provisional, retirada ésta de acusación, que como consecuencia del principio acusatorio que rige el procedimiento penal, tiene una consecuencia lógica e ineludible, cual es que aquella persona a la que afecte la retirada de acusación queda exenta de cualquier responsabilidad penal cuando menos y como decían las Sentencias citadas de esta Sección por inexistencia subjetiva del hecho.

Es sabido que la clave de bóveda del procedimiento penal es el juicio oral, por cuanto toda la actividad que se realiza en fase de instrucción, únicamente tiene por objeto la recopilación del material en que el Ministerio Fiscal pueda sustentar el ejercicio de la acción penal, formulando la correspondiente acusación, razón por la que únicamente cabe dar relevancia a aquella actuación probatoria de cargo que con todas las garantías legales se realice precisamente en el acto del juicio oral, tendente a desvirtuar uno de los principios básicos de nuestro sistema constitucional, cual es la presunción de inocencia proclamada en el artículo 24 de la Constitución.

Ese principio de presunción de inocencia, exige, pues, una actividad probatoria de cargo válidamente practicada en el acto del juicio oral y si el Ministerio Fiscal no cuenta con tales pruebas válidamente practicadas, lo que según los principios constitucionales equivale a ausencia de prueba y como consecuencia de ello retira la acusación y no formula acción penal, no es ya que nos hallemos en presencia o no de una sentencia absolutoria o de un sobreseimiento provisional, sino que el principio de presunción de inocencia no ha quedado desvirtuado y por tanto queda sin razón de ser un procedimiento penal, seguido para reunir un material acusatorio que el propio defensor de la legalidad entiende no reúne los requisitos constitucionalmente exigibles para desvirtuar aquel principio, que como es bien sabido no puede identificarse con el principio *in dubio pro reo*. No existiendo pues ejercicio de acción penal contra una persona, al haberse retirado la acusación contra ella,

presupuesto este indispensable para la virtualidad de un procedimiento penal, es obvio que los supuestos de retirada de la acusación, en cuanto renuncia por parte del Ministerio Público al ejercicio de la acción penal, deben reputarse incardinados en el artículo 294 LOPJ y en tal sentido el recurso de casación –motivos primero y tercero– debió haber sido estimado.”

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Nota preliminar. **2. Instrumentos de gestión de los recursos humanos.** A) Decreto que aprueba plan de empleo para la provisión definitiva de plazas reservadas a personal laboral. Reglamento ejecutivo que debe ser informado por el Consejo de Estado. B) Nulidad de relación de puestos de trabajo que asigna distintos niveles de complemento de destino a puestos de igual denominación y contenido funcional. Cuestión de ilegalidad. **3. Acceso.** A) Suspensión cautelar de las Órdenes por las que se convocan pruebas selectivas para cubrir puestos de trabajo cuya adscripción haya sido modificada de personal laboral a funcionario. Ponderación de intereses. B) Criterio de transformación de las puntuaciones de las pruebas selectivas aplicado por el Tribunal Calificador. Distorsión de los resultados obtenidos y trato discriminatorio de los aspirantes. C) La exclusión de un candidato de las listas de aprobados obliga a incluir en las mismas al aspirante correspondiente en función de su puntuación. D) Existe el deber jurídico de soportar los daños que puedan derivar de la apreciación discrecional de méritos tenidos en cuenta para la superación de procesos selectivos. **4. Carrera administrativa.** A) Exigencia de un determinado nivel de conocimiento de euskera como requisito para la provisión de determinados puestos de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia. Competencias estatales y autonómicas. B) El cambio de puesto de trabajo por incapacidad permanente parcial debe efectuarse de conformidad con los requisitos y con el procedimiento establecidos. **5. Derechos fundamentales.** A) Derecho a la libertad de expresión. Sólo ampara la crítica si se hace con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración del respeto a los superiores. B) Derecho de reunión. Las limitaciones a su ejercicio deben ser proporcionadas y equilibradas teniendo en cuenta los valores en conflicto. C) Derecho de huelga. a) Sólo cede cuando con su ejercicio se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren. b) Debe ser un órgano de naturaleza política y no administrativa el que determine los servicios mínimos. **6. Derechos laborales.** A) La reducción de jornada. No exige que el funcionario invoque los motivos para su petición.

7. Derechos colectivos. A) Negociación colectiva. a) No puede ser objeto de negociación la creación de un nuevo permiso para visitar a familiares presos. b) Los Acuerdos que pretenden sentar las bases para iniciativas futuras no tienen carácter normativo.

8. Derechos sindicales. Es lícita la constitución de secciones sindicales agrupando varias dependencias de la Administración en una misma unidad electoral. **9. Derechos**

económicos. A) Complemento específico. a) Es ilegal diferenciar a través del nivel profesional y el complemento específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido. b) Es lícita la atribución de diferentes complementos retributivos a puestos de trabajo que tienen la misma denominación en la Relación de Puestos de Trabajo. B) Complemento de destino. Debe reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado y figurar en los presupuestos de las demás Administraciones Públicas. **10. Situaciones administrativas.** La situación de incapacidad temporal no elimina la relación funcionarial ni, por tanto, el efecto de cesación de la sanción disciplinaria.

1. NOTA PRELIMINAR

Esta crónica recoge numerosas sentencias relativas a las diversas parcelas del régimen del empleo público. En esta ocasión, la gran mayoría de las sentencias comentadas es relativa al acceso al empleo público y a los derechos de los empleados públicos.

2. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

A) Decreto que aprueba un plan de empleo para la provisión definitiva de plazas reservadas a personal laboral. Reglamento ejecutivo que debe ser informado por el Consejo de Estado

La Comunidad Autónoma de Canarias sostiene que el Decreto 22/1997, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Plan de Empleo Operativo sobre la provisión definitiva de plazas vacantes reservadas al personal laboral de dicha Administración, tiene carácter de reglamento independiente y, por ello, no requiere dictamen del Consejo de Estado.

Sin embargo, la STS de 16 de junio de 2006, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3375, señala que dicho Decreto tiene la condición de reglamento ejecutivo, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo de Estado sobre el mismo. La STS de 16 de junio de 2006 basa tal afirmación en el hecho de que la Ley 5/1996, de 27 de diciembre, de

X. Función Pública

Presupuestos Generales de dicha Comunidad Autónoma, de la que trae causa el Decreto en cuestión, lejos de establecer una habilitación sin disponer una regulación básica de la materia a desarrollar por el reglamento, regula aspectos formales y sustanciales importantes del plan de empleo, tales como el sistema de selección o la duración de los contratos. Además, recuerda la Sala que el Decreto autonómico impugnado desarrolla las previsiones del artículo 18 de la LMRFP relativas a los planes de empleo. En definitiva, resulta incuestionable que se trata de un reglamento ejecutivo que debió ser fiscalizado por el Consejo de Estado.

B) Nulidad de relación de puestos de trabajo que asigna distintos niveles de complemento de destino a puestos de igual denominación y contenido funcional. Cuestión de ilegalidad

La STS de 4 de julio de 2006, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3753, desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que resolvió la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca, sobre la Orden que aprobó la RPT del Departamento de Agricultura y Medio Ambiente de la Comunidad de Aragón. Dicha RPT asignaba nivel 25 de complemento de destino a las Jefaturas de Sección del Servicio Provincial de Agricultura de Teruel y Zaragoza, mientras que otorgaba nivel 24 al correspondiente puesto del Servicio Provincial de Huesca.

Respecto a la cuestión de ilegalidad, y pese a no haberse planteado el tema en el recurso de casación, el TS cuestiona la virtualidad de este procedimiento cuando no aparece referido a una disposición reglamentaria, sino a una RPT, que carece de la generalidad y de las demás notas propias de las disposiciones generales. Sobre el particular, el TS entiende que la admisión de la cuestión de ilegalidad podría deberse a una interpretación extensiva e incorrecta de la jurisprudencia que asimila la RPT a las disposiciones generales a los solos efectos de permitir el acceso a la casación.

En cuanto al fondo, la STS de 4 de julio de 2006 confirma la nulidad de la citada RPT, pues tratándose de puestos con la misma denominación y con idéntico contenido funcional, la asignación a uno de esos puestos de un nivel de complemento de destino inferior supone un ejercicio arbitrario e irracional de la potestad discrecional que asiste a la Administración para la asignación de niveles a los puestos de trabajo.

3. ACCESO

A) Suspensión cautelar de las Órdenes por las que se convocan pruebas selectivas para cubrir puestos de trabajo cuya adscripción haya sido modificada de personal laboral a funcionario. Ponderación de intereses

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/1999, de 28 de diciembre, del Parlamento andaluz, para la funcionarización de determinado personal laboral, autorizó la convocatoria excepcional y restringida para la provisión de determinados puestos de

trabajo, cuya adscripción haya sido modificada de laboral a funcionario, por el personal laboral fijo que ocupase dichos puestos con anterioridad al 31 de diciembre de 1991. Sin embargo, las Órdenes de la Consejería andaluza de Gobernación y Justicia por las que se convocaron las pruebas selectivas, permitían participar en las mismas a todo el personal laboral fijo que en el momento de la convocatoria ocupase una plaza cuya adscripción hubiese pasado de personal laboral a personal funcionario, sin hacer referencia a la necesidad de haber desempeñado dicha plaza sin solución de continuidad desde antes del 31 de diciembre de 1991 hasta la fecha de la convocatoria del proceso selectivo. De este modo, desaparecerían las circunstancias excepcionales que legitiman el carácter restringido de los procesos selectivos contemplados por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/1999, de modo que las pruebas convocadas resultarían discriminatorias y contrarias a los artículos 14 y 23 de la Constitución.

Por todo ello, la **STS de 3 de julio de 2006**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3750, confirma la suspensión de las Órdenes de convocatoria inicialmente acordada por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Tras la valoración del principio *fumus boni iuris* y la debida ponderación de intereses implicados, concluye la Sala que el mantenimiento de la suspensión cautelar de las Órdenes citadas es la opción que menor perjuicio causa a los intereses públicos y a los de terceros, pues en caso de confirmarse dichas resoluciones se daría la paradoja de que podría acceder a la condición de funcionario personal laboral que después podría perder dicha condición, mientras que se bloquearía la normal cobertura de las plazas de funcionario que fuesen quedando vacantes.

B) Criterio de transformación de las puntuaciones de las pruebas selectivas aplicado por el Tribunal Calificador. Distorsión de los resultados obtenidos y trato discriminatorio de los aspirantes

Tras la anulación de dos preguntas de las cien que componían el primer ejercicio de acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de Justicia, de manera que la puntuación máxima posible quedaba en 98 puntos, el Tribunal Calificador aplicó un factor de transformación de las puntuaciones obtenidas por los aspirantes en dicho primer ejercicio. De conformidad con dicho factor de transformación, de una relación 98/98, se iba pasando a otras relaciones de forma que según disminuía la puntuación inicial aumentaba progresivamente la diferencia entre la misma y la puntuación transformada.

La fórmula correctora aplicada por el Tribunal fue discriminatoria y perjudicial para los aspirantes, pues, además de apartarse de lo establecido en las bases de la convocatoria, permitió que resultasen seleccionados concursantes con puntuaciones globales inferiores a las de otros candidatos que no lograron la nota mínima para superar el ejercicio.

Tal como sostiene la **STS de 12 de julio de 2006**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4937, para que la fórmula correctora fuese igualitaria y ajustada a las bases de la convocatoria, además de mantener a los opositores tras el primer ejercicio en el mismo orden que les hubiera correspondido según las puntuaciones reales, dicha puntuación corregida debió tener sobre el resultado de la puntuación final la misma incidencia que habría tenido ese

primer ejercicio. Sin embargo, la fórmula correctora derivó en un resultado final de la oposición distinto del que habrían arrojado las puntuaciones reales, puesto que las puntuaciones reales más bajas están mucho más distantes de sus equivalentes corregidas de lo que lo están las puntuaciones reales más elevadas. A consecuencia de esto quedaron excluidos algunos candidatos con puntuaciones reales superiores a las obtenidas por otros aspirantes que sí resultaron seleccionados.

C) La exclusión de un candidato de las listas de aprobados obliga a incluir en las mismas al aspirante correspondiente en función de su puntuación

Las bases de la convocatoria de un procedimiento de acceso a puestos de profesorado no universitario preveían que el mismo se resolviese en función de la valoración de los méritos de los aspirantes y de la calificación obtenida en la fase de oposición, siendo propuestos quienes, con la suma de ambas puntuaciones, obtuviesen las mejores calificaciones hasta cubrir el número de plazas disponibles en cada especialidad. Por otra parte, las bases de la convocatoria disponían que la valoración de los méritos de los aspirantes sería efectuada por una comisión administrativa, conforme al baremo previamente determinado. Por último, las bases también contemplaban la posibilidad de que los aspirantes pudiesen interponer recurso ordinario contra la valoración de sus méritos. Precisamente, el ejercicio de este derecho por uno de los aspirantes determinó que se le valorasen ciertos méritos no tenidos en cuenta inicialmente, de modo que la mayor puntuación obtenida por este candidato supuso la exclusión de las listas de aprobados y de funcionarios en prácticas de la ahora recurrente en casación.

Posteriormente, mediante sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana se anuló la resolución por la que se valoraron tales méritos, ya que el aspirante no acreditó los mismos de manera fehaciente, por lo que resultó excluido de la lista de aprobados. Sin embargo, la sentencia de instancia no extrajo todas las consecuencias derivadas de ese pronunciamiento, puesto que olvidó incluir nuevamente a la ahora demandante en las listas de aprobados y de funcionarios en prácticas. Por ello, la **STS de 17 de julio de 2006**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5353, casa la sentencia de instancia y reconoce el derecho de la recurrente a figurar en la lista de aspirantes que superaron las pruebas selectivas y a ser nombrada funcionaria en prácticas.

D) Existe el deber jurídico de soportar los daños que puedan derivar de la apreciación discrecional de méritos tenidos en cuenta para la superación de procesos selectivos

En el caso resuelto por la **STS de 12 de septiembre de 2006**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 228984, la sentencia de instancia declaró nula la resolución de un proceso selectivo, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de los méritos por el Tribunal Calificador, pero sin reconocer el derecho al nombramiento de los recurrentes. De conformidad con el pronunciamiento de la Sala de instancia, se llevó a cabo una nueva valoración de méritos, que afectó incluso a los aspirantes que no habían recurrido la resolución del proceso selectivo. A resultas de la nueva valoración de méritos, algunos de los aspirantes que inicialmente habían superado el proceso fueron excluidos, mientras que otros concursantes fueron incorporados a la lista de seleccionados. Todo

ello, como consecuencia del nuevo desarrollo del proceso en concurrencia y no por decisión directa de la sentencia de instancia, que no reconocía el derecho al nombramiento de los recurrentes.

Puesto que en la sentencia de instancia se ordenó la retroacción de las actuaciones para que el Tribunal Calificador valorase discrecionalmente los méritos previstos en la convocatoria, no puede ser acogida la pretensión indemnizatoria de los recurrentes. Según reiterada jurisprudencia de la que se hace eco la STS de 12 de septiembre de 2006, no cabe apreciar en este caso responsabilidad de la Administración por el ejercicio de la discrecionalidad que le corresponde en la valoración de los méritos, ya que con anterioridad a dicha valoración los aspirantes sólo tenían una mera expectativa a ser nombrados funcionarios. En consecuencia, la situación jurídica de los recurrentes previa a la actuación administrativa determinante de la nulidad queda restablecida mediante la nueva valoración de méritos, que por tener carácter discrecional no hace surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración.

4. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Exigencia de un determinado nivel de conocimiento de euskera como requisito para la provisión de determinados puestos de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia. Competencias estatales y autonómicas

La STC 270/2006, de 13 de septiembre, enjuicia el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación contra determinados preceptos de Decreto del Gobierno Vasco 117/2001, de 26 de junio, de medidas para la normalización lingüística de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma vasca. Las disposiciones impugnadas regulan diversos aspectos sobre los criterios a observar en la asignación de perfiles lingüísticos (nivel de conocimiento de euskera) a los puestos de trabajo de las plantillas de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia en el País Vasco, es decir, de los cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes de la Administración de justicia (en la actualidad cuerpos de gestión procesal y administrativa, de tramitación procesal y administrativa y de auxilio judicial) y del cuerpo de médicos forenses. Conviene precisar al respecto que el Decreto vasco 117/2001 regula el conocimiento del euskera como requisito imprescindible para la provisión de determinados puestos de trabajo en la Administración de Justicia, sin pronunciarse sobre la consideración del conocimiento de dicha lengua como mérito.

Los preceptos impugnados son los que se mencionan a continuación. El capítulo II (artículos 2 a 5), relativo a los “Perfiles lingüísticos”, que se definen como “los niveles de competencia lingüística en euskera a considerar para la provisión de los puestos integrantes del ámbito de aplicación del Decreto”, fija dichos perfiles en los niveles 2, 3 y 4, y señala que figurarán en las plantillas y en las relaciones de puestos de trabajo únicamente en las dotaciones en que dicho perfil constituya requisito esencial. El artículo 3 determina

X. Función Pública

la relación entre los perfiles lingüísticos y los diferentes cuerpos al servicio de la Administración de Justicia. Los artículos 4 y 5 regulan, respectivamente, el procedimiento de asignación de los perfiles y la adecuación de dicha asignación a los objetivos y prioridades que se pretenden.

En el capítulo III (artículos 6 a 10), respecto de los “Objetivos”, hace referencia a la asignación de perfiles, que se desarrollará en programas de planificación de 10 años, y al porcentaje de dotaciones que debe contar con el perfil lingüístico al fin de cada período de planificación, concretando su aplicación en cada demarcación y en los órganos judiciales existentes en la misma, previendo la posibilidad de diferentes intensidades en dicho proceso según las demarcaciones y los órganos y ponderando los aspectos que condicionan la asignación del perfil.

El capítulo IV (artículos 11 y 12), “Acreditación de los perfiles”, se refiere al sistema de pruebas mediante el cual los funcionarios habrán de acreditar el cumplimiento del perfil a la inscripción de dicha acreditación.

El capítulo V (artículo 13) regula las excepciones al sistema descrito.

Por su parte, las Disposiciones Adicionales determinan la fecha inicial de aplicación del sistema, que coincide con la entrada en vigor del Decreto, la materialización de la capacitación lingüística mediante convenio de colaboración con el instituto de alfabetización y reuskaldunización de adultos y la valoración de los perfiles lingüísticos para las actuaciones que la Comunidad Autónoma pueda desarrollar en relación con Jueces, Magistrados, Secretarios Judiciales y Fiscales en el marco de convenios de colaboración con el CGPJ.

La cuestión planteada en este proceso se centra en determinar si, al amparo de las cláusulas subrogatorias contenidas en los artículos 13.1 y 35.3 del Estatuto Vasco de Autonomía, la Comunidad Autónoma del País Vasco es competente para establecer la obligatoriedad del conocimiento de un determinado nivel de euskera para la provisión de determinados puestos de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Para resolver la cuestión planteada, la STC 270/2006 acude a la doctrina fijada en la STC 253/2005 y en otras sentencias anteriores. Según jurisprudencia establecida en dichas sentencias, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias relativas a los medios personales y materiales de la Administración de Justicia, puesto que no inciden en la función jurisdiccional ni en el autogobierno del poder Judicial. Esta competencia autonómica se basa en las cláusulas subrogatorias, que permiten el ejercicio de la competencia citada y se basan en el deslinde que el Estado efectúa entre Administración de Justicia en sentido estricto y administración de la Administración de Justicia. Dentro de la administración de la Administración de Justicia se encuentra la competencia para la regulación relativa a plantillas y relaciones de puestos de trabajo del personal de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración de Justicia. Si bien, tal como recuerda la STC 270/2006, en todo caso, debe existir un núcleo homogéneo en el régimen jurídico del estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia, tal como haya sido configurado por la LOPJ. Por último, igualmente se destaca que la LOPJ (artículos 521.4.3 y 530) prevé la

posibilidad de que el conocimiento de las lenguas autonómicas pueda considerarse como requisito para el acceso a determinados puestos de trabajo, cuando dicha exigencia derive de la naturaleza de las funciones a desempeñar en los mismos y así se contemple en las relaciones de puestos de trabajo.

Sobre la base de estas consideraciones, la STC 270/2006 estima parcialmente el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación contra el Decreto 117/2001, del Gobierno Vasco, declarando la inconstitucionalidad y la nulidad del artículo 7.1 y de la Disposición Adicional Tercera de dicho Decreto.

El artículo 7.1 determina que en las relaciones de puestos de trabajo debe existir un porcentaje de puestos de trabajo que han de tener asignado el correspondiente perfil lingüístico, concretando que dicho porcentaje no será inferior a un determinado índice, que habrá de aplicarse de forma gradual en el tiempo. Dicho precepto resulta opuesto a la doctrina de la STC 253/2005 y al artículo 530 LOPJ, puesto que no vincula la exigencia del conocimiento de la lengua autonómica a la naturaleza de las funciones a desempeñar en cada puesto de trabajo, sino que hace extensiva dicha exigencia a la totalidad de las relaciones de puestos de trabajo.

La Disposición Adicional Tercera afecta a Jueces, Magistrados, Secretarios Judiciales y Fiscales, y su aplicación queda diferida a futuros convenios con el Ministerio de Justicia y con el CGPJ y, en consecuencia, a lo que en éstos se determine. No obstante, además de las actividades de formación prevé incluir a Jueces, Magistrados, Secretarios judiciales y Fiscales en las medidas de normalización lingüística dispuestas por el Decreto 117/2001, siendo así que estas últimas actuaciones corresponden al Estado y, por tanto, exceden del ámbito competencial autonómico.

B) El cambio de puesto de trabajo por incapacidad permanente parcial debe efectuarse de conformidad con los requisitos y con el procedimiento establecidos

Según declara la STSJ de La Rioja de 18 de julio de 2006, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 229607, en los supuestos de incapacidad parcial no existe un derecho incondicionado al cambio de puesto de trabajo, sino que dicho derecho surge de la concurrencia de ciertos requisitos y tras la tramitación de un determinado procedimiento. En el caso de autos, el Acuerdo-Convenio para el personal funcionario al servicio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, condiciona el cambio de puesto de trabajo a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) declaración de incapacidad permanente total o parcial; b) solicitud de reingreso o de cambio de puesto de trabajo, y c) existencia de puesto de trabajo vacante o de los inmediatamente inferiores. A su vez, según dicho Acuerdo-Convenio, tras comprobar la concurrencia de tales requisitos, es preciso seguir el procedimiento que se detalla a continuación: a) determinación por el Equipo de Valoración y Orientación de la compatibilidad del nuevo puesto de trabajo con el estado del incapacitado; b) informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, favorable a la incorporación al nuevo puesto

de trabajo, y c) información a la Comisión Paritaria sobre la resolución de la solicitud presentada.

En el caso enjuiciado por la STSJ de La Rioja, tanto la Administración como la sentencia de instancia denegaron la solicitud de cambio de puesto de trabajo presentada por la interesada sin seguir el procedimiento oportuno.

5. DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Derecho a la libertad de expresión. Sólo ampara la crítica si se hace con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración del respeto a los superiores

La STC 272/2006, de 25 de septiembre, ha denegado el amparo solicitado por un guardia civil que fue sancionado por haber facilitado a periodistas información sobre la existencia de graves irregularidades en el funcionamiento interno de la Guardia civil, acusando a sus superiores jerárquicos de actuaciones arbitrarias e incluso ilegales y empleando juicios de valor ofensivos hacia ellos. En su defensa alegó que dichas manifestaciones publicadas en varios periódicos habían sido efectuadas en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión y en su calidad de representante de una asociación profesional legítimamente constituida (la actual Asociación Unificada de Guardias Civiles).

El TC vuelve a reiterar su doctrina sobre el alcance y los límites del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20.1.a) CE cuando de miembros de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se trata, recordando que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. Ello no significa, como puso de manifiesto la STC 69/1989, que haya de entenderse excluida toda libertad de crítica de los integrantes de los cuerpos o fuerzas de seguridad hacia sus superiores jerárquicos, o constreñido el ejercicio de la libertad sindical de los mismos, en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial de los derechos reconocidos en los artículos 20.1.a) y 28.1 de la Constitución, sino que únicamente queda excluida aquella crítica que fuese realizada sin la mesura necesaria.

Existen, efectivamente, determinados sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por razón de la función que desempeñan. Ello ocurre cuando se trata de miembros de las Fuerzas Armadas, ya que no debe olvidarse que resultan indispensables a la organización militar, para poder cumplir sus fines, las características de profunda jerarquización, disciplina y unidad, las cuales se verían en entredicho de quedar amparadas bajo el manto protector de la libertad de expresión conductas que fueran claramente indicativas de una desmesura en el ejercicio de la crítica a determinados aspectos de la actuación del Instituto armado. La debida mesura que en estos casos es exigible excluiría manifestaciones “levemente irrespetuosas”, en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte

de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares.

B) Derecho de reunión. Las limitaciones a su ejercicio deben ser proporcionadas y equilibradas teniendo en cuenta los valores en conflicto

La STC 275/2006, de 25 de septiembre, ha estimado el recurso de amparo interpuesto por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras contra la decisión de la autoridad gubernativa correspondiente por violación del derecho de reunión y manifestación (artículo 21 CE). Ante la comunicación de la intención del sindicato de ejercer este derecho fundamental, el Delegado del Gobierno en Madrid había dictado una resolución limitando considerablemente el acto comunicado a una sola concentración en el lugar señalado por los convocantes para el final del acto, bajo el pretexto de que dicha concentración produciría una paralización de uno de los núcleos urbanos más importantes de la capital.

El TC recuerda que el derecho de manifestación es un derecho fundamental, pero no es un derecho absoluto o ilimitado y, por ello, con el acto que se celebre no debe existir peligro para personas y bienes. Las reuniones que puedan producir prolongados colapsos circulatorios que impidan el acceso a determinadas zonas, imposibilitando por completo de este modo la prestación de servicios esenciales, con incidencia en la seguridad de personas o bienes, podrán considerarse contrarias al ejercicio del derecho de manifestación. Ahora bien, tras el análisis de las circunstancias del caso concreto, llega al convencimiento de que la Resolución de la Delegación del Gobierno que prohibió la manifestación en su totalidad y redujo las dos concentraciones propuestas a una única concentración final de una hora, lo hizo con una argumentación que “no sólo carece de razones fundadas de alteración del orden público, que son a las que este Tribunal vincula la posibilidad de prohibición, sino que, además, incumple el requisito de proporcionalidad al que debe someterse toda decisión limitativa del ejercicio del derecho de reunión”.

C) Derecho de huelga

a) Sólo cede cuando con su ejercicio se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren

La STSJ de Castilla y León de 14 de marzo de 2006, Ar. 154055, ha estimado el recurso interpuesto por un sindicato funcional contra la Orden de la Consejería de Educación por la que se establecían los servicios mínimos ante la huelga de profesores llevada a cabo en la Universidad de Valladolid. En concreto, dicha Orden consideró que debían estar mínimamente cubiertas las prestaciones necesarias de este servicio público, al menos en lo que se refiere a la realización de los exámenes programados de modo que no se lesionen los derechos legítimos de los estudiantes universitarios.

El Tribunal, no obstante, reconoce que en la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión de la huelga, su duración y demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute. Sin embargo, en el caso concreto, los derechos legítimos de los estudiantes universitarios no es un concepto equiparable a servicios esenciales, y mucho menos cuando la lesión a aquéllos consiste simplemente en un cambio de fechas de sus exámenes. Por tanto, si no había servicios esenciales afectados por el paro convocado no existía justificación alguna para fijar los servicios mínimos acordados.

b) Debe ser un órgano de naturaleza política y no administrativa el que determine los servicios mínimos

La **STC 310/2006, de 23 de octubre**, ha otorgado el amparo solicitado por la Asociación de refuerzos del Principado de Asturias contra la Resolución del Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias en la que se establecían los servicios mínimos del área de salud con ocasión de una huelga de personal sanitario.

El Tribunal anula dicha resolución por entender que el órgano que estableció los servicios mínimos carece de la neutralidad e independencia que viene exigiendo la jurisprudencia constitucional. En concreto, y en virtud de la Ley asturiana 1/1992, de 2 de julio, se atribuyó al Director Gerente del Servicio de Salud asturiano la facultad de “fijar los servicios mínimos en los casos de huelga del personal, previa consulta a las centrales sindicales más representativas”. Sin embargo, tras estudiar detalladamente el régimen jurídico al que se sujeta el Director Gerente, como ya hiciera la **STC 296/2006, de 11 de octubre**, llega a la conclusión de que no se trata de un órgano político, esto es, políticamente responsable ante los ciudadanos de modo directo o indirecto, sino que le conviene la calificación de órgano de gestión y que, precisamente por ello, no reúne las condiciones de neutralidad e independencia necesarias para que la atribución de la competencia para fijar los servicios mínimos en caso de huelga pueda considerarse como respetuosa con el contenido del derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 CE.

El TC ha asumido como criterio diferenciador definitivo, el de la responsabilidad política, que ciertamente no puede ser atribuida a órganos administrativos, lo que los distingue de los que ejercen propiamente potestades de gobierno. En efecto, sólo órganos políticos que respondan ante la comunidad en su conjunto pueden asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho constitucional de huelga de determinados ciudadanos; ya que sólo órganos de tal naturaleza se encuentran estructuralmente capacitados para adoptar medidas que tengan en cuenta tanto los intereses de los huelguistas, como los de la ciudadanía en general, asegurando, por imperativo constitucional, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (STC 26/1981, de 17 de julio).

La apreciación de la vulneración del derecho a la huelga en la designación del Director Gerente como órgano competente para la fijación de los servicios mínimos determina, a juicio del Tribunal, la vulneración del derecho de huelga.

6. DERECHOS LABORALES

A) La reducción de jornada. No exige que el funcionario invoque los motivos para su petición

La STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2006, Ar. 110867, ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por un Ayuntamiento frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Toledo que había estimado el derecho de la funcionaria recurrente a obtener la reducción de su jornada laboral.

La interesada, Auxiliar de un Ayuntamiento toledano, había solicitado la reducción de jornada, de modo que dicha jornada quedase configurada como una diaria de 9 a 14 horas, con la correspondiente reducción retributiva, todo ello con base en el apartado cuarto.1 de la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 10 de marzo de 2003, que establece expresamente esta posibilidad percibiendo el 75 por 100 de sus retribuciones. La recurrente no había acreditado las causas por las que decía pedir la reducción, a saber, fatiga y necesidad de cuidar a familiares de avanzada edad. Al respecto dirá la Sala, no obstante, que si la Administración no tuvo por ciertos los motivos alegados, debió permitir a la interesada la aportación de pruebas sobre los mismos (artículo 80.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común) y que, en cualquier caso, la norma de aplicación no exige la acreditación —ni siquiera invocación— de los motivos para la petición de reducción. Con base en esta argumentación desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento y confirma el derecho de la funcionaria recurrente a obtener la reducción de su jornada.

7. DERECHOS COLECTIVOS

A) Negociación colectiva

a) No puede ser objeto de negociación la creación de un nuevo permiso para visitar a familiares presos

La STC 294/2006, de 11 de octubre, ha estimado parcialmente el conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno contra el Decreto del Gobierno vasco 309/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el “II Acuerdo con las organizaciones sindicales sobre la modernización en la prestación del servicio público de la Justicia y su repercusión en las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia”. En consecuencia, ha declarado nulas las disposiciones del Decreto relativas a la instauración de un nuevo permiso que permite al personal de la Administración de Justicia visitar parientes hasta el segundo grado de consanguinidad que estuvieran cumpliendo penas privativas de libertad, y ello por considerar que se trata de una figura que no tiene su correlato en la normativa estatal. Dicha regulación, a juicio del Tribunal, debe corresponder al Estado en garantía de la homogeneidad del estatuto jurídico de dichos cuerpos.

X. Función Pública

Como consecuencia de ello, el establecimiento por la Comunidad Autónoma del País Vasco de estas específicas modalidades vulnera las competencias del Estado, toda vez que la regulación orgánica ha otorgado a la competencia normativa de las Comunidades Autónomas para fijar únicamente “la forma y el procedimiento” para el otorgamiento de estos permisos, sin que ello abarque en modo alguno la posibilidad de establecer otros nuevos. Es precisamente ese carácter diferenciado del permiso y aditivo al sistema general lo que entra en colisión con el régimen de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello no obsta, sin embargo, a que la autoridad llamada a la concesión del permiso del artículo 503.1 LOPJ pueda, en su caso, concederlo para el fin a que se refiere el precepto impugnado; pero en todo caso no como permiso autónomo.

b) Los Acuerdos que pretenden sentar las bases para iniciativas futuras no tienen carácter normativo

La STS de 10 de julio de 2006, Ar. 5997, ha desestimado el recurso interpuesto por varios sindicatos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el *Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública*, entre otros motivos, porque contemplaba importantes medidas sobre movilidad y provisión de puestos de trabajo, jornada de trabajo y horarios que, a juicio de los recurrentes, afectaban a los derechos históricos de los funcionarios y limitaban el papel del legislador.

El Tribunal, no obstante, desestima el recurso por considerar que dicho “Acuerdo no tiene alcance normativo, no comprende una regulación general, ni pretende hacerlo. Se limita a plasmar la coincidencia a la que han llegado la Administración y los sindicatos firmantes sobre la persecución de una serie de objetivos cuyo logro debe redundar, en último extremo, en beneficio de los ciudadanos, ya que en función de él se concibe la modernización y la mejora de la Administración Pública que se persigue. Es decir, el acuerdo contempla una serie de actuaciones –medidas– que han de ser concretadas y recogidas en los planes estratégicos plurianuales de recursos humanos. Se trata de criterios que, para cobrar virtualidad, habrán de ser adoptados por la Administración a través de las formas jurídicas que, en cada caso, procedan”. Así, pues, no sólo no se introducen normas, sino que tampoco se adoptan decisiones sobre funcionarios, procedimientos o situaciones concretos. Solamente se hace referencia a propósitos futuros que habrán de instrumentarse por los cauces procedentes.

8. DERECHOS SINDICALES. ES LÍCITA LA CONSTITUCIÓN DE SECCIONES SINDICALES AGRUPANDO VARIAS DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN UNA MISMA UNIDAD ELECTORAL

La STS de 31 de marzo de 2006, Ar. 2080, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado frente a la STSJ de Valencia que había reconocido a un sindicato el derecho a constituir una sección sindical en el ámbito de las dependencias del Ministerio del Interior en Valencia. La Sentencia, ahora confirmada, había fallado en ese sentido porque estimó que las peculiaridades de la actividad

sindical en las Administraciones Públicas impiden considerar equivalente el significado de “empresa” recogido en la Ley Orgánica 11/1985, al de cada Administración Pública con personalidad jurídica propia, porque ello conduciría al absurdo de que sólo se pudiera constituir una sección sindical única para toda la Administración del Estado con la imposibilidad consiguiente de aplicar, en cuanto al número de delegados sindicales, lo dispuesto en la citada Ley por no existir una Junta Personal única según el artículo 7 de la Ley 9/1987.

La Sentencia había considerado inadecuado para la acción sindical de los funcionarios públicos que sólo las secciones sindicales constituidas en dependencias o sedes administrativas con más de doscientos cincuenta trabajadores pudieran estar representadas por los delegados sindicales elegidos por y entre los funcionarios afiliados a los sindicatos con presencia en las Juntas de Personal. Y ello porque, aunque las oficinas sean varias y se encuentren dispersas, no dejan de constituir una “unidad de producción” en relación con la prestación del servicio público. Por todo ello, concluyó que el ámbito equiparable e idóneo para llevar a cabo la acción sindical es el de las Unidades Electorales para la constitución de las Juntas de Personal por ser el único que permite la representatividad sindical en la forma regulada por el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1985, en relación con el artículo 7 de la Ley 9/1987.

9. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Complemento específico

a) Es ilegal diferenciar a través del nivel profesional y el complemento específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido

Varias funcionarias del Cuerpo de Controladores Laborales en la Dirección Provincial de Barcelona interpusieron un recurso contencioso-administrativo dirigido contra una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que había desestimado sus solicitudes de que a sus puestos de trabajo se les asignara el nivel 22 y el complemento específico correspondiente a ese nivel. La Sala de instancia consideró que la actuación administrativa había supuesto una discriminación contraria al artículo 23.2 de la Constitución, toda vez que en la Relación de Puestos de Trabajo se habían establecido dos grupos distintos para los Controladores Laborales, uno con el nivel 22 y otro con el nivel 18. Sin embargo, a pesar de tener esos diferentes niveles y de percibir distintos complementos retributivos, realizaban exactamente las mismas funciones y cometidos y asumían las mismas responsabilidades, sin que existiera ninguna instrucción, circular, nota, orden o similar que estableciera criterios de diferenciación, en cuanto a las funciones o en cuanto a cualquiera de los demás aspectos del desempeño del puesto de Controlador Laboral, derivada del distinto nivel de Complemento de Destino.

El Abogado del Estado interpuso un recurso de casación ante esta sentencia, que ha sido finalmente desestimado por la **STS de 19 de julio de 2006**, Ar. 4648, tras corroborar que efectivamente la sentencia de instancia había comprobado la existencia de una discriminación carente de justificación objetiva y razonable, pues no es objetivo ni razonable diferenciar a través del nivel profesional y el complemento específico unos puestos de trabajo que tienen exactamente el mismo contenido. El hecho básico apreciado para ello fue que en la Relación de Puestos de Trabajo –RPT–, y en lo que se refiere a los Inspectores de Trabajo, había dos grupos: uno con el nivel 26 y otro con el nivel 25.

En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, la **STS de 19 de julio de 2006**, Ar. 5908 y la **STS de 19 de julio de 2006**, Ar. 4648, aunque en este caso con ocasión del distinto nivel, complemento de destino y complemento específico que las Relaciones de Puestos de Trabajo habían asignado a los puestos de Inspectores de Trabajo y controladores laborales, respectivamente. Y ello porque, a juicio de la Sala, no hay diferencia alguna ni desde el plano del contenido funcional del puesto de trabajo, ni desde el plano de las condiciones particulares que legalmente determinan el complemento específico, porque, siendo cierto que los complementos de destino y específico responden a finalidades diferentes y los determinan hechos igualmente distintos, ambos complementos tienen una naturaleza objetiva y no subjetiva.

b) Es lícita la atribución de diferentes complementos retributivos a puestos de trabajo que tienen la misma denominación en la Relación de Puestos de Trabajo

La **STS de 27 de marzo de 2006**, Ar. 2047, se ha pronunciado acerca de si es posible que puestos de trabajo identificados en la relación correspondiente con la misma denominación y a los que se les asignan las mismas funciones principales lleven aparejadas retribuciones diferentes en concepto de complementos de destino y específico. El Tribunal concluye que “la inclusión en las relaciones de puestos de trabajo de varios de éstos con la misma denominación, pero con diferentes niveles de complemento de destino y distinto complemento específico, no implica necesariamente que no puedan existir diferencias entre ellos en lo que hace a algunos aspectos de su contenido funcional y a las condiciones particulares que legalmente permiten el reconocimiento del complemento específico”. Y de ello se deriva que esta omisión, por sí sola, no impone la necesidad de calificar como injustificadamente discriminatoria la distinción establecida sobre esos complementos, en cuanto que ello no descarta que efectivamente puedan existir elementos o aspectos adicionales, no indicados en la RPT, que justifiquen esa diferencia de complementos.

Aunque el propio Tribunal apunta a que esta técnica no es la más adecuada o conveniente, tiene en cuenta que en el caso concreto planteado se trataba de plazas que tenían distinta ubicación en el organigrama de la Administración universitaria, lo que puede guardar relación con la distinta asignación de complementos por el distinto grado de complejidad o responsabilidad de las tareas propias de cada uno de los puestos.

En el mismo sentido se ha pronunciado también la **STSJ de Castilla y León de 3 de marzo de 2006**, Ar. 118494, que ha recopilado la línea jurisprudencial señalada al respecto por

el TS, insistiendo en que las indicaciones que en las relaciones de puestos de trabajo han de figurar “no son exhaustivas en cuanto a la descripción del contenido, aspectos y características de todos y cada uno de los puestos que aparezcan en dichas relaciones, pues la inequívoca limitación de las características que han de ser indicadas únicamente a las ‘esenciales’, significa que no todas ellas figurarán en la relación, y que, por consiguiente, es posible que algunas de esas características no aparezcan expresadas o consignadas en la relación, de modo que ha de aceptarse que es posible que ésta consigne para determinados puestos de trabajo con igual denominación diferente nivel de complemento de destino, y distinto importe del complemento específico, y, que a pesar de ello, no precise de manera detallada cuáles son los datos y condiciones particulares que determinan esas diferencias”.

B) Complemento de destino. Debe reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado y figurar en los presupuestos de las demás Administraciones Públicas

La STC 222/2006, de 6 de julio, trae su causa en la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1997. Los problemas de constitucionalidad que se plantean en este recurso son básicamente de dos tipos. Por un lado, porque regula la actualización de las retribuciones básicas y complementarias de los funcionarios autonómicos, así como los incrementos relativos a los altos cargos y asimilados, contradiciendo la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, que había establecido la congelación salarial de las retribuciones íntegras del personal al servicio de todo el sector. Y, por otro lado, porque omite las referencias en dicha Ley a las retribuciones complementarias de los funcionarios para ese año.

El Tribunal, siguiendo su inconcusa doctrina, declara la inconstitucionalidad de los incrementos de los funcionarios y de todos los altos cargos de la Administración Vasca en la medida en que forman parte de la Administración y les resultarían aplicables la finalidad de contención económica que inspiró la congelación salarial. Sólo quedarían fuera de esta restricción los incrementos retributivos correspondientes al Lehendakari. El Tribunal, efectivamente, considera que los Presidentes de las Comunidades Autónomas no han sido incluidos por el legislador básico en la decisión de congelación retributiva, y ello porque la figura del Presidente, a diferencia de lo que ocurre con los demás altos cargos, no forma parte de las Administraciones Autonómicas. Esa peculiar posición se deriva, no sólo de que dirijan los respectivos Consejos de Gobierno sino, muy singularmente, de sus otras dos funciones constitucionales, esto es, la de ostentar la suprema representación de la Comunidad Autónoma y también la representación ordinaria del Estado en la misma. En suma, “la argumentación expuesta conduce a concluir que el Lehendakari no ha sido incluido por el legislador básico en la esfera objetiva de la congelación retributiva, pues ésta sólo se refiere a la Administración de las Comunidades Autónomas y sus Presidentes no se integran en ella. Por tal razón, la Ley vasca recurrida no incurre en inconstitucionalidad al no someterlo a aquélla”.

Asimismo, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la omisión en la Ley vasca de la publicación de las retribuciones básicas y del complemento de destino. Aunque nos encontramos en un supuesto de congelación salarial, concluye el Tribunal que “la salvaguardia del principio básico determina, por conexión o consecuencia, que confirmemos la inconstitucionalidad de la omisión que hemos examinado en cuanto a la cuantía del complemento de destino, aunque en el caso de los complementos específico y de productividad tal incumplimiento no se ha producido, por las razones expuestas, teniendo en cuenta que, como se acaba de ver, la Ley de presupuestos generales del Estado tampoco refleja sus cuantías exactas”.

10. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL NO ELIMINA LA RELACIÓN FUNCIONARIAL NI, POR TANTO, EL EFECTO DE CESACIÓN DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de mayo de 2006, Ar. 212898, afirma que aun cuando en una situación de incapacidad temporal el funcionario no está prestando efectivamente sus servicios y no percibe sus retribuciones sino una prestación de la Seguridad Social, hay que entender que su situación administrativa es la de servicio activo con arreglo a lo previsto en el artículo del RD 365/1995 que, al definir dicha situación se refiere a quienes prestan servicios o desempeñan un puesto de trabajo, sin que se exija que esa prestación haya de ser efectiva. En cambio la situación de suspensión firme por tiempo superior a seis meses supone la pérdida del puesto de trabajo y de la relación funcional con todos los derechos inherentes, teniendo que solicitarse el reingreso al servicio activo. Desde este punto de vista no hay incompatibilidad posible por cuanto la situación de incapacidad temporal no afecta a la vitalidad de la relación de servicios sobre la que va a tener un efecto directo de cesación la sanción disciplinaria en los términos a los que ya hemos aludido.

BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
EVA DESDENTADO DAROCA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

XI. URBANISMO**Sumario:**

- 1. Ejecución del planeamiento.** A) Proyecto de urbanización: necesidad de planeamiento previo. B) Reparcelaciones urbanísticas: voluntarias discontinuas. **2. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) El incumplimiento de la condición impuesta en la licencia de obras justifica la denegación de la licencia de primera ocupación.
- 3. Disciplina urbanística.** A) Orden de demolición de lo indebidamente construido.

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO**A) Proyecto de urbanización: necesidad de planeamiento previo**

En la STS de 28 de junio de 2006, Ar. 3551, el Tribunal debe determinar la naturaleza de los proyectos de urbanización, con la finalidad de determinar si es posible declarar la nulidad o no de un proyecto de urbanización como consecuencia de la anulación de las normas de planeamiento urbanístico de las que el mismo traía causa.

En el supuesto concreto de que se ocupa la sentencia aludida, la sala de instancia declaró que los proyectos de urbanización “son verdaderos actos de ejecución del planeamiento”, “creando superficie edificable...”, y reconociendo la posibilidad de utilizar un recurso indirecto en relación con dichos proyectos de urbanización. Y partiendo de esta consideración, la sala de instancia procede a anular el proyecto controvertido, indicando que los mismos argumentos que se utilizan para anular las normas urbanísticas de que derivan, se pueden utilizar para anular los actos administrativos dictados en su aplicación.

La Entidad recurrente entendió que el proyecto de urbanización es un proyecto de obras, motivo por el cual no precisa la ulterior concesión de licencia de obras, y que lo imprescindible de él es su acomodo con el planeamiento vigente, y aunque éste se haya anulado, al no ser firme la sentencia anulatoria por estar pendientes sendos recursos de casación, no puede ser utilizado este argumento como causa de anulación del citado proyecto.

El TS indica que en supuestos encadenados, como es el caso que nos ocupa (diversas normas de planeamiento recurridas y anuladas así como sus actos de aplicación), de lo que se trata es de mantener unos criterios jurisdiccionales, adoptados en base a los principios de igualdad, seguridad jurídica o unidad de la doctrina, al quedar sin cobertura jurídica la actuación o determinación jurídica de rango inferior.

Así, aludiendo a unas sentencias anteriores (SSTS de 22 de febrero y 16 de marzo de 2002, RJ 2002, 2919), el TS señala que lo que la recurrente hace, en realidad, es repetir lo ya alegado ante la sala de instancia, sin combatir adecuadamente el pronunciamiento de la sala señalada, y que en realidad, no se trata de si los actos administrativos tienen ejecutividad o no, ni de si se ha pedido la ejecución provisional de la sentencia anulatoria, sino de que con ocasión de una licencia de obras (en nuestro caso, un proyecto de urbanización) cabe la impugnación indirecta del plan que haya sido aplicado para la concesión de aquélla, y si ese plan ya ha sido anulado, el tribunal sentenciador puede utilizar los mismos argumentos que empleó para anular el plan para anular también los actos dictados en su aplicación.

B) Reparcelaciones urbanísticas: voluntarias discontinuas

El TS, en STS de 1 de febrero de 2006, Ar. 2969, debe plantearse si es posible establecer en el planeamiento un aprovechamiento normal y un aprovechamiento máximo, imponiendo a los propietarios del suelo que deseen obtener ese aprovechamiento máximo al edificar, el deber de llevar a cabo una reparcelación voluntaria.

En primer lugar, el TS indica que el establecimiento del llamado aprovechamiento normal es una determinación del planeamiento impugnabile como cualquier otra, específicamente si aquél se hubiera fijado arbitrariamente o con un contenido tan exiguo que implicara un deber de compra de aprovechamientos superiores como único medio de obtener el normal y lógico beneficio de los solares existentes, lo que no es el caso que nos ocupa.

En segundo lugar, el TS “justifica el establecimiento de un aprovechamiento normal para el suelo urbano, que concreta y satisface el contenido del derecho de propiedad, y de un aprovechamiento máximo, que no pertenece al propietario de los terrenos en que se sitúa sino a los titulares de otros terrenos en suelo urbano destinados a uso dotacional, que sólo puede utilizar el propietario del uso edificable previo acuerdo con los propietarios de estos últimos terrenos o con el Ayuntamiento si el aprovechamiento derivado de aquéllos ha pasado a él, mediante indemnización o compra a dichos propietarios, y por eso las normas urbanísticas del Plan General prevén la posibilidad de que el propietario utilice ese aprovechamiento superior al normal si cede terrenos en suelo urbano destinados a equipamientos de los que resulte ese aprovechamiento acumulable, y así, el artículo 78.3 del Reglamento de Gestión Urbanística (RCL 1979, 319) ha previsto la posibilidad de que en suelo urbano y en los casos de reparcelación voluntaria la unidad reparcelable sea discontinua e incluso pueda referirse a parcelas aisladas, siempre que quede asegurado

el cumplimiento del Plan y no se irroque perjuicio a tercero” (FJ 1º), lo que llevó al TS a desestimar el motivo alegado por la recurrente.

2. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) El incumplimiento de la condición impuesta en la licencia de obras justifica la denegación de la licencia de primera ocupación

En la STS de 1 de febrero de 2006, Ar. 2969, se plantea el problema de si el incumplimiento de las condiciones de la licencia de obras puede ser causa de la negativa municipal a otorgar la licencia de primera ocupación una vez construido el edificio.

La recurrente había incumplido la condición impuesta en la licencia de ceder el correspondiente aprovechamiento urbanístico, al considerar que las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Salamanca, por las que se impone a los propietarios del suelo que deseen obtener el aprovechamiento máximo a edificar el deber de hacer una reparcelación voluntaria, eran nulas de pleno derecho. La Sala, siguiendo una consolidada jurisprudencia, expresada, entre otras, en las Sentencias de 22 de junio de 1981; 4 de mayo de 1982; 13 de marzo de 1999; 20 de marzo de 1999; 21 de diciembre de 1999, y 21 de enero de 2002, considera que las mismas son conformes a Derecho.

Respecto a si el incumplimiento de la condición establecida en la licencia de obras puede justificar la negativa a conceder la licencia de primera ocupación, y en contra de lo mantenido por la recurrente, para la que dicho incumplimiento no implica que la edificación levantada al amparo de la licencia no se ajuste al ordenamiento jurídico, que es lo que se debe controlar a través de la misma, la alta instancia jurisdiccional mantiene que la licencia de primera ocupación tiene como finalidad comprobar si se han respetado los términos y condiciones de la licencia de obras. Como la condición impuesta por ésta resulta ajustada a Derecho, su incumplimiento justifica la negativa a otorgar la licencia de primera ocupación por no haber observado la titular de la licencia de obras, a cuyo amparo se alzó la nueva edificación los requisitos legítimamente establecidos en el Plan General de Ordenación Urbana vigente para hacer uso de lo construido.

3. DISCIPLINA URBANÍSTICA

A) Orden de demolición de lo indebidamente construido

La STS de 28 de marzo de 2006, Ar. 3255, confirma en casación el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por el que se anula una licencia de rehabilitación de un inmueble y se ordena su demolición. Para el Tribunal Supremo la demolición acordada por la sentencia de instancia no se refiere a la totalidad del edificio, como mantenía la recurrente, sino a las obras de rehabilitación ejecutadas mediante la cobertura de una licencia de rehabilitación declarada ilegal y, por tanto, anulada.

El primer argumento esgrimido por la recurrente expresa que la demolición acordada conculca el principio de proporcionalidad, porque, a su parecer, la misma es una medida excepcional. El Tribunal Supremo, sin embargo, en contra de la referida tesis, ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios diferentes y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad, tal y como lo expresan las sentencias de este Tribunal de 28 de abril de 2000, 15 de octubre de 2001, 23 de octubre de 2001 y 2 de octubre de 2002.

Concretamente, el FJ 3º de la misma expresa que:

“En nuestra Sentencia de 3 de junio de 2003, hemos expresado también que la demolición de lo construido al amparo de una licencia declarada ilegal es una consecuencia natural de la nulidad de dicha licencia como medida precisa y adecuada para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, y en la fecha de 16 de mayo de 2002 declaramos que toda anulación de licencia comporta el derribo de la edificación a la que sirve de cobertura.

El carácter excepcional de la demolición, a la que alude la recurrente con base en las sentencias de esta Sala que cita, está en relación directa con la posibilidad de legalización, pero, en este caso, ha sido la Sala sentenciadora, al resolver la impugnación de la licencia, la que ha declarado que es contraria a derecho, y, por consiguiente, la ha anulado, cuya anulación comporta, según hemos indicado, la demolición de lo construido a su amparo (...).”

En segundo lugar, se alega por la recurrente que la Sala de instancia ha ignorado la doctrina jurisprudencial acerca de las garantías en el procedimiento urbanístico sancionador. Para la alta instancia judicial, sin embargo, este argumento arranca de una premisa errónea, cual es considerar que estamos ante un procedimiento administrativo sancionador en materia urbanística, lo que no se produce en el presente caso, ya que el Ayuntamiento concedió a la entidad recurrente licencia para rehabilitar un edificio a fin de destinarlo a viviendas y locales comerciales, resolución que fue objeto de impugnación en sede jurisdiccional por entender que la misma era contraria a derecho. El Tribunal *a quo* estimó dicha pretensión, anulando la licencia concedida y ordenando demoler lo edificado a su amparo. De este modo, no se está ante un procedimiento sancionador, sino ante una sentencia que ordena restablecer el ordenamiento urbanístico conculcado (FJ 4º).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
CONSUELO ALONSO GARCÍA
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
RUBÉN SERRANO LOZANO
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Consideración previa. 2. Bienes locales. A) Enajenación onerosa de bienes.

Modalidades de adjudicación. B) Enajenación gratuita de bienes. Incumplimiento de las condiciones finalistas establecidas en la misma. Jurisprudencia contradictoria.

C) Potestades administrativas. Potestad de recuperación de oficio. **3. Aguas continen-**

tales. A) Abastecimiento a poblaciones: extinción por vencimiento del plazo de una concesión de servicio público, no tratándose de un rescate. B) Autorización de siembra y plantación en terrenos de dominio público hidráulico: denegación improcedente.

4. Aguas marítimas. A) Deslinde: su objeto es delimitar los bienes naturalmente integrantes del demanio costero, inafectados en su condición por eventuales factores

externos. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existencia de

Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas. C) Puertos: Autoridades

Portuarias. **5. Montes: repoblación forestal. 6. Minas: aprovechamiento de los recursos**

minerales Sección B. 7. Propiedades públicas. Régimen económico financiero. A) Aguas

marítimas: puertos. B) Minas: canon de superficie de minas. C) Otro dominio público:

Dominio público local. a) Momento a partir del cual pueden exigirse tasas. b) Cálculo

de la cuota. D) Otro dominio público: en particular, utilización del dominio público lo-

cal por empresas suministradoras que prestan servicios a la generalidad del vecindario.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia 7968 a la 10215 de 2005 y la Constitucional desde la 84/2006, de 13 de marzo, hasta la 224/2006, de 6 de julio.

2. BIENES LOCALES

A) Enajenación onerosa de bienes. Modalidades de adjudicación

La STS de 25 de enero de 2006, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1142, se pronuncia sobre las diversas formas de adjudicación de los contratos de enajenación onerosa de bienes y, en particular, sobre la adjudicación directa de los mismos a una persona. En particular, en ella se dice que en el artículo 80 de la Ley de Régimen Local de 1986 se afirma que “las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública” y en el artículo 112.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 se dispone que “las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales”. Junto a lo expuesto es preciso referirse al contenido del artículo 118 de la propia Ley de Régimen Local en el que se configuran como “formas de adjudicación de los contratos de las Entidades locales las siguientes: 1ª Subasta. 2ª) Concurso. 3ª) Contratación directa”. Para completar el elenco normativo de aplicación al supuesto de autos, sigue diciendo la Sentencia, es preciso referirse al artículo 120.1.6 de la Ley de Régimen Local que explicita que: “1. La contratación directa sólo podrá acordarse en los siguientes casos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, sin perjuicio de aquellos en que proceda para el contrato de suministros: Los que no llegaran a adjudicarse por falta de licitadores, porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, o porque, habiendo sido adjudicadas, el empresario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre, en todos los casos indicados, que se acuerden con sujeción a las mismas condiciones y precio no superior a los anunciados, a no ser que por la Corporación se acuerde sacarlos nuevamente a la licitación en las condiciones que en cada caso se establezcan”.

Teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, en el que se habían producido varias subastas, el TS sostiene que en el caso concreto era lícita la adjudicación directa. Conclusión que tampoco resulta afectada por la aprobación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por cuanto los contratos de compraventa de bienes inmuebles se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicables a cada caso y, por tanto, esa remisión ha de entenderse referida de modo exclusivo a los artículos 80 de la Ley de Régimen Local y 112.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Y continúa diciendo la Sentencia comentada que aun entendiendo que la contratación directa haya sido sustituida por el procedimiento negociado de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ese hecho no priva a las Corporaciones Locales de la posible utilización excepcional del artículo 120 en los supuestos en él contemplados, puesto que el mismo quedó plenamente vigente tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos. Así, resulta también de la jurisprudencia de esta Sala y Sección expresada en la Sentencia de 20 de abril de 1998 en la que en relación con la adjudicación directa por un Ayuntamiento de la cesión del uso de una parcela, se expuso lo que sigue: “el artículo 83 del Real

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986 establece que el arrendamiento de bienes patrimoniales de las Entidades Locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por las normas jurídico-públicas que regulen la contratación, y estas normas son, en primer lugar, las que el propio Real Decreto-Legislativo contiene en sus artículos 111 y siguientes, entre las que se encuentra el artículo 120.1.6°, que autoriza la contratación directa cuando habiendo sido adjudicado el contrato por subasta o concurso, el adjudicatario no cumpliera las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que se acuerde con sujeción a las mismas condiciones y precio no superior a los anunciados”.

B) Enajenación gratuita de bienes. Incumplimiento de las condiciones finalistas establecidas en la misma. Jurisprudencia contradictoria

En el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 se establece que si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de serlo posteriormente se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Corporación local; si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes. En relación con dicho precepto es preciso indicar que se ha dictado una serie de Sentencias del TS que interpretan de forma diferente el citado precepto. Así, una primera línea jurisprudencial que se comentará a continuación entiende que transcurrido el plazo de treinta años, habiéndose destinado durante este tiempo el bien enajenado al fin previsto en la cesión, ya no resulta posible solicitar la reversión; mientras que existe una segunda línea jurisprudencial que entiende que esa previsión reglamentaria va en contra de la regulación de esta clase de donaciones modales, por lo que la obligación de la Administración donataria persiste con independencia del plazo transcurrido.

Puede comprenderse en la primera línea jurisprudencial la **STS de 24 de enero de 2006**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2728. Así, en dicha Sentencia se enjuicia el caso de una donación de un bien inmueble realizada al Estado en el año 1954 para construir un Gobierno civil y que con posterioridad ha dejado de destinarse a este fin. En relación con este punto el Tribunal Supremo afirma que si bien es cierto que no sería aplicable en su integridad el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, al haber entrado en vigor en fecha muy posterior, no conviene olvidar que sí que era aplicable el Reglamento de Bienes de 1955, desde la fecha de su publicación el 14 de enero de 1956, que en su artículo 97, en similitud con el artículo 111 del Reglamento de 1986, disponía que “todas las cesiones de bienes patrimoniales quedarán sujetas a estas condiciones; a) que los fines para los cuales se hubieran otorgado se cumplan en el plazo máximo de cinco años, y b) que su destino se mantenga durante los treinta siguientes. Transcurridos uno y otro plazo sin que se hubiesen cumplido las citadas condiciones, los bienes revertirán automáticamente de pleno derecho al Patrimonio de la Entidad cedente con sus pertenencias y accesiones”. Y es de recordar que la Sentencia de 16 de julio de 2003 hace aplicación del Reglamento de Bienes de 1955, para un supuesto similar.

Teniendo en cuenta la coincidencia de regulaciones entre los Reglamentos de Bienes de 1955 y 1986, el Tribunal considera que el bien inmueble ha estado destinado al fin público establecido en el condicionado de la enajenación durante treinta años y, en consecuencia, transcurrido el plazo previsto en ambos Reglamentos para la procedencia de la reversión. Además, aunque se entendiera que no había transcurrido dicho plazo, la supresión de los Gobernadores civiles tampoco afectaría al cumplimiento del fin, pues el cambio de destino del bien no ha sido debido, ni a la voluntad del donatario ni a sus propias conveniencias de organización, sino que le ha venido impuesta desde fuera y por imperativo de la Ley, y de otra, porque tras esa imposición legal, que le resultaba obligatoria e ineludible, ha destinado el bien a funciones y cometidos que son los más similares y congruentes con los que antes tenía, es decir, a Subdelegación del Gobierno.

También puede incluirse en esta primera forma de interpretar el plazo de treinta años la **STS de 24 de enero de 2006**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1149. En ella se admite la procedencia de la reversión por no haber transcurrido el citado plazo. En concreto, en la Sentencia citada se dice que estamos, por tanto, frente a una cuestión que ha sido objeto de frecuente tratamiento en la doctrina jurisprudencial. Y a continuación se afirma que la Sentencia de 28 de abril de 1993, Ar. 2777, recuerda que esta Sala “en Sentencia de 31 de octubre de 1988, Ar. 8338, ha declarado que la reversión de un solar y de lo en él edificado, a un Ayuntamiento, está prevista para el supuesto de incumplirse las condiciones pactadas, entre ellas, dedicarlo a finalidad distinta de la contemplada y en cuya atención se efectuó la donación”. Tesis también considerada en la Sentencia de 23 de noviembre de 1992, Ar. 9210, si bien aquí no se accede a la reversión al haberse acreditado que el bien seguía siendo usado para el fin en su momento cedido pero, además, el transcurso de más de treinta años veda el ejercicio de cualquier acción en el sentido pretendido. Criterio este último también mantenido en la Sentencia de 10 de junio de 1998, Ar. 4756, al afirmar que aunque “no esté explícitamente previsto un plazo de caducidad para el ejercicio de ese derecho de reversión, lo cierto es que se desprende con claridad indudable del precepto comentado —artículo 111 del Reglamento de Bienes de 1986— que, transcurridos ambos y sucesivos períodos, el cumplimiento de las condiciones impuestas, o el mantenimiento de la afectación de destino de los bienes deja de ser motivo legal para el ejercicio de la potestad reconocida por el artículo 111”.

Frente a esta forma de interpretar el plazo de treinta años, existe una segunda línea jurisprudencial que entiende que transcurrido el mismo la Administración continúa teniendo dicha obligación, siendo procedente en caso de incumplimiento la reversión. Puede citarse en este sentido la **STS de 14 de febrero de 2006**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2105. En ella se afirma que el destino durante treinta años de los bienes donados o cedidos al fin o destino contemplado en la donación o cesión, no exime —o libera— a la Administración donataria o cesionaria de la obligación de continuar con el cumplimiento del modo o carga impuesto por el donante o cedente, y, en consecuencia, el incumplimiento del mismo, aun trascurridos los treinta años, posibilita y permite el ejercicio de la acción de reversión. Criterio que fue admitido con anterioridad por la Sentencia de 12 de junio de 2001, Ar. 7983, en la que no se accedió a la reversión, por cambio de destino de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

los bienes cedidos –mediante donación modal– no obstante haber transcurrido casi cien años desde el momento de la expresada cesión; y, en el mismo sentido, debemos citar las Sentencias de 5 y 23 de junio de 2003, Ar. 5541 y 4587, así como 20 de enero de 2004, Ar. 1725, consecuencia de cesiones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Albacete en 1945 (esto es, habiendo transcurrido el plazo de los treinta años).

Dicha inaplicación del plazo de treinta años previsto en el Reglamento de Bienes lo justifica, en primer lugar, en que resulta complejo, una vez aceptada la naturaleza modal de la condición, y, confirmada la aplicación supletoria del Código Civil, proceder a la integración de esta norma legal civil (647 del Código Civil) –que obliga a mantener el modo o la carga del destino decidido, sin sujeción a plazo alguno–, con otra, reglamentaria y administrativa, que, sencillamente, y mediante el establecimiento del plazo, viene a desnaturalizar la institución modal alterando la voluntad del donante que constituye el elemento fundamental del mencionado tipo de donación. Y en segundo lugar porque tampoco podemos olvidar lo que acabamos de adelantar: el carácter reglamentario –y posterior– de las normas que impusieron el mencionado plazo de los treinta años, contenido en los Reglamentos de Bienes de las Entidades Locales de 1955 y 1986, cuando las normas legales anteriores no habían contemplado –y las posteriores siguen en la misma línea de no contemplar– plazo alguno para el mantenimiento del destino señalado a los bienes cedidos; así ocurrió con la Ley de Bases Municipal de 10 de julio de 1935 y con la Ley de Bases del Régimen Local de 17 de julio de 1945 (anteriores a la cesión de autos), y así ocurre con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local así como con el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprobó el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (posteriores a la misma); esto es, difícilmente una reglamentaria, administrativa y posterior puede incidir –y sin el respaldo de una norma legal– sobre una anterior donación modal, efectuada sin sujeción a plazos conforme a la norma legal que es el Código Civil, procediendo –además– a la desnaturalización de la misma.

Finalmente, la **STS de 14 de febrero de 2006** se pronuncia sobre el plazo para ejercitar la acción. En concreto, en ella se afirma que aceptada pues la naturaleza de donación modal de este tipo de cesiones habrá de convenirse que el artículo dedicado a las mismas en el Código Civil (artículo 647) no regula la acción para solicitar la revocación como consecuencia del incumplimiento del modo o carga impuesto, procediendo, por la analogía que la figura guarda con las acciones rescisorias y resolutorias, que la misma deberá tener cuatro años de duración, de conformidad con lo establecido en el artículo 1299 del mencionado Código Civil, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho determinante del incumplimiento y posibilidad de ejercitar la acción. Criterio que con ciertas dudas así ya lo había anticipado este Tribunal con la doctrina establecida en las Sentencias de 12 de marzo de 1991, Ar. 1985, y 28 de septiembre de 1992, Ar. 7025.

Al margen de la Sentencia comentada, en esta segunda línea jurisprudencial también es posible comprender la **STS de 21 de febrero de 2006**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1932, cuyas afirmaciones coinciden con las contenidas en la STS de 14 de febrero de 2006 que se acaba de comentar.

C) Potestades administrativas. Potestad de recuperación de oficio

La STS de 28 de diciembre de 2005, Sala Cuarta, Sección Tercera, Ar. 1322 de 2006, se pronuncia sobre la configuración de la potestad de recuperación de oficio, resumiendo la jurisprudencia anterior del mismo Tribunal. En concreto, en ella se afirma que efectivamente la jurisprudencia de esta Sala viene insistiendo en el carácter estrictamente posesorio que corresponde a la potestad de recuperación de los bienes de dominio público que tiene reconocida la Administración y en que ésta es la razón por la que dicha potestad viene recibiendo la denominación de *interdictum propium*. En línea con lo anterior, continúa diciendo la Sentencia, ha declarado que no es menester que la Administración acredite la plena titularidad demanial, porque lo que se protege es la pérdida o perturbación del hecho de la posesión; así como que el ejercicio de la facultad de recuperación se reconoce sin perjuicio de la acción de quien se crea titular de los bienes sobre los que se ejercita el *interdictum propium* para reivindicarlos ante la jurisdicción civil. Pero esa misma jurisprudencia sostiene que para el válido ejercicio de esa potestad de recuperación de oficio de los bienes de dominio público sí es exigible a la Administración pública un principio de prueba sobre la posesión pública del bien de cuya recuperación se trate y sobre su indebida usurpación o perturbación posesoria por parte del particular frente al que se intente la recuperación. Muestra reciente de esa jurisprudencia son las Sentencias de 23 de abril de 2001, Ar. 4241, y 11 de julio de 2001, Ar. 6088, que citan otras tantas anteriores.

Por lo que respecta a la prueba sobre la posesión y la indebida usurpación, en la Sentencia comentada se afirma que en la Sentencia de 23 de abril de 2001, Ar. 4241, se dice que, dado el carácter excepcional de la facultad, sólo cabe ejercitarla cuando se encuentra respaldada por una prueba acabada y plena, y añade que debe existir una plena identidad entre lo poseído por la Administración y lo usurpado por el particular; y en la Sentencia de 11 de julio de 2001, Ar. 6088, se sostiene que lo cierto es que es absolutamente preciso que el previo uso y detentación posesoria por parte del Ayuntamiento recurrente haya quedado establecido de modo medianamente convincente, sin necesidad de complicados juicios valorativos, bien porque conste la utilización con ese carácter por una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica, bien a través de una actividad de conservación y cuidado del camino por parte del ente público, bien por cualquier otra circunstancia análoga (Sentencias de 4 de junio de 1991, 13 de febrero de 1989, 2 de octubre de 1997, 25 de marzo, Ar. 2782, 7 de julio y 14 de octubre de 1998, Ar. 7658, entre varias otras).

3. AGUAS CONTINENTALES**A) Abastecimiento a poblaciones: extinción por vencimiento del plazo de una concesión de servicio público, no tratándose de un rescate**

La STS de 7 de febrero de 2006, Ar. 2824, confirma la Sentencia del TSJ de Valencia que había sido impugnada por la empresa “Gestagua, SA”, y que consideró que la Resolución del Ayuntamiento de Callosa de Segura (Alicante) de septiembre de 1996, comunicando

la extinción de la concesión de servicio público a la citada empresa es conforme a derecho, pues no se trata en este caso de un rescate que pudiese implicar indemnización a favor del contratista de acuerdo con la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, sino que estamos ante el vencimiento del plazo de la primera prórroga fijada según las cláusulas del pliego de condiciones. La controversia principal estribaba en si había que notificar la extinción con tres meses de antelación o podía servir una comunicación municipal expresando la voluntad de finalizar la relación contractual en un tiempo diferente. El TS entiende que es acertado aplicar el artículo 1282 CC que versa sobre la interpretación de los contratos con carácter general, y que dispone que para juzgar de la intención de las dos partes, hay que estar principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. En el presente litigio, ya quedó probado en primera instancia que la empresa “Gestagua, SA” conocía desde 1994 la voluntad municipal de poner término al contrato vigente en aquel momento con base en las cláusulas contractuales que fijaban un plazo de duración de 5 años, prorrogables por períodos de un año.

B) Autorización de siembra y plantación en terrenos de dominio público hidráulico: denegación improcedente

Según resulta del artículo 72.2 del RDPH, dentro del trámite de información pública que ha de concurrir en el procedimiento de otorgamiento de autorización para siembra y plantación en terrenos de dominio público hidráulico, en el caso de que se presenten peticiones en competencia se preferirá al propietario colindante, salvo que se haya presentado alguna solicitud de una entidad pública, en cuyo supuesto se dará preferencia a esta última. En la **STC 246/2006, de 24 de julio** (BOE de 18 de agosto) se recuerda la existencia de este precepto, y se pone en relación con el artículo 14 de la CE (derecho de igualdad) para llegar a la conclusión de que debe otorgarse el amparo solicitado por el Ayuntamiento recurrente (La Almarcha –Cuenca–), que pretendía la obtención de un permiso para siembra y plantación de determinados cultivos en el entorno del embalse de Alarcón frente a una Comunidad de usuarios.

Con la Sentencia del TSJ de Valencia aquí impugnada de 15 de julio de 2003 (que confirma la validez de la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Júcar denegatoria de la autorización controvertida), se cambia de criterio ante supuestos idénticos respecto de una Sentencia del mismo TSJ de 5 de abril de 2003, sin motivación alguna que lo justifique. Se ha vulnerado así el derecho fundamental a la igualdad, debido a que en la Sentencia aportada como elemento de comparación concurren las siguientes características: los supuestos de hecho son sustancialmente iguales (en el otro caso el Ayuntamiento actuante era Olivares de Júcar que también concurría en competencia con una Comunidad de regantes), el órgano judicial es el mismo (se trataba en las dos controversias de la Sección 3ª del TSJ ya mencionado), de manera que se puede considerar como un antecedente inmediato en el tiempo que hay que tener en cuenta para un nuevo pronunciamiento, a excepción de que se justifique un cambio de criterio, lo que no ha concurrido en esta ocasión. En la STSJ de Valencia de 5 de abril de 2003 se anuló la Resolución denegatoria de la Confederación Hidrográfica del Júcar sobre autorización para siembra y plantación de cultivos solicitada por la entidad municipal, al carecer de motivación dicha denegación.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde: su objeto es delimitar los bienes naturalmente integrantes del demanio costero, inafectados en su condición por eventuales factores externos

Otra vez hay que insistir en que es sólo su naturaleza el elemento que determina la consideración demanial de un bien, de manera que factores externos a la misma carecen de fuerza para alterar lo que geomorfológicamente no ha variado. Y ello aunque se trate de contingencias de la máxima intensidad, como puede ser su incorporación a procesos urbanizadores —edificaciones incluidas— y la existencia de inscripciones registrales en favor de particulares que, por mor de los nuevos efectos reconocidos al deslinde (declaración posesoria y de titularidad dominical en favor de la Administración), nunca pueden prevalecer frente a la naturaleza. La prohibición de enclaves particulares en el dominio público costero es, asimismo, elemento adicional para reivindicar la demanialidad de los terrenos que naturalmente, y por posterior concreción legal, deben ser tales; enclaves que, de ser legítimos conforme al ordenamiento vigente en el momento de su realización, habrán de ser indemnizados en los casos en que se prive de ellos a sus titulares a resultados del deslinde, tal y como prevén las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas (STS de 28 de septiembre de 2005, Ar. 2018 de 2006).

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbanizable programado depende de la existencia de Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas

De nuevo hay que hacerse eco de otro pronunciamiento que analiza las Disposiciones Transitoria Tercera de la Ley de Costas y Transitoria Octava de su Reglamento, y que reitera la doctrina de la supeditación de la extensión de la servidumbre de protección sobre el suelo urbanizable programado (genéricamente fijada en 100 metros) a la aprobación definitiva por las Administraciones urbanísticas de un Plan Parcial. En el supuesto enjuiciado, éste no existía a la entrada en vigor de la Ley, por lo que no cabe reducir aquella limitación a los 20 metros previstos para los supuestos contrarios (STS de 20 de abril de 2006, Ar. 3026).

C) Puertos: Autoridades Portuarias

En esta ocasión, es dable destacar dos sentencias que se pronuncian sobre la organización interna de las Autoridades Portuarias y, más concretamente, sobre su composición y sobre el régimen jurídico aplicable a algunos de sus órganos.

En efecto, es conocido que la gestión, administración y explotación de los puertos de titularidad estatal —aquéllos, recuérdese, considerados de interés general— corresponde a las Autoridades Portuarias, actuantes bajo las directrices del ente “Puertos del Estado”. “Puertos del Estado” es un ente de derecho público que sujeta su actividad al Derecho privado, salvo en lo referido al ejercicio de las potestades administrativas que le confiere

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

el ordenamiento jurídico, y que asume la labor de ordenación del sistema portuario que es competencia del Estado. Las Autoridades Portuarias, por su parte, son también entidades de derecho público con personalidad jurídica propia y sujetas al mismo régimen general jurídico-privado, con idéntica excepción en favor del Derecho Administrativo.

Y es precisamente este último hecho el que determina, como señala la **STS de 30 de mayo de 2006**, Ar. 3352, que la relación a la que se sujetan los particulares titulares de los órganos de estas Autoridades Portuarias esté inmersa en la regulación del Derecho Público; que se trate de una relación jurídico-administrativa derivada de un nombramiento unilateral discrecional basado en la confianza. Dicho de otro modo: el vínculo existente entre estas personas y las Autoridades Portuarias es una relación de integración orgánica; de habilitación para encarnar los órganos que, por mor del ordenamiento jurídico, han de exteriorizar la voluntad de estas entidades en su condición de personas jurídicas diferenciadas. Por ello, es el Derecho Administrativo el que resulta de aplicación, sin que pueda verse desvirtuado por contratos de Derecho privado suscritos entre las partes. Y también por ello, es a la jurisdicción contencioso-administrativa a la que compete el conocimiento de cualquier litigio que se suscite en su relación.

Asimismo en relación a las Autoridades Portuarias, ha de hacerse referencia a la composición de su Consejo de Administración. En él, y por obvia consideración a los distintos intereses en presencia, deben tener representación, entre otros colectivos y Administraciones públicas, las organizaciones sindicales, en los términos y proporción que determinen las Comunidades Autónomas en cuyo territorio radiquen los puertos, a las que el artículo 40.1 de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante (LPMM) confiere esta facultad.

En el caso concreto de la normativa autonómica canaria, ésta había señalado al efecto a las “organizaciones sindicales más relevantes en el ámbito de la Autoridad Portuaria”, suscitándose dudas, precisamente para éstas, sobre la interpretación que debía darse al concepto, proponiendo por eso su sustitución por la más tradicional locución de “sindicatos más representativos”. La **STS de 13 de junio de 2006**, Ar. 3369, que se pronuncia sobre la cuestión, desestima tal pretensión por entender, en primer lugar, que la expresión se acomoda a la Ley a la que viene a desarrollar la norma autonómica (el mismo artículo 40, en su apartado 2, de la LPMM); en segundo, y relacionado, que no corresponde a un Decreto de desarrollo alterar las previsiones legales, y, en tercer lugar, que dificultades hermenéuticas del calificativo no justifican la sanción de nulidad de la norma autonómica, correspondiendo precisamente a cada Autoridad Portuaria, en función de su realidad concreta, determinar el significado preciso del concepto normativamente indeterminado.

5. MONTES: REPOBLACIÓN FORESTAL

En relación con esta materia, debemos mencionar en esta ocasión la **STS de 14 de febrero de 2006**, Ar. 2952, que confirma la decisión del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 1999, que consideró adecuada a Derecho la decisión de la Junta de Andalucía, que desestimó la petición de resolución del consorcio forestal de una finca en Córdoba.

En este caso, la Administración había reconocido que no se elaboraron los proyectos y planes de repoblación forestal, lo que dio lugar a que los propietarios de los terrenos objeto de controversia solicitaran la resolución del consorcio forestal.

Pero el TS, al igual que la Sala de instancia, consideran que este incumplimiento, a no ser que se traduzca en una deficiente gestión del monte, no da lugar a responsabilidad de la Administración gestora frente a los propietarios del monte.

Respecto a la elección de una variedad de pino distinta de la deseada por los propietarios, el TS estima que en el contrato de repoblación únicamente se hacía referencia a que se repoblaría con pino, pero sin especificar la especie, por lo que el supuesto bajo rendimiento de la especie elegida y el supuesto deterioro de la finca a los que hacen mención los recurrentes no debe dar lugar a responsabilidad del artículo 1104.2 del Código Civil.

Por lo demás, el Tribunal Supremo considera que la Junta de Andalucía ha cumplido con lo establecido en la legislación sobre repoblación forestal y en las cláusulas contractuales pactadas entre aquella y los propietarios de la finca, por lo que no existe aquí responsabilidad de la Administración ni tampoco concurre causa alguna para la resolución del consorcio forestal.

Por otra parte, y también sobre repoblación forestal, la **STS de 15 de febrero de 2006**, Ar. 2946, confirma la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo que llevó a cabo la Sentencia del TSJ de Andalucía de 7 de junio de 2000 y, por tanto, la resolución de un consorcio forestal suscrito en 1952 en una finca en la provincia de Córdoba para repoblar 454 hectáreas de arbolado (al amparo del artículo 42 de la Ley de Montes entonces vigente, y la Ley de 10 de marzo de 1941, de Patrimonio Forestal del Estado, y artículos 287 y siguientes del Reglamento de Montes de 1964), con la condena a la Junta de Andalucía a abonar una indemnización por daños y perjuicios ocasionados al propietario.

En este caso, a diferencia de la Sentencia comentada en los párrafos anteriores, el TS considera que la Administración ha incumplido de un modo reiterado y manifiesto varias de las cláusulas del consorcio suscrito, por lo que sí que existen motivos para admitir la resolución del mismo, y la obligación de abonar a los propietarios los daños y perjuicios causados (aunque no en la cantidad que pretendían los propietarios, sino en la señalada en la Sentencia de instancia).

6. MINAS: APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS MINERALES SECCIÓN B

En la **STS de 21 de marzo de 2006**, Ar. 1673, en la línea de otras muchas Sentencias comentadas en crónicas anteriores, se reproduce la línea jurisprudencial habitual del TS y se confirma el criterio del TSJ de Cataluña de 2003, que consideró adecuada a Derecho la

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

declaración de caducidad de una autorización para aprovechamiento minero de agua de manantial (Sección B de la Ley de Minas).

El motivo de la caducidad del aprovechamiento es el hecho de no haberse iniciado los trabajos dentro del plazo concedido por la Administración (6 meses es el plazo legal, cuando en este caso no se realizaron actuaciones durante 7 años) y por el incumplimiento de las condiciones impuestas en el permiso otorgado en su día por aquélla.

Todo ello, al amparo de lo establecido en los artículos 106 y siguientes del RD 2857/1978, de 25 de agosto, que aprobó el Reglamento de la Ley de Minas y artículos 83 y siguientes de la Ley 22/1973, de Minas.

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas marítimas: puertos

Continúa el aluvión de sentencias sobre la controvertida regulación de las exacciones portuarias, todas ellas sobre la adecuación de la normativa —estatal o regional— al principio de reserva de ley tributaria. Algunas dan la razón a los contribuyentes, en torno a la normativa no ajustada a las exigencias de la reserva de ley. Así tres **SSTS de 28 de febrero de 2006**, RJ 1566 a 1568 y un buen número de **SSTS de 30 de marzo de 2006**, RJ 2241 a 2244.

Varias Sentencias del TSJ de Andalucía, Sevilla, desestiman los respectivos recursos contra las resoluciones procedentes de la vía económico-administrativa que inadmitían las reclamaciones contra las tarifas por servicios portuarios (T-3) por entender que eran cuestiones propias de la jurisdicción civil. Se trataba de las **SSTSJ de Andalucía de 17 de noviembre de 2005**, JT 2006, 508; **2 de diciembre de 2005**, JT 2006, 568 y **16 de diciembre de 2005**, JT 2006, 570. En cambio, la **STS de 6 de marzo de 2006**, RJ 1935, aboga por la competencia del orden contencioso-administrativo.

Se han dictado asimismo varias sentencias sobre el régimen económico-financiero de los puertos que se evaden un tanto del interés de esta sección, pues en ellas se debaten cuestiones propias de su ejecución (**SSTS de 13 de marzo de 2006**, RJ 1832 y varias de **30 de marzo de 2006**, RJ 1682, 1683 y 2240).

B) Minas: canon de superficie de minas

Ha sido un debate tradicional si el importe de la prestación correspondiente a esta tasa fiscal se actualizaría a través de la previsión genérica de la ley de presupuestos en orden a elevar en un porcentaje representativo del IPC la cuantía exigible el año anterior. El problema se arrastra desde que la Administración cambió su criterio tradicional (mantener idéntica la cuantía en los sucesivos ejercicios) a partir de los años 1995 y 1996, girando liquidaciones que pretendieron actualizar dicho canon, aplicando los coeficientes de actualización en un principio genéricos que se contenían para las tasas en Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Como se ha expuesto en comentarios anteriores, las salas de los Tribunales no presentan unanimidad en sus pronunciamientos. En números anteriores comentábamos resoluciones del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y de los TTSSJ de Aragón y Castilla-La Mancha.

En este número presentamos una **STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2005**, JT 2006, 534, estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución desestimatoria del TEAR de Cataluña. Para el TSJ, hasta después de la Ley 25/1998 no existen Leyes de Presupuestos que verdaderamente actualicen el canon minero. Que, en cualquier caso, la actualización de las tarifas por esta vía no puede considerarse una mera adaptación a la realidad, sino una alteración sustancial necesitada de una ley tributaria sustantiva habilitante.

C) Otro dominio público: Dominio público local

a) Momento a partir del cual pueden exigirse tasas

La Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña da razón al contribuyente en un asunto en el que se discutía la legalidad de la imposición de tasas por ocupación de vías en las que no se han acabado las obras de urbanización y respecto de las que no se había acreditado suficientemente que se hubieran abierto al uso público. Se trata de la **STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2005**, JT 2006, 416. Dice el Tribunal que tratándose de una reparcelación la aprobación del correspondiente proyecto no convierte en terrenos de uso público local aquellos que irán destinados en su día a constituir vías públicas. Sin embargo, no cabe compartir tampoco que haya que esperar al acto de recepción de las obras de urbanización, que, en no pocas ocasiones, se dilata durante largo tiempo: las vías construidas serán ya de uso público. En el caso concreto se trataba de vías con vallas que prohibían el paso ante el estado inacabado de las obras de urbanización.

b) Cálculo de la cuota

La **STS de 14 de marzo de 2006**, RJ 1831, casa la Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2000, JT 2001, 355, estimando el recurso del Ayuntamiento declarando conforme a derecho una Ordenanza relativa a la prestación correspondiente por la utilización del dominio público local en mercado semanal. La Sala de Barcelona había estimado el recurso en el entendimiento de que había ciertas partidas que no podían repercutirse a los usuarios, esto es, las que pudieran subsumirse en los conceptos limpieza pública o vigilancia en general. El Tribunal Supremo desmonta que partidas como la que trata de cubrir el coste del puesto de trabajo del asentador de mercado fueran coincidentes con el servicio de limpieza de la vía pública ni con el de vigilancia pública en general. Y lo mismo respecto de otra partida que alude al personal de vigilancia y que afecta al servicio especial que se establece para el normal desarrollo del mercado.

La **STSJ de Aragón de 30 de diciembre de 2005**, JT 2006, 575, estima la cuestión de ilegalidad planteada contra un apartado de la Ordenanza reguladora de la tasa por utiliza-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

ción privativa o aprovechamiento especial de la vía pública por pasos, badenes o entradas de vehículos a través de aceras o calzadas. Se trataba de la tarifa especial para grandes almacenes. Se le imputa a la Ordenanza la falta de referencia de tal cuestión en la memoria económico-financiera.

D) Otro dominio público: en particular, utilización del dominio público local por empresas suministradoras que prestan servicios a la generalidad del vecindario

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Cataluña en **STSJ de 26 de septiembre de 2005**, JT 2006, 431, desestima el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Barcelona, de 28 de enero de 2005, desestimatoria de recurso contencioso-administrativo interpuesto contra liquidación girada por un Ayuntamiento en concepto de tasa por ocupación del suelo, vuelo y subsuelo de la vía pública, ejercicio 2002. Se admite la fórmula de cuantificación al 1,5 por 100 de la facturación respecto de empresas comercializadoras de energía eléctrica, aun cuando aquéllas no sean titulares de la red de distribución. Respecto del argumento que a veces se utiliza de que el refrendo de legal de esta tesis justificaba que antes de su incorporación a partir de 2003 no pudiera utilizarse, el TSJ defiende que se trataba de una norma no innovadora, sino meramente interpretativa o aclaratoria del régimen legal anterior. Dice asimismo el Tribunal que cuando el suministro no alcanzase la afectación a la generalidad del vecindario, sin embargo, el importe de la tasa se puede fijar utilizando el criterio porcentual siempre y cuando el importe de la tasa no exceda del valor que tendría en el mercado la utilidad derivada del aprovechamiento especial, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. Lo que sucedía en el caso de autos.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ País Vasco en **STSJ de 25 de noviembre de 2005**, JT 2006, 623, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Acuerdo del Ayuntamiento de San Sebastián por el que se aprobaba definitivamente la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por utilización privativa y aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales. Al entender de la recurrente, la inclusión de las empresas comercializadoras como sujetos pasivos de la tasa vulnera flagrantemente el principio de capacidad económica, solicitando a la Sala el planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad. Imputa además a esta modalidad la vulneración del artículo 33 de la Sexta Directiva de IVA, en cuanto que prohíbe el establecimiento de impuestos sobre volumen de negocios distintos del IVA.

La Sala declara ajustada la regulación de la tasa tanto al ordenamiento constitucional como al comunitario.

VICTORIA CARPI ABAD
CÉSAR CIRIANO VELA
ELOY COLOM PIAZUELO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**

A) Conservación de los hábitats naturales. Régimen de protección de un hábitat antes de la inscripción en los lugares de importancia comunitaria. Papel del Derecho y del juez interno. Directiva 92/43/CEE. B) Conservación de los hábitats naturales.

Incumplimiento de Portugal en relación a la exigencia de estudiar soluciones alternativas a un determinado proyecto. Directiva 92/43/CEE. C) Evaluación de las repercusiones de proyectos en el medio ambiente. Legitimidad de la actuación del Estado para que los particulares participen en determinados procedimientos de evaluación previo pago de tasas.

3. Actividades clasificadas. La ubicación natural de las estaciones depuradoras de aguas residuales será, como regla general, en suelo no urbanizable. 4. Declaración de impacto ambiental. Necesidad de realizar la declaración de impacto ambiental antes de la aprobación del Plan Parcial. 5. Espacios Naturales Protegidos.

A) La imposición de una sanción conforme al artículo 39.2 de la LCEN no es requisito necesario para exigir el pago de los daños y perjuicios ocasionados y la restauración del medio natural agredido prescritos en su artículo 37.2. B) La aprobación del PORN transcurrido un año desde la declaración por ley de un Espacio Natural Protegido recupera la eficacia de tal declaración si perduran las razones para su protección. **6. Aguas continentales.** A) Espacios naturales protegidos: sondeo de aguas subterráneas dentro del Parque Nacional de Cabañeros con ausencia de algún permiso. B) Vertidos: ubicación válida de proyecto de estación depuradora en suelo rústico; multa a un Ayuntamiento por infracción muy grave por contaminación de la calidad de las aguas; depósito de escombros en cauce. **7. Aguas marítimas.** A) Concurrencia de intereses en relación con el demanio costero. **8. Carreteras: Impacto ambiental. 9. Minas: Impacto ambiental. 10. Fiscalidad medioambiental.** A) Impuestos autonómicos ambientales: impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente de Extremadura. B) Impuestos autonómicos ambientales: impuesto sobre estancias en alojamientos turísticos. C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. a) ¿Se exporta el combustible contenido en los depósitos normales de los vehículos? b) Obligaciones formales de

los operadores económicos. D) Impuestos sobre el Transporte: Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de septiembre, octubre y mitad de noviembre de 2006; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia 1 a la 3095 de 2006 y la Constitucional desde la 179/2006, de 13 de junio, hasta la 297/2006, de 11 de octubre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Conservación de los hábitats naturales. Régimen de protección de un hábitat antes de la inscripción en los lugares de importancia comunitaria. Papel del Derecho y del juez interno. Directiva 92/43/CEE

La STJCE de 14 de septiembre de 2006, Sala Segunda, As. C-244/05, trata de la petición de una decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, en un asunto que oponía al Bund Naturschutz in Bayern eV y otros con el Freistaat Bayern. La cuestión se plantea a partir de la decisión del Gobierno de Baviera de 7 de marzo de 2002 de construir un tramo de una autopista a través de un territorio que implica el paso por unos terrenos que las autoridades alemanas competentes identificaron el 29 de septiembre de 2004 como lugares que podrían incluirse en los “Lugares de Importancia Comunitaria”. Una serie de personas recurrieron contra la decisión de construir la autopista a través de esos lugares, y el Tribunal Administrativo Bávaro suspendió el procedimiento planteando al Tribunal de Justicia comunitario algunas preguntas.

Las dos primeras preguntas que se plantean hacen referencia al régimen de protección que tendrían que merecer unos lugares incluidos por el Estado como susceptibles de merecer la inclusión en la lista de Lugares de Importancia Comunitaria a que se refiere el artículo 3 de la Directiva 92/43/CEE. El Tribunal, con el recuerdo a la Sentencia de 13 de enero de 2005, en el Asunto Draggagi y otros C-117/03 (comentada en el núm. 27 de esta Revista), afirma que las medidas de protección a las que se refiere el artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sólo son aplicables a la lista de lugares seleccionados como Lugares de Importancia Comunitaria aprobados por la Comisión pero no, entonces, a aquellos que meramente se incluyen en una propuesta de los Estados (punto 36 de la Sentencia comentada).

Eso no quiere decir que estos lugares en estado de propuesta no deban merecer protección. El Tribunal recuerda pormenorizadamente los objetivos que persigue la Directiva 92/43/CEE que sólo pueden ser cumplidos si los Estados configuran propuestas exhaustivas de lugares nacionales que cumplirían los criterios de la Directiva y, en particular, los

incluidos en su Anexo III. Es posteriormente y de acuerdo con estas propuestas que la Comisión decidirá.

Pero lo que es evidente, entonces, es que nos encontraríamos con lugares singulares necesitados de protección adecuada que tendría que provenir de medidas de los propios Estados. En palabras del Tribunal:

“Los Estados miembros no pueden, por lo tanto, autorizar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de un lugar tal como lo definen dichos criterios. Así ocurre, en particular, cuando una intervención conlleva el riesgo de reducir de forma significativa la superficie del lugar, o de provocar la desaparición de especies prioritarias existentes en él, o, por último, de tener como resultado la destrucción del lugar o la eliminación de sus características representativas” (punto 46 de la Sentencia).

La tercera y última pregunta del Tribunal administrativo bávaro era referida al propio derecho interno. Se demandaba, así, del Tribunal comunitario si el derecho bávaro protegía adecuadamente a estos lugares incluidos en las propuestas nacionales. El Tribunal comunitario rehúsa dar un juicio sobre el particular remitiendo a la regulación procesal de carácter interno ya que debería ser el juez interno quien diera su opinión sobre el particular.

B) Conservación de los hábitats naturales. Incumplimiento de Portugal en relación a la exigencia de estudiar soluciones alternativas a un determinado proyecto. Directiva 92/43/CEE

La STJCE de 26 de octubre de 2006, Sala Segunda, As. C-239/04, declara el incumplimiento de la República Portuguesa de las obligaciones que le incumben en relación a la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. En concreto se trata de la ejecución de una autopista que ha atravesado una Zona de Protección Especial constatando el Estudio de Impacto Ambiental las graves afecciones que se producen a distintas especies de aves. La Comisión reprocha a Portugal que no se estudiaran trazados alternativos tal y como se deduciría del artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/43/CEE. La Comisión estima que sin dificultades técnicas significativas y sobrecostes económicos poco razonables, podría haberse optado por un trazado alternativo que no tuviera incidencia sobre la Zona de Protección Especial.

Del desarrollo de la Sentencia se deduce que las autoridades competentes de Portugal estudiaron distintas soluciones técnicas pero siempre con el presupuesto de atravesar la Zona de Protección Especial y no se estudió ninguna solución que no la atravesara. Ello quiere decir que no se ha demostrado que hubiera falta de soluciones alternativas en el sentido exigido por la Directiva por lo que se condena a Portugal.

C) Evaluación de las repercusiones de proyectos en el medio ambiente. Legitimidad de la actuación del Estado para que los particulares participen en determinados procedimientos de evaluación previo pago de tasas

La STJCE de 9 de noviembre de 2006, Sala Segunda, As. C-216/05, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, declara la legitimidad de este país

(en realidad de un Estado miembro) de supeditar la participación de los particulares en los procedimientos de evaluación ambiental a que se refieren las Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE al previo pago de tasas. La cuestión tiene, pues, un máximo interés pues en torno a este hecho se han mantenido posiciones muy distintas. Puede apostillarse que en el ámbito del derecho español no existe ninguna tasa instituida por el ejercicio del derecho de participación a que se refieren estas Directivas (en su transposición específica al derecho español).

La Comisión Europea ha interpuesto el recurso por incumplimiento que da lugar a la Sentencia comentada frente a una norma irlandesa que somete al pago de tasas la participación en determinados procedimientos de evaluación ambiental. Los argumentos fundamentales de la Comisión rezan en torno a la afirmación de que un Estado sólo podrá introducir una tasa relacionada con procesos de participación pública regulados por una Directiva si la misma Directiva así lo ha previsto expresamente, tal y como sucede con la Directiva 90/313 o con la Directiva 2003/4/CE, relativas al acceso al público a la información ambiental (la segunda deroga a la primera, como es sabido); igualmente la Comisión afirma que la introducción de una tasa dificultaría el ejercicio de un derecho que la directiva reconoce.

Frente a ello el Tribunal afirma que el artículo 249.3 del Tratado CE dispone la obligación de los Estados en relación al resultado que debe conseguirse según la Directiva, pero deja a los Estados la elección de la forma y de los medios para conseguir ese resultado. Expresamente y a partir de esta premisa se niega la afirmación de la Comisión de que la posibilidad de imposición de tasas de los Estados sólo procedería cuando la misma Directiva hubiera previsto ese hecho. Decir lo contrario sería incompatible con la libertad de decisión que se deriva del artículo 249.2 Tratado CE (punto 28 de la Sentencia).

Ahora bien, la imposición de esta tasa no debe ser un obstáculo al ejercicio del derecho de participación que se deriva de la Directiva 85/337 (artículo 6) pero el Tribunal afirma que la misma existencia de la tasa no es incompatible con tal ejercicio. Cuestión distinta sería la opinión que se mantuviera si la cuantía de la tasa hiciera imposible el ejercicio de este derecho, pues entonces la misma finalidad perseguida por la Directiva quedaría perturbada. En el caso concreto, las cuantías de 20 euros (si el procedimiento se lleva a cabo ante las autoridades locales) y 45 euros (si se actúa ante la llamada Comisión de Recursos) no permiten concluir en tal resultado lesivo respecto al ejercicio de los derechos (puntos 43-46 de la Sentencia).

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS. LA UBICACIÓN NATURAL DE LAS ESTACIONES DEPURADORAS DE AGUAS RESIDUALES SERÁ, COMO REGLA GENERAL, EN SUELO NO URBANIZABLE

Al considerar correcta la doctrina sentada en anteriores sentencias que se citan en la que ahora comentamos, el TS declara, en su STS de 28 de diciembre de 2005, Ar. 2043/2006, haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que revoca, desestimando a su vez el recurso contencioso-adminis-

trativo originario interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Guipúzcoa, de 17 de noviembre de 1998, que aprobó definitivamente el proyecto básico de la estación depuradora de aguas residuales (EDAR), al llegar a la conclusión de que como regla general la ubicación natural de las EDARs será en suelo no urbanizable.

Para llegar a la anterior conclusión el Tribunal pone de relieve, recordando su doctrina al respecto, que el tratamiento de las aguas residuales que se realiza en las EDARs es una actividad clasificada como molesta e insalubre y en consecuencia a sus instalaciones les es de aplicación el artículo 4 del Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre) que prescribe el emplazamiento de las mismas a una distancia superior a 2.000 metros a contar del núcleo urbano más próximo. Prescripción que conduce incluso al rechazo de la argumentación de que el emplazamiento de las EDARs viniera determinado por el PGOU, basándose para ello en el inciso final del citado artículo 4 del Reglamento, y en especial en su expresión “en todo caso”, que permite entender que las ordenanzas municipales y los planes urbanísticos del municipio no pueden desoír la regla general establecida en este último inciso. Habiéndose pronunciado además en diversas sentencias por el carácter de “industria fabril” de las EDARs. Sentencias que interpretan el artículo 15 del propio Reglamento como una posibilidad excepcional en cuanto a un emplazamiento de estas actividades distinto al impuesto por el artículo 4 citado.

4. DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. NECESIDAD DE REALIZAR LA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL CON ANTERIORIDAD A LA APROBACIÓN DEL PLAN PARCIAL

El Tribunal Supremo, en su STS de 15 de marzo de 2006, Ar. 2308, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de instancia del TSJ de Castilla y León desestimatoria de los recursos contencioso-administrativos deducidos contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Miranda de Ebro por el que se aprobó definitivamente un plan parcial sin la previa aprobación de la evaluación simplificada de impacto ambiental.

La Sala de instancia fundamentó la desestimación de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el acuerdo municipal, sobre la base de que si bien la Resolución aprobatoria de la evaluación de impacto ambiental fue posterior al Acuerdo de aprobación del Plan Parcial, aquélla se produjo con anterioridad a la presentación de la demanda, sin que, por otra parte, ni en la demanda ni en las conclusiones del recurso judicial se produjera reproche alguno respecto al contenido de la Evaluación, limitándose los recurrentes a efectuar un mero reproche formal de inexistencia de la misma antes de la aprobación del plan, por lo que a entender de la mencionada Sala “aun para el caso de considerarse la existencia de vicio éste no sería invalidante del acto objeto del recurso”.

El TS, tras un análisis exhaustivo de las Directivas comunitarias y de la normativa interna reguladora de la evaluación de impacto ambiental, desde la certeza de que la declaración de impacto ambiental fue llevada a cabo con posterioridad a la aprobación del Plan Parcial, y siguiendo la doctrina sentada sobre la naturaleza de la Declaración de Impacto Ambiental en sentencias anteriores que cita reafirmandose en ella, resalta la especial na-

turaliza de la declaración de impacto ambiental, su carácter necesariamente previo y determinante de muchos aspectos de la autorización, para llegar a la conclusión de que el contenido material de la Declaración de Impacto Ambiental no puede convalidar o subsanar a posteriori una aprobación del planeamiento llevada a cabo sin la, previa y necesaria, toma en consideración de la mencionada Declaración.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) La imposición de una sanción conforme al artículo 39.2 de la LCEN no es requisito necesario para exigir el pago de los daños y perjuicios ocasionados y la restauración del medio natural agredido prescritos en su artículo 37.2

A la conclusión que incorpora el título precedente llega el Tribunal Supremo en su **STS de 16 de noviembre de 2005**, Ar. 750/2006, al resolver el recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Gobierno de Aragón para enjuiciar la correcta interpretación y aplicación del artículo 37.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (LCEN) determinante del fallo al que llegó la Sentencia de 28 de julio de 2004, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Teruel.

El Alto Tribunal declara en su sentencia haber lugar al recurso de casación en interés de la ley, fijando la siguiente doctrina legal: En general, y también cuando se ejerce la potestad sancionadora por una Comunidad Autónoma que no haya desarrollado normativamente el artículo 39.1 de la LCEN, la imposición de la sanción pecuniaria prevista en dicho artículo no es requisito ni presupuesto necesario para poder exigir al infractor los deberes de abonar los daños y perjuicios ocasionados y de restaurar el medio natural agredido que se prevén en el artículo 37.2 de dicha Ley.

B) La aprobación del PORN transcurrido un año desde la declaración por ley de un Espacio Natural Protegido recupera la eficacia de tal declaración si perduran las razones para su protección

Conforme a la posición mantenida por el TS en la **STS de 5 de abril de 2006**, Ar. 3089, las consecuencias del incumplimiento del plazo de un año desde la declaración de Espacio Natural Protegido sin que se haya aprobado el correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) son distintas si la declaración se hizo por Ley o por disposición de la Administración cuando se ha utilizado la facultad prevista en el artículo 15.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo (LCEN).

Si es la Administración quien, sin la previa aprobación del PORN de la zona, efectuase la declaración de Parque o Reserva por concurrir razones que así lo justifiquen, y, posteriormente, no aprobase el Plan en el plazo de un año, la disposición administrativa, por la que se declaró el espacio protegido, es nula conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala. Pero si tal declaración se hubiese efectuado por Ley, según prevé el artículo 18.1 de la LCEN, la consecuencia de no haberse tramitado y aprobado el correspondiente PORN

de la zona en el plazo de un año, conforme al artículo 15.2 de la LCEN, sería la pérdida de eficacia de tal declaración de Espacio Natural y la desaparición de todas las limitaciones inherentes a tal declaración. Ahora bien, si transcurrido el año se aprobase el correspondiente PORN, aquella declaración por Ley recuperaría su eficacia siempre que perduren las razones por las que se declaró el espacio protegido, en el caso objeto de debate en la sentencia, como Parque Regional en torno a los Ejes de los Ríos Manzanares y Jarama por la Ley 6/1994, de 28 de junio, de la Comunidad de Madrid.

6. AGUAS CONTINENTALES

A) Espacios naturales protegidos: sondeo de aguas subterráneas dentro del Parque Nacional de Cabañeros con ausencia de algún permiso

Conforme al artículo 38.12 de la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1989, es infracción administrativa toda realización de obras o trabajos en zonas sujetas a algún tipo de limitación sin la debida autorización, mientras que el artículo 39.1 de la misma norma añade que en este contexto las infracciones pueden ser calificadas de leves, menos graves, graves y muy graves, dependiendo de las circunstancias que concurran en cada caso. La **STC 252/2006, de 25 de julio** (BOE de 18 de agosto), parte de la existencia de estos preceptos para resolver el recurso de amparo que se le plantea. Así, ante la pretensión de la empresa “Agrícola del Acebuche, SA” de que se anule la sanción y la obligación de restitución ambiental impuestas por el organismo autónomo “Parques Nacionales” por sondeo de un pozo dentro del Parque Nacional de Cabañeros sin una de las autorizaciones necesarias, el TC decide únicamente anular la sanción, pero considera procedente la obligación de reponer las cosas a su estado anterior. La anulación de la sanción se decide con base en jurisprudencia constitucional preexistente, resultante de la **STC 100/2003, de 2 de junio**, que ya advirtió que en la interpretación del artículo 25 de la CE (principio de legalidad en materia sancionadora), no es posible la aplicación directa del artículo 39.1 de la LEMP en lo que a la gravedad del ilícito se refiere, ya que del mismo se deduce que la función de calificación de las infracciones se difiere a un posterior desarrollo normativo, sin el cual no es posible proceder a una aplicación directa de la Ley.

Sin embargo, sí que hay que mantener la restitución ambiental impuesta por el ente “Parques Nacionales”, no pudiéndose sostener que dicha orden vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), ya que el mencionado sondeo del pozo se llevó a cabo con autorización de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, pero sin contar con el permiso de aquel ente como prescribía el artículo 5.2 del Decreto de Castilla-La Mancha 23/1995, de 28 de marzo, en relación con el artículo 23.5.f) de la LEMP, vigentes ambos en 2002 cuando se emitió la Resolución administrativa discutida. No es óbice de este modo, que más adelante se declarasen nulas estas dos normas por los Tribunales (respectivamente, por STS de 25 de febrero de 2003, Ar. 3632 –que invalida el Decreto autonómico 23/1995, que aprueba el PORN de Montes de Toledo “Cabañeros-Rocigalco”–, y STC 194/2004, de 10 de noviembre –esta última como se recordará, declara inconstitucionales algunos preceptos de la LEMP de 1989, subrayando así que la gestión de los Parques Nacionales no corresponde a la Administración del Estado, sino a las Comunidades Autónomas–), pues ello posee efectos *ex nunc* o desde el momento de la anulación.

B) Vertidos: ubicación válida de proyecto de estación depuradora en suelo rústico; multa a un Ayuntamiento por infracción muy grave por contaminación de la calidad de las aguas; depósito de escombros en cauce

En la STS de 28 de diciembre de 2005, Ar. 2043 de 2006, se recuerda que la ubicación lógica de una estación depuradora de aguas residuales es el suelo rústico o no urbanizable, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de actividades clasificadas de 30 de noviembre de 1961 que prescribe que las industrias fabriles que sean consideradas insalubres (como lo es una EDAR) deben emplazarse a 2.000 metros de distancia del núcleo de población más próximo, y sólo en caso excepcional podrá autorizarse un emplazamiento distinto (artículo 15 del mismo texto). De ahí que no pueda considerarse acertada la Sentencia del TSJ del País Vasco ahora impugnada, que anuló un proyecto de EDAR aprobado por Acuerdo de la Diputación Foral de Guipúzcoa, y que atendió la pretensión de una empresa papelera de que debía justificarse la necesidad de situar el proyecto en suelo rústico. Como vemos, siguiendo la normativa aplicable, estamos ante un proyecto válido.

Siguiendo jurisprudencia anterior [v.gr., STS de 22 de diciembre de 2003, crónica XIII.6.C) del núm. 25 de esta Revista], la STS de 28 de febrero de 2006, Ar. 1934, reconoce que el Ayuntamiento (en este caso de Molina de Segura) al ser sancionado por una infracción muy grave por un vertido de aguas residuales proveniente de una estación depuradora (que no contaba con sistemas de depuración suficientes), sí que debe responder abonando tanto la elevada multa impuesta, como la cuantía fijada en concepto de indemnización por daños causados al dominio público hidráulico, ya que quedó demostrado a través de distintas tomas de muestras efectuadas por la Confederación Hidrográfica del Segura que la carga contaminante de los vertidos realizados excedía de los valores permitidos. No es atendible la pretensión del Ayuntamiento acerca de que sólo se tengan en cuenta los cálculos efectuados por la empresa concesionaria del servicio de abastecimiento y depuración, pues éstos prescinden de considerar los vertidos emitidos por las industrias. Y como ya se advertía en la STS de 22 de diciembre de 2003 que se acaba de mencionar, el titular de la autorización de vertido es el Ayuntamiento y, por tanto, el que responde ante una posible contaminación del medio hídrico, por lo que si se considera que los vertidos provenientes de las industrias son desproporcionados en relación al vertido de tipo doméstico, éstas habrán de solicitar el correspondiente permiso administrativo individualmente.

De acuerdo con el artículo 116.f) del TR de Lag. de 2001, incurren en infracción administrativa los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con autorización. La STSJ de Castilla y León de 21 de julio de 2006, Ar. 224.735 interpreta este precepto, llegando a la conclusión de que el Ayuntamiento (Medina de Pomar –Burgos–) sancionado con multa e indemnización por daños al dominio público hidráulico por acumular escombros y residuos en el cauce del río, no puede quedar exento de responsabilidad, porque no desvirtuó la prueba testifical de dos Guardas Fluviales del Organismo de cuenca que denunciaron en distintas ocasiones la acumulación de escombros y residuos que estaba efectuándose en zona de servidumbre y policía. Los informes de los agentes administrativos poseen un principio

de veracidad *iuris tantum* o que admite prueba en contrario, pero en este supuesto sólo se alegó por el Ayuntamiento que dicha actuación poseía carácter temporal, por lo que no se llegó a demostrar que el controvertido depósito no se llevase a cabo.

7. AGUAS MARÍTIMAS

A) Concurrencia de intereses en relación con el demanio costero

Las SSTs de 26 de octubre y 15 de diciembre de 2005, Ar. 2023 y 2042 de 2006, se pronuncian sobre una cuestión de fondo coincidente: la concurrencia de intereses en relación con el demanio costero, siendo uno de los presentes el ambiental. Sin embargo, y en consideración a las circunstancias concurrentes en cada caso, la solución jurídica a la que llegan es diversa.

En efecto. El primero de los pronunciamientos referidos dirime la articulación entre la competencia autonómica en materia de medio ambiente (que, en concreto, pretendía justificar la intención de la Comunidad Autónoma de realizar trabajos de acondicionamiento en el entorno de un vertedero) y la titularidad estatal sobre el demanio costero (que tiene por objeto garantizar su integridad y que, en este caso, amparaba la negativa estatal a las obras por considerar que afectaban perjudicialmente a una zona de marismas). El TS entiende aplicable aquí la consolidada doctrina constitucional conforme a la cual la meritada titularidad no excluye las competencias autonómicas sobre el dominio público marítimo-terrestre, si bien éstas, a su vez, carecen de potencialidad para alterar o sustraer el régimen estatal que, en último término, pretende satisfacer las exigencias del interés público. En función de la misma, declara prevalente la denegación estatal a las obras.

Por su parte, la segunda de las Sentencias indicadas razona sobre idéntica cuestión, en este caso materializada en la solicitud de suspensión cautelar por parte de la Administración costera estatal de la aplicación de una Orden autonómica dictada en ejercicio de las competencias ambientales; Orden por la que se crea una reserva marina que, entre otros extremos, prohíbe la extracción de áridos del demanio costero para preservar la diversidad biológica de los fondos marinos. El TS considera que la razón que fundamenta tal solicitud de suspensión [la necesidad de regenerar playas erosionadas por temporales, siendo estas obras de interés general ex artículo 111.1.c) de la Ley de Costas] es plenamente incardinable en los supuestos que contempla en artículo 119 de la misma norma, y que permiten impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa y solicitar su suspensión cautelar los actos y acuerdos contrarios al interés general tutelado por la Ley. Procede, pues, por esta razón, la suspensión solicitada.

8. CARRETERAS: IMPACTO AMBIENTAL

Sobre esta materia, debe citarse en primer lugar la SAN de 25 de abril de 2006, Ar. 152371, que desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Alhama de Murcia contra la Resolución de la Secretaría General de Medio Ambiente de 18 de diciembre de 2003, sobre el expediente de información pública y estudio informativo del proyecto del Corredor Mediterráneo de Alta Velocidad tramo Murcia-Almería y declaración de impacto

ambiental del mencionado estudio informativo (declaración que se estima que es un acto de trámite y que no es impugnabile en los términos argumentados por la actora).

El artículo 7 de la Ley de Carreteras de 1988 distingue entre el Estudio Informativo y el Proyecto de Construcción, de modo que como en este caso se ha formulado la reclamación contra el segundo, que todavía no había sido aprobado, estima la Audiencia Nacional que la reclamación es improcedente.

El Ayuntamiento pretendía que se desplazara el trazado del corredor ferroviario hasta la autovía E-15, pero la AN estima que la opción aprobada por el Ministerio sí que se encuentra suficientemente motivada y fundamentada.

9. MINAS: IMPACTO AMBIENTAL

En materia minera, debemos mencionar en primer término la **STS de 7 de marzo de 2006**, Ar. 1669, que confirma la Sentencia del TSJ cántabro de 2003, que desestimó el recurso presentado contra una Resolución de 2001 de la Administración autonómica, que denegó la petición de una empresa de ampliación de una explotación minera (en concreto, una cantera).

En este caso, el primer punto a analizar por el TS es el relativo a si es necesario o no, en las explotaciones mineras a cielo abierto, formular Evaluación de Impacto Ambiental (FJ 1º).

En relación con ello, se analiza el contenido del punto 12 del Anexo 2 del RD Legislativo 1302/1986 y del RD 1131/1988, en relación con la Directiva comunitaria 85/337/CEE, de 27 de junio, con sus posteriores modificaciones, y con lo establecido en el Decreto 50/1991, autonómico de Cantabria, que regula la evaluación de impacto ambiental en esta Comunidad Autónoma, incluyendo a las canteras dentro de las explotaciones que sí precisan de este trámite ambiental.

En el mencionado Anexo, se someten a evaluación de impacto ambiental todas las actividades extractivas a cielo abierto (no sólo de hulla y lignito, sino también de “otros minerales”), debiendo prevalecer en todo caso lo establecido en el RD Legislativo 1302/1986 sobre lo establecido en el RD 1131/1988, en aquellos casos en los que pudiera existir alguna contradicción normativa (artículo 6 LOPJ).

La expresión “otros minerales” incluye no sólo los minerales de las Secciones “C)” y “D)” de la Ley de Minas de 1973, sino también los de la sección “A)”. Y si a ello le añadimos que el Decreto cántabro 50/1991, antes citado, menciona expresamente las canteras, debe concluirse que en este caso sí que era precisa la declaración de impacto ambiental, y no sólo para las explotaciones iniciales, sino también para las ampliaciones de las mismas (al considerarse éstas como actuaciones mineras nuevas y distintas de las iniciales).

10. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Impuestos autonómicos ambientales: impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente de Extremadura

El Tribunal Constitucional ha dictado la STS 179/2006, de 13 de junio, en relación con el Impuesto de Extremadura sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente. Se ha estimado la cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, como era previsible, al tratarse de un impuesto, que, en la redacción impugnada, era muy similar a otro de semejante denominación que se estableció en las Islas Baleares. Como se recordará, el tributo balear fue declarado inconstitucional a finales de 2000.

Los argumentos de la declaración de inconstitucionalidad son de sobra conocidos: el artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas sólo permite la imposición de tributos autonómicos sobre materias reservadas a las Corporaciones locales en la medida en que la legislación de régimen local así lo prevea y en las condiciones y términos que se expresen en dicha legislación. La actual Disposición Adicional Primera del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales no lo consiente más allá de las materias correspondientes con los Impuestos sobre Vehículos de Tracción Mecánica y Gastos Suntuarios. Según el Tribunal Constitucional, impuestos como éstos, que conciernen fundamentalmente a la actividad propia del sector energético, vulneran la LOFCA por recaer sobre la materia propia del impuesto municipal sobre Bienes Inmuebles. Todo ello a la vista de que su configuración interna no permite definirlos como tributos sobre “la contaminación”.

La particularidad de este episodio reside en que el Presidente del Gobierno de la nación había desistido del inicial recurso de inconstitucionalidad, habiendo también la Comunidad Autónoma modificado de raíz el contenido de la Ley. En efecto, hubo un acuerdo bilateral en este sentido. Lo que no ha impedido, claro está, la resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

El Tribunal Constitucional no ha podido dejar de tener en cuenta esta situación, advirtiéndole que la declaración de inconstitucionalidad afecta sólo a la redacción anterior a la reforma legal fruto de aquel pacto. Por lo que, como tal, el impuesto existe.

Fuera de todo ello, quiero hacer constar que cinco magistrados han discrepado del fallo. La presidenta, sra. Casas Bahamonde, que abogaba por la constitucionalidad del texto, en el mismo sentido que formuló voto particular en cuanto a la sentencia del tributo balear, y el sr. Sala Sánchez, al que se adhieren los magistrados Pérez Vera y Pérez Tremps, apostando también por la constitucionalidad del tributo. También presenta voto particular el sr. Aragón Reyes, éste, aunque comparte el fallo, cree que la fricción se produce no tanto con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, como con el Impuesto sobre Actividades Económicas.

Es evidente que con este tipo de interpretaciones del artículo 6.3 de la LOFCA se impide, sin otra lógica que el apego a la letra de la ley, el ejercicio de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

B) Impuestos autonómicos ambientales: impuesto sobre estancias en alojamientos turísticos

Las SSTSJ de Baleares de 21 de febrero y 19 de mayo de 2006 desestiman los recursos contencioso-administrativos planteados en relación con el Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos establecido por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. A este impuesto se aludía erróneamente como la “ecotasa”, apelando a la afectación de su producto a ciertos programas medioambientales. Esta controvertida figura fue suprimida una vez que cambiaron las mayorías en el parlamento balear con las elecciones autonómicas del año 2003. Algunos de los recursos formulados fueron desistidos, al haberse derogado la normativa reguladora del tributo, caso del recurso de inconstitucionalidad que se presentó por el Presidente del Gobierno de la Nación. No obstante ello, otros sí se están resolviendo, dado el interés de la parte actora: es claro que el sector hostelero hubiera deseado una sentencia de inconstitucionalidad que hubiera frenado ulteriores iniciativas.

Las sentencias que se comentan arrancan de los recursos contencioso-administrativos seguidos a instancia de organizaciones empresariales del ramo. Constituye el objeto de los recursos el examen de la legalidad del Decreto 26/2002, de 22 de febrero, por el que se desarrollaba la Ley de creación del Impuesto, ampliado a las Órdenes del Consejero de Hacienda y Presupuestos —tres— de 3 de abril de 2002, de desarrollo del anterior Reglamento, y al Decreto 148/2002, de 20 de diciembre, por el que se modificaban determinados preceptos de aquél.

Mediante la impugnación de las normas reglamentarias se pretendía que el Tribunal vislumbrase duda de constitucionalidad de la Ley que les daba cobertura y plantease la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Sin perjuicio de ello, también considera que parte del articulado de las mencionadas disposiciones no estaba sostenido en la Ley de creación del impuesto.

Por lo que concierne a la inconstitucionalidad de la figura, la parte actora alega la vulneración del artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), en cuanto prohíbe el establecimiento de tributos autonómicos cuyo hecho imponible ya estuviera gravado por el Estado. Y también el perjuicio de los artículos 14 y 31 de la Constitución (principios de igualdad y justicia tributaria). El TSJ rechaza ambos.

En primer lugar, la parte actora consideraba vulnerado el artículo 6.2 de la LOFCA por haber establecido un tributo sobre el mismo hecho imponible gravado por el Impuesto estatal sobre el Valor Añadido. La Sala lo rechaza sobre la base de la doctrina del propio Tribunal Constitucional acerca de dicho artículo de la LOFCA, que sólo prohíbe la duplicación de hechos imposables: en el caso concreto eran distintos tanto los elementos objetivos como los subjetivos del hecho imponible.

En segundo lugar, se defendía la inconstitucionalidad de la Ley Balear argumentando la vulneración del principio de igualdad tributaria, señalando que el impuesto introduce

una clara desigualdad entre los empresarios del sector turístico balear, sin justificación objetiva que lo ampare, en relación con el resto de empresarios turísticos (empresarios de restauración, ocio, transporte, etc.) En primer lugar al imponerles una serie de obligaciones y cargas que no se imponen a los demás y después razonando que si el Impuesto beneficiará al sector turístico balear en su totalidad no entiende cómo se exige individualmente a los empresarios que ofrecen servicios de alojamiento. El Tribunal razona que no se aprecia exista esa discriminación, pues es razonable que no se comprenda a otros sectores de la actividad turística que no mantienen relación directa con la estancia y que es claro que corresponde al legislador seleccionar la riqueza gravada y la capacidad económica objeto de imposición.

Como se ha dicho, también se atacó la legalidad de la normativa reglamentaria del impuesto, solicitando que se proceda por la Sala a plantearse cuestión de ilegalidad del mismo. Se alegaba la vulneración de la reserva de ley en materia tributaria, amén de otras consideraciones acerca del procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales. En concreto, y por lo que concierne a la posible vulneración de la reserva de ley, se señalaba que el Decreto imponía a los empresarios la obligación de realizar una serie de pagos cuatrimestrales o ingresos a cuenta que, sin embargo, no se hallaban previstos en la Ley que, según la parte actora, prevé claramente “una” sola declaración anual. Se rechaza la alegación, a la vista de que la colaboración del reglamento queda limitada o indisponible en cuanto a los elementos esenciales del tributo, pero puede ser intensa en materia de “gestión tributaria”, que sin duda comprenden la cuestión de las declaraciones-liquidaciones e ingresos a cuenta. Apuntilla el TSJ que, aun cuando sea cierto que la Ley hace referencia a “una” o “la” declaración, es preciso interpretar dichas expresiones de acuerdo con el contenido de la propia Ley, que facultaba al Gobierno para “dictar todas las disposiciones que sean necesarias para desarrollar y aplicar esta Ley”, y utilizaba el plural cuando se refería a que la declaración debería presentarse “en los lugares y en los plazos que se determinen reglamentariamente”, y a que la declaración-liquidación y el ingreso debían “formalizarse en los documentos que reglamentariamente se determinen”.

C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos

a) ¿Se exporta el combustible contenido en los depósitos normales de los vehículos?

Dos SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de abril de 2005, JT 2006, 386 y 387, desestiman sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones del TEAR de Andalucía desestimatorias de reclamaciones formuladas contra denegaciones de solicitudes de devolución. Se trataba de la consideración como exportación de la salida del ámbito territorial comunitario de los carburantes contenidos en los depósitos normales de vehículos y contenedores con ocasión de su salida del referido ámbito (a Marruecos, a bordo de buque). Dice el TSJ que el combustible no se tiene con fines comerciales, al margen de que con el transporte sí se esté realizando una operación comercial, por lo que no cabe efectuar una declaración de exportación respecto del mismo y, por consiguiente, no procede la devolución. En efecto, el combustible está dedicado al consumo y no al comercio. De la misma manera no se grava como importación la entrada del combustible contenido en los depósitos normales de los vehículos. La parte actora apelaba a que, al re-

conocer una Ley que entra en vigor en 2003 que, en efecto, no nos encontramos ante una exportación y, por lo tanto, no procede la devolución, se está reconociendo que en los ejercicios anteriores sí procedía. El TSJ señala que la Ley se limita a aclarar la situación.

b) Obligaciones formales de los operadores económicos

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Castilla y León, Valladolid, en **STSJ de 14 de octubre de 2005**, JT 2006\332, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la correspondiente Resolución del TEAR de Castilla y León, desestimatoria a su vez de la reclamación formulada contra sanción impuesta en materia de Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. Se trata una vez más de defectos en los documentos de acompañamiento en las salidas de circulación de productos sujetos al Impuesto Especial sobre Hidrocarburos pero sometidos a tipos especiales (en el caso de autos, gasóleo bonificado).

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de septiembre de 2005**, JT 2006, 423, se refiere a la sanción impuesta al titular de un vehículo no autorizado para transportar gasóleo bonificado cuando el vehículo no era conducido por él mismo. La Administración le había impuesto la correspondiente sanción apelando a la presunción de titularidad de quien figura como tal en el permiso de circulación. Se estima el recurso, dado que se trataría de una presunción susceptible de prueba en contrario. En el caso concreto, se aportó el documento privado de la compraventa y el justificante del pago del precio.

D) Impuestos sobre el Transporte: Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte

La **STSJ de Asturias de 11 de noviembre de 2005**, JT 325, desestima el recurso contencioso-administrativo planteado contra la resolución desestimatoria del Tribunal Económico-Administrativo Regional en relación con la aplicación de la exención del Impuesto sobre determinados medios de transporte para vehículos destinados al uso de minusválidos. Se discute el alcance del condicionamiento de la exención a que lo sean para “su uso exclusivo”. Entiende la Administración que ello obliga al minusválido a encontrarse siempre a bordo del vehículo cuando circule, con independencia de que lo conduzca otra persona. Por el contrario, la actora defendía una interpretación más amplia, que consintiera la exención siempre que el uso del vehículo lo fuera para atender las necesidades del minusválido. Se daba la circunstancia de que se había constatado que el vehículo estaba siendo utilizado por un familiar. La Sala apoya las tesis oficiales y, además, considera procedentes las sanciones impuestas.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Cosideración general. 2. Ayudas. A) Condiciones para autorizar la subrogación en la condición de beneficiario. B) Incumplimiento de condiciones. **3. Defensa de la competencia.** A) Prácticas restrictivas de la competencia: la admisión de la prueba indiciaria requiere un proceso deductivo racional y no arbitrario. B) Prácticas restrictivas de la competencia: los acuerdos de compartición de información de crédito y solvencia entre entidades financieras. C) Prácticas restrictivas de la competencia: el procedimiento administrativo sancionador no está sujeto a las mismas garantías que el proceso penal. D) Prácticas restrictivas de la competencia: relaciones entre empresa matriz y empresa filial en mercados conexos. E) Prácticas restrictivas de la competencia: la actuación desleal del distribuidor no justifica una conducta de abuso de posición dominante. **4. Energía eléctrica.** A) Fijación de la tarifa. B) Fijación de la tarifa. Producción de energía en régimen especial. C) Competencia sobre autorizaciones de parques eólicos “supracomunitarios”. **5. Ganadería. 6. Medios de comunicación social.** A) Concesión para la explotación del servicio de TDT: posible modulación en la incautación de la fianza. B) Instalación de redes públicas de telecomunicaciones: la ocupación del dominio público no es un derecho de carácter absoluto. C) Ejecución por la CMT de requerimientos de información: alcance del privilegio de autotutela de la Administración Pública. **7. Ordenación de la actividad económica y gastos de personal. 8. Telecomunicaciones.** A) Explotación de redes de telecomunicaciones por sociedades de capital mayoritariamente público y naturaleza de las cajas de ahorro. B) Emisiones radioeléctricas: el principio de precaución o cautela se hace extensivo a la normativa sectorial sensible para la salud humana. **9. Transportes.** A) Servicio de auto-taxi. Denegación de transferencia de licencia. B) Servicio de auto-taxi. Prohibición de ejercer otras actividades y competencias municipales. C) Transporte por ferrocarril. Viabilidad económica y financiera y rentabilidad social del proyecto de implantación de nuevas líneas. D) Competencia sobre autorización de paradas de líneas de transporte interurbano en casco urbano.

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

En la presente crónica se analizan las sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la STC 253/2006, de 11 de septiembre, y la STC 311/2006, de 23 de octubre, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 10 a 15 de 2006.

2. AYUDAS

A) Condiciones para autorizar la subrogación en la condición de beneficiario

La STS de 13 de junio de 2006, Ar. 3157, aborda el tema de los requisitos exigibles para admitir la subrogación en la condición de entidad beneficiaria de una subvención.

El conflicto que debe resolver la sentencia se planteó cuando la Administración que otorgó la subvención denegó su cambio de titularidad.

Impugnado el acuerdo denegatorio, el Tribunal de primera instancia confirmó la validez de dicho acuerdo, al entender que no se notificó el cambio producido en las operaciones societarias de la adjudicataria, siendo los elementos subjetivos determinantes para conceder o denegar la subvención. Al apreciar que los cambios societarios no eran un simple cambio de denominación social, la petición de cambio de titularidad debió denegarse.

La entidad recurrente interpuso recurso de casación alegando que el convenio societario era una mera escisión sin liquidación de la sociedad escindida, continuando las nuevas entidades desarrollando la misma actividad. Añade que ningún precepto exige que los interesados deban comunicar a la Administración el cambio de solicitante antes de la concesión de la subvención, y que la concesión no se otorgó *intuitu personae*.

El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, rechazó todos los argumentos del recurrente. Así, pone de manifiesto la distinta configuración entre las dos entidades que resultan de la escisión, destaca que la persona del solicitante es un elemento que se tiene en cuenta en materia subvencionadora y afirma que el cambio de titular debe comunicarse a la autoridad encargada de la concesión o tramitación del expediente. Para reforzar su línea argumental se remite al artículo 81.4 de la Ley General Presupuestaria según el cual las condiciones propias del beneficiario son un criterio determinante para otorgar una subvención.

B) Incumplimiento de condiciones

La Administración acordó decretar el incumplimiento total de las condiciones establecidas en una subvención y, en consecuencia, no entregó a la entidad subvencionada cantidad alguna.

El Tribunal Supremo, en la STS de 23 de junio de 2006, Ar. 3390, recuerda su doctrina en esta materia. Así, dice que “para abordar tal cuestión tenemos en cuenta algunos criterios establecidos en esta materia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sintetiza la Sentencia de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 5893): a) el principio de que en materia de subvenciones corresponde a los beneficiarios de las mismas demostrar el cumplimiento de las condiciones para su percepción, b) el rigor con el que ha de exigirse el cumplimiento de la condición de empleo, dada la finalidad perseguida con el tipo de ayudas públicas de que se trata, y c) la procedencia de estar a lo pactado y, por tanto, a lo que resulte de la resolución individual de concesión, aceptada por la parte recurrente”.

A partir de esta doctrina examina los hechos y concluye que no está acreditado por el recurrente que se crearan los puestos de trabajo que eran condición para el disfrute de la subvención y tampoco que se mantuvieran los puestos de trabajo creados hasta el fin del período establecido.

A ello añade que, de acuerdo con el artículo 37.7 del RD 1535/1987, si el incumplimiento supera el 50%, debe entenderse que se trata de un incumpliendo total. Al darse también esta circunstancia, y por aplicación del mismo precepto, procede que el beneficiario de la subvención reintegre la totalidad de las cantidades percibidas. Por tanto, desestima las alegaciones del recurrente sobre la incorrecta retención de todas las cantidades relativas a la subvención.

Se rechazan también las alegaciones relativas a la vulneración de los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima al estimar que la Administración ha aplicado en cada momento la normativa vigente, actuando además de forma leal y dando al recurrente la información correcta.

3. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Prácticas restrictivas de la competencia: la admisión de la prueba indiciaria requiere un proceso deductivo racional y no arbitrario

La STS de 5 de abril de 2006, Ar. 1946, desestima un recurso de casación interpuesto por una empresa farmacéutica mediante el cual se impugna la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 18 de febrero de 2003, que desestima el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de 30 de septiembre de 1998, que declara que la recurrente y otras empresas farmacéuticas han incurrido en prácticas contrarias a la competencia e impone determinadas sanciones.

El objeto principal del recurso consiste en dilucidar si resulta acreditada la concertación de precios de vacunas antigripales entre las citadas empresas, en un concurso público, como práctica anticompetitiva y prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. La cuestión radica en si se admite o no en este

caso una prueba de indicios, ya que del hecho acreditado (la coincidencia de precios ofertados por los laboratorios licitadores que, en alguno de los concursos, alcanzaba incluso a las cifras decimales) puede extraerse la conclusión de que ha tenido lugar una concertación colusoria y, por tanto, la conducta prohibida y sancionable. Para resolver esta cuestión, el TS hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y los requisitos que deben concurrir para que la prueba indiciaria pueda desvirtuar dicha presunción, que son: que los indicios estén plenamente probados (no puede tratarse de meras sospechas), y que se explicita un razonamiento en virtud del cual, partiendo de estos indicios, se llegue a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora. En el caso enjuiciado, el TS entiende que existe un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado (identidad de precios) y la consecuencia (convenio entre laboratorios), que permite concluir, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta, que no se ha producido la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque el proceso deductivo empleado, según las reglas del criterio humano, no es arbitrario, ni caprichoso, ni absurdo.

Finalmente, la actora alega la vulneración del principio de proporcionalidad en la sanción impuesta y del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al entender que para el cálculo de dicha sanción se ha tomado como referencia la cifra total de ventas de los laboratorios sancionados, en vez de la cifra de ventas sólo en el mercado relevante. El argumento se rechaza sobre la base de que la cifra primera se emplea para calibrar que las multas no superen una cuantía que pudiese resultar desproporcionada para la entidad económica de las empresas afectadas y que pudiera afectar a su capacidad de supervivencia, la cual va ciertamente ligada al volumen global de ventas de la empresa a la que se impone la sanción, y no solamente a las correspondientes al mercado afectado por la conducta sancionada.

B) Prácticas restrictivas de la competencia: los acuerdos de compartición de información de crédito y solvencia entre entidades financieras

El ATS de 13 de abril de 2005, Ar. 2012, analiza si la constitución de un Registro de Información de Crédito por parte de la Entidad Asnef-Equifax Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, que tiene por objeto la prestación de servicios de información sobre la capacidad económica y financiera de los peticionarios de créditos, incluyendo datos tanto de las situaciones concursales de carácter judicial como de las operaciones crediticias concertadas, así como de los avales y garantías personales formalizadas, es o no una práctica prohibida, de acuerdo con lo que establece el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, susceptible de restringir la libre competencia del mercado financiero.

Para una mejor aproximación a la cuestión, el TS expone primero la normativa comunitaria en la que ésta se enmarca y, concretamente, el contenido de los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997), en cuanto constituyen normas de directa aplicación, que definen

los acuerdos y las prácticas prohibidas entre Estados miembros, que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. No obstante, dicha prohibición se excepciona en algunos supuestos, cuando las prácticas concertadas contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Seguidamente, subraya el marco jurídico de carácter nacional, integrado fundamentalmente por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y, concretamente, por los artículos 1, 3 y 4 de la misma, referidos también a la materia objeto de litigio. Como en la normativa comunitaria, de acuerdo con estos preceptos, pueden autorizarse prácticas, decisiones, recomendaciones, etc., que restrinjan la libre competencia en determinadas condiciones detalladas en la ley; autorización que corresponderá al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Finalmente, la Sala hace hincapié en la jurisprudencia del TJCE que, resumidamente, entiende que los acuerdos de intercambio de información entre entidades bancarias o financieras o entre miembros de Asociaciones de Entidades Financieras interfieren con carácter general en la comercialización de productos y servicios crediticios de los Estados miembros. Por esta razón, deberán ser objeto de escrutinio, desde el artículo 81 TCE, a fin de determinar si afectan a la libre competencia de modo relevante o sensible, en relación con la consideración de la totalidad del sector financiero en que el acuerdo opera. De conformidad con dicha jurisprudencia, el TS considera que existe una duda razonable sobre cuál hubiere sido la interpretación que, a la luz del citado precepto comunitario, hubiera hecho el TJCE del Registro de Información de Crédito, considerando que este Registro propicia acuerdos de información interbancarios acerca de la capacidad crediticia de los ciudadanos peticionarios de créditos en un mercado atomizado, y facilita la concertación para promover estrategias comunes, algunas de las cuales, como la negativa a conceder créditos a personas jurídicas o físicas, restringen o falsean la libre competencia entre operadores rivales. De acuerdo con lo expuesto, en aras a armonizar la interpretación del artículo 81 TCE que puedan llevar a cabo los órganos administrativos y jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la materia que se enjuicia, y con la idea de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, el TS suspende el procedimiento y plantea la cuestión prejudicial ante el TJCE.

C) Prácticas restrictivas de la competencia: el procedimiento administrativo sancionador no está sujeto a las mismas garantías que el proceso penal

La STS de 18 de mayo de 2006, Ar. 3169, desestima un recurso de casación interpuesto por una empresa del sector lácteo, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de junio de 2003, confirmando la imposición por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de una sanción por una práctica restrictiva de la competencia, consistente en concertar precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por la calidad de leche, en las compras de leche de vaca realizadas por ganaderos. La parte actora formula seis motivos de casación, todos ellos relacionados con diversos aspectos de la tramitación del expediente sancionador.

Sobre el primero, la ilicitud de las pruebas, el TS recuerda que, para que pueda prosperar este motivo procesal (teoría del árbol envenenado o de las pruebas contaminadas), es preciso que exista una “conexión de antijuricidad” entre las pruebas ilícitas y las pruebas de cargo utilizadas, que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende a las segundas, y que dicha conexión se valore de acuerdo con un juicio de experiencia. Respecto al segundo, la separación entre instrucción y sanción, y como consideración preliminar a esta cuestión, se recuerda que los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales. Por esto motivo, el TDC, como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio, como valorar el que se ha puesto a su disposición, con un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor (Servicio de Defensa de la Competencia). En el siguiente tema, en relación a la supuesta caducidad del expediente sancionador, el TS considera que no se aplica el plazo máximo de 6 meses que establece el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, pues los plazos máximos que establece la Ley de Defensa de la Competencia para cada uno de los trámites ya constituyen un equilibrio de garantías para las partes, que asegura el derecho de contradicción y de igualdad de armas y que hacen imposible que dicho procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el citado plazo de medio año. En cuanto a la valoración de la prueba indiciaria, para que pueda desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, la Sala considera que es necesario que los indicios estén plenamente probados (no meras sospechas) y que se explice un razonamiento que permita llegar a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora. En el caso enjuiciado, la coincidencia de precios, dado el cúmulo de variables que afecta al mercado de la leche, no puede responder a causas ajenas a la concertación. Frente a la alegación de vulneración del principio de confianza legítima, el TS entiende que únicamente ha de ser aplicado cuando los signos externos producidos por la Administración son lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente al administrado a confiar en la legalidad de su actuación, y ello unido a la circunstancia de que la revocación del acto produce unos perjuicios en el patrimonio del administrado que no tiene por qué soportar. Respecto al último motivo alegado, tampoco se considera vulnerado el principio de proporcionalidad, dado que se tiene en cuenta el límite máximo señalado en la Ley (artículo 10 LDC) y se impone la multa por debajo del mismo, en atención a diversas circunstancias atenuantes.

D) Prácticas restrictivas de la competencia: relaciones entre empresa matriz y empresa filial en mercados conexos

La STS de 30 de mayo de 2006, Ar. 3172, resuelve dos recursos de casación interpuestos por Telefónica Servicios Móviles, SA, y Telefónica, SA, contra la Sentencia de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2003, que confirma la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 26 de febrero de 1999, mediante la cual se les imponía sanciones por conducta de abuso de posición de dominio, en el mercado de servicios de telefonía móvil. La conducta enjuiciada consiste en

que la empresa matriz, que ocupa una posición de dominio en el mercado de telefonía fijo, pone a disposición de una de sus filiales, mediante contrato, su red de distribución comercial, con el fin de propiciar la gestión de un nuevo servicio de telefonía móvil, concedido inicialmente a la matriz y después cedido a la filial. A estos efectos, las empresas sancionadas pretenden mantener una red de distribuidores que ya estaba organizada pero pactando una exclusividad con ellos a cambio de remuneraciones.

Respecto a las alegaciones formuladas por la primera recurrente, Telefónica Móviles España, SA, y entre las que se refieren a aspectos procesales de los expedientes sancionadores tramitados por el TDC, se destaca la de caducidad del procedimiento administrativo sancionador. El Tribunal rechaza este motivo en base a una reiterada doctrina jurisprudencial en la que ha mantenido que, tanto para la situación normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (que añadió un nuevo artículo a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, declarando la aplicación para esta cuestión del régimen administrativo común), como para la situación posterior a dicha Ley, no se aplica a estos procedimientos la previsión general sobre caducidad por transcurso de seis meses que establece el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Para el estudio de los motivos de fondo y, concretamente, para el de la alegación de que la calificación jurídica de la conducta ha sido errónea, pues no se ha acreditado que la empresa sancionada ostentase una posición de dominio en el mercado relevante de telefonía móvil, el TS acude al concepto de posición dominante elaborado por el TJUE. Así, se subraya que la posición de dominio se refiere a una situación de poder económico de la que disfruta una empresa, que le otorga el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado de referencia y actuar con considerable independencia frente a sus competidores, clientes y, en último término, sus consumidores. Aplicado lo anterior al supuesto enjuiciado, y tras el estudio detallado de las características del mercado en cuestión, el Tribunal considera que la recurrente tenía esa posición cuando sucedieron los hechos. También rechaza la alegación de que la conducta no fue abusiva porque considera probado el nexo entre la firma de acuerdos de distribución exclusiva y la intención de dificultar la entrada en el mercado relevante de un nuevo operador, Vodafone, SA (antes Airtel Móvil, SA). En efecto, cuando dicha dificultad u obstáculo deriva de la actuación del operador hasta entonces monopolista que, ante la aparición del nuevo entrante, refuerza sus vínculos de exclusividad con los distribuidores, carentes de justificación económica objetiva, incide en una explotación abusiva de su posición de dominio. El hecho de que, a posteriori, el nuevo operador consiga una determinada cuota de mercado pese a los obstáculos expuestos, o elabore una estrategia de distribución exclusiva, no permite justificar la conducta infractora.

Desestimados los motivos de casación anteriores, se analiza seguidamente el segundo recurso, interpuesto por Telefónica, SA que, a diferencia del anterior, es estimado. En este caso, se trata de juzgar si una empresa sin posición de dominio en un determinado mercado relevante (no lo era en el mercado de telefonía móvil) puede incidir en él ex-

plotando abusivamente la que sí tiene en otro mercado conexo (el de la telefonía fija). El TS opina que no es reprochable, a título de abuso de posición de dominio, la conducta de la matriz que pone a disposición de la filial, mediante contrato, su propia red de distribución comercial con el fin de propiciar la gestión del nuevo servicio concedido inicialmente a la matriz y después cedido a la filial. Además, la exclusividad entra dentro de la lógica de las relaciones entre empresas matrices y filiales, caracterizadas por la unidad de dirección y de fines, de modo que los medios instrumentales de las primeras pueden ser puestos a disposición de las segundas y no de los competidores de éstas. Otra cosa es que sea apropiada la sanción a la filial por obstaculizar, como se ha dicho antes, el acceso al nuevo mercado entrante a los canales externos pero no a la matriz por prestar sus puntos de venta a la filial.

E) Prácticas restrictivas de la competencia: la actuación desleal del distribuidor no justifica una conducta de abuso de posición dominante

La STS de 6 de junio de 2006, Ar. 3156, desestima un recurso de casación interpuesto por Telefónica Servicios Móviles, SA, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 2 de julio de 2003, que declara acreditada una conducta de abuso de posición dominante en el mercado de los servicios telefónicos. Concretamente, dicha actuación consiste en la elaboración por parte de un operador dominante de telefonía móvil de listas negras imponiendo a diversas empresas mayoristas la negativa a vender a un determinado distribuidor, al que se le acusa de sacar terminales subvencionados del mercado español para derivarlos al mercado negro extranjero. Para resolver esta cuestión, el TS hace referencia al concepto de defensa de la competencia y a su alcance constitucional, como presupuesto y límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el artículo 38 CE. A partir de dicho concepto concluye que no puede acogerse el argumento de que, al amparo del derecho a la libertad de empresa, pueda dicho operador desarrollar una conducta contraria a la libre competencia. Así, estas conductas cuando se realizan por un operador dominante, son abusivas y permiten la reacción del ordenamiento con el fin de erradicarlas, ya que el abuso no sólo puede dirigirse a la explotación de los consumidores sino también a obstaculizar indebidamente la acción de los operadores. No puede, por tanto, alegarse como excusa absolutoria un comportamiento desleal del distribuidor, puesto que, además de que la actuación antes descrita resultó desproporcionada, es evidente que existen otros mecanismos legales que permiten obtener la reparación de los perjuicios económicos derivados del citado comportamiento desleal.

4. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Fijación de la tarifa

La STS de 3 de mayo de 2006, RJ 2006/2145, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Compañía Operadora del Mercado Español de la Electricidad

(OMEL), contra el Real Decreto 1802/2003, de 26 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2004, impugnando los porcentajes fijados para el operador del sistema eléctrico como costes con destinos específicos que deben satisfacer los consumidores.

El Tribunal Supremo inicia su fundamentación jurídica recordando el régimen jurídico al que está sometido OMEL, como operador del mercado a quien se encomienda el ejercicio de las funciones necesarias para realizar la gestión económica del sistema eléctrico español. Afirmando que no nos encontramos en presencia de una simple compañía privada que realiza su actividad en el mercado libre, sino que se trata de una sociedad mercantil instrumental cuyo objeto social y actividad es el determinado específicamente por el legislador, a través de la Ley del Sector Eléctrico. En este sentido, su retribución se efectúa no por criterios de mercado sino por decisión del Consejo de Ministros, de manera que —concluye el Tribunal— es la sociedad la que debe atenerse a los porcentajes fijados por el Consejo de Ministros, y no éste el que está condicionado por la estimación de las necesidades que aquélla le presente.

A partir de aquí, el Tribunal procede a valorar la estimación de los costes efectuada por el citado Real Decreto, afirmando que la Administración del Estado no incumple el principio de suficiencia financiera cuando los cálculos prospectivos para un determinado año se hacen sobre la base de unos costes razonables, pues no se le puede exigir una absoluta adecuación a la realidad.

Asimismo, y ante la alegación por la compañía recurrente de falta de motivación de los costes asignados al operador de mercado, el Tribunal Supremo declara que no es procedente, desde luego, exigir a un Real Decreto de fijación de tarifas una motivación singular de cada uno de los cientos de tarifas o factores retributivos que contiene, de forma similar a la prevista en la Ley 30/1992 para los actos administrativos, pudiéndose encontrar las explicaciones suficientes sobre su contenido en su Preámbulo y, de manera más detallada incluso, en la memoria en la memoria y presentación oficial de las magnitudes que consta en el expediente, por lo que tampoco dichos argumentos pueden estimarse.

La misma fundamentación jurídica sirve al Tribunal Supremo, mediante la STS de 11 de abril de 2006, RJ 2006/2153, para resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Entidad Mercantil Endesa, SA, contra el citado Real Decreto 1802/2003.

Así, frente a la argumentación de que el incremento de las tarifas previsto en el Real Decreto impugnado no serían suficientes para conjugar los costes que finalmente va a generar el sistema pues se basan en una previsión incorrecta de los ingresos a percibir por Endesa, SA, el Tribunal considera que no se aprecia que el Gobierno no haya justificado los motivos para incrementar dicha tarifa o que haya vulnerado los principios de razonabilidad o de interdicción de la arbitrariedad. Más aún cuando, como en el caso anterior, el examen de la Memoria sobre el Real Decreto permite desconsiderar que la tarifa impugnada sea arbitraria o discriminatoria.

Junto con las anteriores consideraciones, la mercantil Endesa considera también que se infringe el principio legal de asignación de una retribución justa para el desarrollo de las actividades para 2004, al establecerse en el citado Real Decreto impugnado un reparto arbitrario de los costes reconocidos destinados a la retribución de la distribución. En este caso, la Sentencia desestima dicha pretensión, recordando la doctrina sentada, entre otras, en la STS de 14 de marzo de 2006 y 10 de noviembre de 2003, entendiendo que no existen datos que permitan afirmar que las tarifas que se establecen en dicha norma no retribuyan con suficiencia precisa la actividad de la empresa eléctrica recurrente, sin que sea posible observar falta de justificación y transparencia en la fijación de la retribución.

Finalmente, y en relación a la pretensión de nulidad del sistema de fijación de las pérdidas de transporte y distribución al fijar éste unos criterios homogéneos para todas las empresas, sin distinguir por “zonas de distribución”, la Sala hace suyos los pronunciamientos contenidos anteriormente en la STS de 22 de junio de 2005, señalando que dicho sistema no puede considerarse que incurra en arbitrariedad, pues el criterio zonal sí que se ha tenido en cuenta, en la tramitación del proyecto, para la fijación de los costes. Además, las características de las zonas en que cada empresa presta sus servicios es uno, pero no el único, de los factores que se deben tener en cuenta al fijar dichos costes.

La STS de 24 de mayo de 2006, RJ 2006/3154, y la STS de 30 de mayo de 2006, RJ 2006/3092, por su parte, resuelven sendos recursos contencioso-administrativos presentados por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) y Unión FENOSA Distribución, SA, respectivamente, contra determinados preceptos del Real Decreto 2392/2004, de 30 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para el año 2005, al estimarlos contrarios al principio de suficiencia tarifaria previsto en la Ley del Sector Eléctrico.

Las pretensiones de la compañía UNESA se fundamentan, básicamente, en la consideración de que el incremento de la tarifa eléctrica aprobado para el año 2005 por el Gobierno resulta insuficiente para conjugar los costes en que finalmente va a incurrir el sistema.

A tal efecto, y en términos similares a los anteriormente expuestos, el Tribunal Supremo inicia su exposición recordando que el mencionado principio de suficiencia exige que las tarifas deban ser adecuadas para garantizar el equilibrio económico-financiero de las empresas prestadoras de dichos servicios. Así, la Sala entiende que no puede apreciarse que el Gobierno, en su potestad de fijación de la tarifa eléctrica para 2005, no haya justificado los motivos para establecer la nueva tarifa ni que haya vulnerado los principios de razonabilidad o de interdicción de la arbitrariedad, pues del examen de la Memoria sobre el citado Real Decreto, en cuyo anexo se detalla el proceso de cálculo de cada uno de los componentes de costes e ingresos que dan como resultado el establecimiento de la tarifa eléctrica. De este modo, y recordando la doctrina sentada en las STS de 15 de febrero de 2004, 22 de junio de 2005 y la anteriormente citada STS de 3 de mayo de 2006, el Tribunal llega a la conclusión que no puede sostenerse que la tarifa impugnada sea arbitraria o discriminatoria, o que haya seguido una metodología inadecuada.

En este sentido, el notable incremento del déficit tarifario durante el año 2005, según el Tribunal, se debe a una circunstancia imposible de prever en momento de la aprobación del citado Real Decreto, consistente en la elevación extraordinaria del precio en el mercado de producción y, respecto del cual, debe tenerse en cuenta, además, que los Reales Decretos-Leyes 5/2005 y 3/2006, tratan de afrontarlo, dotando de mayor transparencia al mercado de producción de energía eléctrica y racionalizando los costes del sistema.

Por su parte, el recurso presentado por Unión FENOSA Distribución, SA, se fundamenta en la incorrecta aplicación de la metodología para la fijación de la tarifa eléctrica prevista en el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre.

Desde esta perspectiva, se impugna, en primer lugar, el procedimiento de imputación de los desvíos de las actividades de transporte y distribución del año 2003, si bien el Tribunal considera que no se ha producido ninguna aplicación errónea de la metodología para determinar dicha revisión, pues se han tomado debidamente en consideración los límites previstos en aquel Real Decreto.

En segundo lugar, y ante la alegada omisión del desvío en la tarifa de 2003 del coste de la gestión comercial, el Tribunal Supremo rechaza la argumentación de Unión Fenosa basándose en elementos procesales, pues la parte actora se limita a afirmar que la incorrección de las previsiones establecidas en el Real Decreto impugnado pero sin justificar su afirmación en forma alguna. Por lo que se concluye que se trata de una alegación sin fundamentar, incumpliendo una carga procesal que corresponde a la actora.

Finalmente, se alega por la actora un exceso en la compensación de la actividad de generación, así como un exceso en la retribución del transporte y distribución, en los territorios insulares y extrapeninsulares. En el primer caso, el Tribunal rechaza la alegación de la actora, al considerar que la citada compensación es una estimación provisional, de manera que hasta que no se produzca la liquidación definitiva para el año 2005 de los sobrecostes por la generación extrapeninsular, no será posible estimar dicha reclamación, constatando, en su caso, una doble contabilización de una determinada partida.

Por lo que se refiere al exceso en la retribución del transporte y distribución en los territorios insulares y extrapeninsulares, y tal como ocurría anteriormente, la Sala entiende que la sociedad recurrente no acredita de forma fehaciente sus pretensiones, pues el exceso que se denuncia hubiera requerido una actividad probatoria, no solicitada por la parte, al efecto de permitir al Tribunal encontrar una base técnica, o una explicación razonada, sobre la que valorar efectivamente el exceso en dicha retribución.

Por último, destaca también la impugnación del cómputo de variaciones de los costes de la tarifa eléctrica derivadas de modificaciones normativas. En este caso, el Tribunal Supremo parte de su carácter potestativo, pues es el Gobierno el que puede, o no, tener en consideración dichas variaciones para el cálculo de la tarifa eléctrica. Así, la no incorporación de todas o algunas de las variaciones en los costes que hayan tenido origen en modificaciones normativas no pueden dar lugar a reclamaciones respecto al cálculo de la tarifa.

B) Fijación de la tarifa. Producción de energía en régimen especial

La STS de 4 de mayo de 2006 resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Empresas para el Desimpacto Ambiental de los Purines (ADAP) contra el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Se impugna, en primer lugar, la retribución prevista para las instalaciones de tratamiento y reducción de purines de porcino fijada en dicha norma, al resultar insuficiente para cubrir los costes necesarios para el desarrollo de la actividad, impidiendo conseguir una tasa de rentabilidad razonable de las inversiones con referencia al mercado de capitales.

El Tribunal Supremo para rechazar la posible vulneración del principio de suficiencia tarifaria acude a las STS de 11 de abril de 2006 y de 15 de diciembre de 2005, en las que se declara que no existe un mandato imperativo del legislador en cuanto a la periodicidad de la actualización de las primas de las instalaciones acogidas al régimen especial de producción de energía eléctrica, sino simplemente una habilitación al titular del Poder Ejecutivo para la determinación del derecho a la prima.

Por otro lado, el Tribunal, ante la alegación de que el Real Decreto impugnado ha establecido una retribución notoriamente insuficiente de la electricidad producida por dichas instalaciones, nos recuerda que el Real Decreto 2351/2004, de 23 de diciembre, ha procedido a incrementar el valor de dicha prima, lo que “supone el reconocimiento por el titular de la potestad reglamentaria de la necesidad de que se retribuya adecuadamente la actividad, que satisface extraprocesalmente la reclamación efectuada de incremento de la prima (...) y determina la pérdida parcial del objeto del recurso”.

Destaca también la impugnación del procedimiento de elaboración del Real Decreto, al considerarse que el Consejo de Estado y la Comisión Nacional de la Energía Eléctrica no pudieron informar el texto definitivo remitido al Consejo de Ministros. Sin embargo, en este caso el Tribunal se muestra tajante, recordando la doctrina sentada en la STS de 15 de diciembre de 2005, según la cual: “Es evidente que el procedimiento de elaboración de disposiciones generales (...) tiene por objeto la aportación de ideas y sugerencias para que sean, en su caso, incorporada al proyecto de disposición. Y es igualmente evidente que resultaría inviable que tras cada modificación que pudiese sufrir el proyecto, en ocasiones a raíz precisamente de las observaciones efectuadas por tales organismos, debiera volver de nuevo a someterse a dichos trámites. Tan sólo una transformación sustancial de un proyecto que pudiera hacer obsoleto e inservible un informe preceptivo podría requerir, en su caso, la emisión de un nuevo informe”.

Por último, el Tribunal Supremo declara que la facultad de revocación de las autorizaciones administrativas de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial como consecuencia del cumplimiento de nuevos requisitos y condiciones que

no estaban previstas en el régimen vigente no vulnera el principio de irretroactividad previsto en el artículo 9.3 de la Constitución, pues éste concierne a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas o en la esfera general de la persona, pero no se puede extender a la conservación del régimen jurídico de las instalaciones de este tipo de instalaciones. Teniéndose en cuenta, además, que la introducción de nuevas condiciones específicas se justifica en la salvaguarda de los intereses generales.

C) Competencia sobre autorizaciones de parques eólicos “supracomunitarios”

La STS de 20 de abril de 2006, RJ 2006\3140, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria contra la Sentencia de 2 de mayo de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. La sentencia recurrida había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Compañía Eléctrica Peña Labra, SL, anulando el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria, de 8 de agosto de 2002, que inadmitió sus solicitudes de parques eólicos “sólo y exclusivamente en relación con los aerogeneradores competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria que son los localizados en el ámbito territorial de ésta”.

La controversia jurídica que se somete al enjuiciamiento del Tribunal Supremo se circunscribe a resolver si, en el marco jurídico aplicable en la materia de autorizaciones de parques eólicos, el emplazamiento de un parque, en el supuesto de que territorialmente se extienda a más de una Comunidad Autónoma, determina que la competencia para tramitar y resolver el expediente corresponda a las Comunidades Autónomas afectadas o, por el contrario, esta competencia ejecutiva se atribuya a la Administración General del Estado.

Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal Supremo hace dos precisiones relevantes. La primera es que el proyecto presentado a la autorización administrativa de su promotor, y que es objeto del proceso, “se refiere a cinco parques eólicos que se ubican, cada uno y todos ellos, en territorios de términos municipales de Cantabria y de Castilla y León”. Esta circunstancia, calificada por el Tribunal como “ciertamente excepcional”, es la que motiva las dudas competenciales (FJ 3º).

La segunda precisión, “es que la figura del parque eólico debe ser necesariamente contemplada desde una perspectiva unitaria, pues en otro caso quedaría desvirtuada la naturaleza y la función de este tipo de instalaciones generadoras de electricidad”, de manera que “la instalación eléctrica es, pues, el parque como unidad y no cada uno de sus elementos singulares (entre ellos, los aerogeneradores) que lo integran” (FJ 3º).

Considerando el Tribunal Supremo que el problema aquí tratado guarda “cierta analogía” con el de la delimitación de competencias estatales y autonómicas sobre los espacios naturales o parques nacionales supraautonómicos, esto es, aquellos que se extienden por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, y que ha sido objeto de varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional (FJ 7º), confirma la solución de la sentencia

de instancia, asumiendo los razonamientos allí expresados. Esta solución es la afirmación de que, en el caso enjuiciado, la Administración autonómica carece de competencias para conceder la autorización, correspondiendo ésta al Estado.

Discrepa de este parecer el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. La diversa conclusión a la que llega: “es que cuando se trata de la autorización de parques eólicos supracomunitarios, por su alcance territorial, por extenderse la ubicación de los aerogeneradores a más de una Comunidad Autónoma, cuyo aprovechamiento no afecte a más de una Comunidad Autónoma, la competencia corresponde a las Comunidades Autónomas afectadas, que podrán conjugar el ejercicio de sus competencias a través de mecanismos de cooperación y de colaboración, sin que por tanto se justifique la intervención de la Administración del Estado con base a una concepción unitaria del parque eólico, que sólo estará habilitada en aquellos casos concretos y excepcionales en los que la intervención por separado de las Comunidades Autónomas no garantice los intereses vinculados a la producción energética y los intereses medioambientales tutelados por la formación básica, y se requiera un cierto grado de homogeneización, que exija la atribución de la competencia a un solo titular”.

5. GANADERÍA

Habiéndose abierto investigación penal por un Juzgado de Instrucción por la presunta comisión de delitos contra la salud pública y falsificación de documento Público, se dictaron diversos Autos que acordaban la inmovilización de los animales de varias explotaciones ganaderas, por existir indicios de que se administraban al ganado diversos tipos de hormonas. No obstante, con posterioridad el Juzgado dictó Auto que dejó sin efecto la inmovilización del ganado, pero precisó que ello se hacía sin perjuicio de que por la Administración, en este caso la Administración autonómica, de acuerdo con la legislación vigente, se acordase lo que se estimara oportuno sobre el destino de los animales.

Tras estas actuaciones en el orden penal, los servicios administrativos de la Comunidad Autónoma competentes en materia de sanidad animal acordaron inmovilizar el ganado de distintas explotaciones pertenecientes a la persona imputada en vía penal con el fin de iniciar las pertinentes investigaciones.

Posteriormente, la jurisdicción penal, dentro de las actuaciones antes referenciadas, dictó sentencia por la que se condenó al ganadero como autor de un delito contra la salud pública y falsificación en documento público.

El delito contra la salud pública fue el de tenencia de sustancias hormonales, pero no el de su suministro como aditivo alimenticio a los animales.

Ante estos hechos, el ganadero interpuso recurso frente a la orden de inmovilización y solicitó ser indemnizado por los perjuicios sufridos.

Rechazado el recurso en primera instancia, el recurrente interpuso recuso casacional, que a su vez fue desestimado por la STS de 19 de junio de 2006, Ar. 3421, que pasamos a comentar.

El recurrente, en su recurso de casación, alega en primer lugar que una vez iniciadas las actuaciones por la jurisdicción penal la Administración debió abstenerse de tramitar el procedimiento sancionador por los mismos hechos y que, además, en la vía penal había quedado acreditado que no se habían suministrado como aditivo a los animales sustancias hormonales.

El Tribunal Supremo rechaza esta primera línea argumental afirmando que la Administración, al acordar la inmovilización del ganado, no aplicó una sanción, por más que la inmovilización fuera una medida desfavorable para el ganadero, sino sólo una medida cautelar para la protección de la salud pública.

En segundo lugar, el recurrente argumentó que la medida cautelar es contraria a lo establecido en el artículo 73.1 y 2 de la Ley 30/1992. Frente a este razonamiento el Tribunal Supremo opone que esta medida cautelar fue dictada al amparo de la normativa en materia de sanidad animal (artículo 18 de la Ley General de Sanidad y RRDD 1749/1998 y 1398/1993) respetando su contenido y finalidad.

Por último, se rechaza la petición de indemnización al no haberse acreditado la existencia de una lesión antijurídica.

6. MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

A) Concesión para la explotación del servicio de TDT: posible modulación en la incautación de la fianza

La STS de 22 de febrero de 2006, Ar. 2899, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una operadora de televisión privada contra un Acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de mayo de 2003, que declara la extinción, por suspensión injustificada de las emisiones durante más de 15 días [artículo 17.1.f) de la Ley 10/1998, de 3 de mayo, de Televisión Privada o LTP], de la concesión otorgada para la explotación del servicio público de Televisión Digital Terrenal (TDT) en gestión indirecta y en régimen de acceso condicional. El único aspecto controvertido del Acuerdo impugnado es la procedencia o no de la incautación de la garantía definitiva prestada para la explotación de dicho servicio. Respecto a esta cuestión, la parte actora invoca lo que establece el artículo 113.5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), y alega la existencia de circunstancias sobrevenidas o de riesgo imprevisible para defender la no incautación de la fianza. Fundamenta esta petición a partir de los siguientes argumentos: ausencia de promoción de la digitalización televisada, problemática de vídeos comunitarios, ausencia de actuación administrativa en relación con la copia ilegal de los dispositivos controladores del acceso condicional, desigualdades de regulación en el marco normativo aplicable a las entidades prestadoras del servicio de televisión en

acceso condicional multicanal y con tecnología digital, desviación en las cifras previstas para invertir en antenas colectivas y descodificadores por la nueva tecnología que requiere el modo de transmitir la señal, etc.

El TS, después de exponer las circunstancias en las que se otorgó la concesión, trata de dilucidar si resulta aplicable el principio de riesgo y ventura inherente a la ejecución de todo contrato (artículo 99 LCAP) o si se produjeron circunstancias sobrevenidas ajenas al contratista que pudieran hacer necesario modular la sanción que conlleva la extinción del contrato por incumplimiento culpable de sus obligaciones. Se constata, pues, que el carácter punitivo de la incautación de la fianza por incumplimiento culpable del contratista puede ser objeto de modulación no sólo si ha concurrido culpa de la Administración sino también si concurren otras circunstancias ajenas. Con este objeto, analiza una copiosa jurisprudencia sobre la imprevisibilidad, entendiendo que ésta abarca los sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario y que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato, pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda adjudicación de una concesión. Implica, por tanto, analizar cada caso en concreto y aplicar, si procede, los principios de equidad (artículo 3.2 CC) y de buena fe (artículo 7.1 CC), sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura, esencial en la contratación. De acuerdo con lo anterior, no pueden cobijarse en el concepto de imprevisibilidad circunstancias como: la evolución negativa de un mercado y su desconocimiento, por no haber efectuado los debidos cálculos respecto al mismo; la transformación continua que está presente en el ámbito de los mercados de comunicaciones, audiovisuales y telecomunicaciones; la ponderación insuficiente de todos los elementos referidos a un negocio (clientes, competidores, precios de los productos, etc.); la estimación incompleta de costes o el insuficiente cálculo empresarial con errores de partida en elementos materiales, cuyo precio no se ha acreditado que se incrementase en una proporción desmesurada en un breve lapso de tiempo; la realización de un plan financiero que no se ajusta en absoluto a la realidad; la ausencia de éxito en la actividad comercial que se lleva a cabo para captar clientes; el desconocimiento de la mayor o menor saturación del mercado para obrar en consecuencia, etc. A la vista de estas consideraciones, el TS estima que en el caso enjuiciado resulta evidente que la ausencia de éxito en la actividad comercial, que conllevó el cierre de las emisiones, no es imputable a la Administración ni a circunstancias sobrevenidas sino a la sociedad que asumió el riesgo inherente a toda actividad comercial que se lanza en un mercado, buscando el correspondiente hueco tras unas previsiones que no respondieron a la realidad. Y, en consecuencia, no hay razones para modular la incautación de la fianza.

B) Instalación de redes públicas de telecomunicaciones: la ocupación del dominio público no es un derecho de carácter absoluto

La STS de 3 de mayo de 2006, Ar. 2089, desestima en su totalidad el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, en referencia a los artículos 3.3 y 6.2 del Decreto de la Generalidad de Cataluña, núm. 358/2000, de 7 de noviembre, de regulación de la instalación de redes públicas de telecomunicaciones en el dominio viario y

ferroviario. En cuanto al primer precepto, la recurrente entiende que limita y restringe el derecho de ocupación del dominio público que el artículo 43 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, otorga a los operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones. No obstante, el TS no comparte dicho criterio ya que entiende que el artículo 44.2 de esta misma Ley establece la posibilidad de que las Administraciones titulares del dominio público impongan condiciones y requisitos a su ocupación por los operadores, siempre que sean transparentes y no discriminatorios. De este mismo parecer es el Derecho comunitario, tal como pone de manifiesto la Directiva 90/388/CEE, en la redacción dada por la Directiva 96/19/CEE, que permite que los Estados miembros, por motivos de interés general de naturaleza no económica (protección del medio ambiente y ordenación urbana y rural), impongan condiciones para el establecimiento o la explotación de redes de telecomunicaciones, o para la prestación de estos servicios. Por tanto, sentada la posibilidad legal de que la Administración titular del dominio público imponga dichas condiciones, no puede sino concluirse que la Generalitat de Catalunya está legitimada para establecerlas, al regular el régimen jurídico de las autorizaciones para la ocupación del subsuelo en la zona de dominio público de las carreteras y ferrocarriles de su titularidad, siempre que sean objetivas, no discriminatorias, transparentes y proporcionadas.

Tampoco prospera un segundo motivo alegado por la recurrente, en el sentido que, ex artículo 149.1.21 CE, una Comunidad Autónoma no puede establecer cuáles son los requisitos y condiciones que, a su juicio, resultan necesarios para preservar las normales condiciones de uso de las carreteras y vías férreas de su titularidad, ya que el TS entiende que la Administración autonómica es competente para ello siempre que no interfiera en la competencia estatal (lo que no hace en el supuesto enjuiciado).

En relación al segundo de los preceptos, el TS también desestima los argumentos de la recurrente, pues entiende que el artículo 6.2 del Decreto 358/2000 respeta la facultad ministerial de efectuar el anuncio público a que hace referencia el artículo 47 de la Ley General de las Telecomunicaciones y, por tanto, no viola las competencias estatales. Antes al contrario, considera que dicho precepto, que establece una obligación para la Administración autonómica, en cuanto que titular del dominio público, de llevar a cabo idéntica publicidad en su diario oficial, resulta acorde con lo establece el Derecho europeo (artículo 11 de la Directiva 97/33/CEE) y favorece la posibilidad de la utilización compartida del dominio público.

C) Ejecución por la CMT de requerimientos de información: alcance del privilegio de autotutela de la Administración Pública

La STS de 16 de mayo de 2006, Ar. 2358, desestima un recurso de casación interpuesto por Entidad Telefónica de España, SA, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2003, que considera conforme a Derecho la Resolución del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se deniega la solicitud de suspensión de un requerimiento de información que practicó dicha autoridad, en relación con determinada documentación referida a las

operativas vigentes en Telefónica de España, SA. Frente a los motivos alegados por la parte recurrente, la argumentación del TS se centra en una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública y su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24 CE. De forma resumida, dicha doctrina defiende que el principio de ejecutividad de los actos administrativos engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 CE y es compatible con el citado artículo 24 CE, sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos. En este sentido, el derecho a la tutela, de acuerdo con los artículos 106.1 y 117.3 CE, se satisface facilitando que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión o la ejecución, con independencia del sentido concreto de la decisión. Así, contrariamente a lo que pretende la Entidad recurrente, el derecho de justicia cautelar no produce el efecto jurídico de impedir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acuerde la ejecución inmediata de las resoluciones de requerimientos de información practicados hasta que los tribunales de lo contencioso-administrativo puedan pronunciarse sobre la adopción de la medida cautelar solicitada, porque ésta no es la interpretación que del artículo 24 CE ha hecho el Tribunal Constitucional. La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia, al mismo tiempo que constituye un límite a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas. Pero, en todo caso, dicha potestad no se lesiona por el pronunciamiento de la Sala de instancia que concluye, a partir de una interpretación adecuada y conforme a los cánones constitucionales, que las resoluciones del Presidente del Mercado de las Telecomunicaciones son legítimas y no vulneran el artículo 24 CE.

7. ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y GASTOS DE PERSONAL

La STC 297/2006, de 11 de octubre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, respecto a las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley Foral 19/2000, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de Navarra para el ejercicio 2000. Ambas disposiciones, a juicio del órgano judicial que propone la cuestión, prevén un crecimiento superior al 2% previsto con carácter básico en el artículo 21 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2001, para todo el personal al servicio del sector público, por lo que estarían vulnerando los artículos 149.1.13 y 156.1 CE. En esta sentencia destaca que el Tribunal Constitucional utilice el título competencial establecido en el artículo 149.1.13 CE, para legitimar la intervención del Estado en la fijación de límites salariales respecto al personal al servicio de las administraciones.

Esta cuestión ha sido resuelta en las recientes SSTC 148/2006, de 11 de mayo; 178/2006, de 6 de junio; 195/2006, de 22 de junio, y 222/2006, de 6 de julio, que examinan la posibilidad de que el Estado fije límites al incremento de los gastos relacionados con el personal al servicio de las Administraciones públicas. A ellas se remite explícitamente la STC 297/2006, de 11 de octubre, y en consecuencia hacia ellas hemos de dirigir nuestra atención. Estas sentencias, por su parte, citan anteriores pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional, como, por ejemplo, las SSTC 24/2002, de 31 de enero; 202/2003, de 17 de noviembre, y 139/2005, de 26 de mayo. Tal y como señalara el Tribunal Constitucional en aquellas tres ocasiones, no cabe dudar del carácter básico de la intervención estatal, por la que se limita el citado incremento, si bien el título que la ampara no se encuentra en el artículo 149.1.18 CE, relativo al “régimen estatutario de los funcionarios”, sino en el artículo 149.1.13 CE, de “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

En particular, la STC 148/2006, de 11 de mayo, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en relación con la disposición adicional primera de la Ley Foral 1/1997, de 31 de enero, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 1997, que incrementa las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. En este proceso, el debate se centra en si la disposición cuestionada vulnera el mandato de congelación salarial establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997 y, con ello, los artículos 149.1.13 y 156.1 CE (principio de coordinación con la Hacienda estatal).

Por su parte, la STC 178/2006, de 6 de junio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno respecto a diversos preceptos de la Ley de Asturias 10/1996, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales del Principado para 1997, que preveían la convocatoria de una oferta pública de empleo comprensiva de todas las plazas vacantes. Se trata de examinar si tal previsión entra en conflicto con el mandato básico de congelación salarial contenido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997.

La STC 195/2006, de 22 de junio, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra planteó en relación con la disposición adicional primera de la Ley Foral 21/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio de 1999. El debate de fondo es el mismo que en las dos sentencias ya citadas, esto es, si la actualización de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra y de sus organismos autónomos, así como de las pensiones de las clases pasivas, vulnera los artículos 149.1.13 y 156.1 CE, al implicar un crecimiento superior al previsto en la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000.

Finalmente, la STC 222/2006, de 6 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad que el Presidente del Gobierno promovió frente a los apartados 4 y 9 del artículo 17 de la Ley del Parlamento Vasco 10/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de

la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1997. Los apartados impugnados preveían la actualización de las retribuciones básicas y la determinación de las retribuciones complementarias de los funcionarios autonómicos, y de determinados altos cargos, por lo que se plantea su compatibilidad con la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997.

El TC recuerda que la noción “régimen estatutario de los funcionarios” no incluye la adopción de medidas coyunturales y de eficacia limitada en el tiempo, como las contenidas en las disposiciones impugnadas. Como los topes retributivos que impone el Estado no se circunscriben a los funcionarios autonómicos, ni tienen un carácter permanente, el TC los analiza desde la perspectiva de los artículos 149.1.13 y 156.1. Considera que hay una vinculación directa de dichos límites retributivos con la fijación de la política económica general por parte del Estado, puesto que la incidencia en la autonomía financiera y presupuestaria de las Comunidades Autónomas está directamente relacionada con la responsabilidad del Estado de garantizar el equilibrio económico general.

A continuación, se precisa que el Estado tiene la competencia de ordenación general de la economía y que el texto constitucional proclama el principio de coordinación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal. Ello justifica que el Estado pueda fijar topes máximos a las retribuciones de los funcionarios, y que, de igual modo, el Estado pueda limitar la oferta de empleo público por parte de las Administraciones Públicas y, singularmente, de las autonómicas. Dicha limitación está dirigida a “contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público”, como es el gasto de personal.

En todas estas sentencias, el TC constata que los mismos preámbulos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado motivaron la restricción de la oferta de empleo público, y otras medidas como la congelación salarial de todo el personal al servicio del sector público, a partir de la corrección de los desequilibrios en materia de inflación y déficit público, y las exigencias derivadas de la convergencia comunitaria. En este sentido, el TC reconoce la idoneidad de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para que constituya un vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno y, con esta finalidad, que limite la oferta de empleo público.

Se llega a la misma conclusión desde el artículo 156.1 CE, en tanto que límite de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. La limitación de la oferta de empleo público de nuevo ingreso tiene relación directa con los objetivos de política económica. Además, se deja margen de maniobra a las Comunidades Autónomas, ya que la limitación se establece con base en la técnica del tope máximo porcentual, y de la utilización de criterios genéricos, como el carácter prioritario de los sectores, funciones y categorías; no predetermina un resultado singular, por lo que las Comunidades Autónomas pueden establecer su propia política de personal, si bien deberán respetar en todo caso el mandato básico estatal de congelación de gastos de personal (SSTC 63/1986, de 21 de mayo y 24/2002, de 31 de enero).

La STC 148/2006, de 11 de mayo, añade una precisión de notable interés. Los letrados representantes de Navarra consideran que la Comunidad Foral no puede estar vinculada con la misma intensidad que el resto de Comunidades Autónomas a los límites retributivos impuestos a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Los representantes de Navarra se basan, en primer lugar, en las competencias que se atribuyen a Navarra en relación con el régimen estatutario de sus funcionarios, por medio del artículo 49.1, letra b), de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA). A continuación, se fundamentan en la autonomía financiera reconocida en la LORAFNA, y relacionada con sus derechos históricos. Y, finalmente, se remiten a las previsiones de la propia LORAFNA relativas a las relaciones de la Comunidad foral con la Administración del Estado. El TC desestima estas alegaciones, porque si bien es cierto que la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas comprende su capacidad para definir sus gastos en los correspondientes presupuestos, sin embargo dicha autonomía está limitada materialmente por los principios de coordinación con la hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles (artículo 156.1 CE), a los que precisamente la LORAFNA se remite. Para el TC, las especialidades del régimen navarro no se traducen en una vinculación menos intensa a las obligaciones legales y reglamentarias, sino en una participación más directa de la Comunidad Foral en su aplicación (FJ 7º).

Una mención aparte merece la STC 222/2006, de 6 de julio. En ella se insiste que la facultad del Estado de limitar las retribuciones de los funcionarios autonómicos tiene una vinculación directa con la fijación de la política económica general por parte del Estado ex artículo 149.1.13 CE (FJ 3º). Dentro de esa facultad está incluida la posibilidad de que el Estado adopte una decisión de crecimiento cero. El TC señala que no emplea un concepto de bases uniforme para todos los sectores del ordenamiento, sino que presupone fórmulas de intensidad y extensión variables en función de las características del ámbito afectado. A partir de esta idea, el TC examina las retribuciones de los altos cargos del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que están previstas en la Ley autonómica impugnada. En concreto, analiza si se encuentran sometidas al principio de congelación salarial contenido con carácter básico en el artículo 17.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997. El precepto estatal se refiere a la Administración General del Estado y a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y el TC incluye respectivamente a los Ministros, y a los Consejeros (y Vicepresidentes, en su caso) del Gobierno Vasco, atendida la doble naturaleza, política y administrativa de tales cargos. Por lo tanto, el precepto autonómico vulnera la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en lo relativo al Vicepresidente, Consejeros y altos cargos.

La conclusión es distinta para el caso del Presidente de la Comunidad Autónoma de Euskadi. La Ley de presupuestos generales del Estado que se toma como parámetro no incluye ninguna referencia a los Presidentes de las Comunidades Autónomas, y ello conduce al TC a concluir que no se encuentran afectados por el principio de congelación salarial. A estos efectos el TC remarca la singularidad institucional de los Presidentes de las Comunidades Autónomas. En definitiva, para el TC el Lehendakari no ha sido incluido por el legislador básico en la esfera objetiva de la congelación retributiva y, por tal razón, la Ley vasca im-

pugnada no incurre en inconstitucionalidad en tal aspecto. Esta conclusión es fuertemente discutida en los votos particulares de Javier Delgado Barrio (al cual se adhieren Vicente Conde, Roberto García-Calvo y Ramón Rodríguez) y Jorge Rodríguez-Zapata.

8. TELECOMUNICACIONES

A) Explotación de redes de telecomunicaciones por sociedades de capital mayoritariamente público y naturaleza de las cajas de ahorro

La STS de 17 de enero de 2006, Ar. 2226, estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de noviembre de 2002, parcialmente estimatoria del recurso deducido por la entidad mercantil Red de Banda Ancha de Andalucía, SA, contra una Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que le concede una licencia individual de tipo C₁, habilitante para el establecimiento y explotación de una red pública de telecomunicaciones que no implique el uso del dominio público radioeléctrico.

Partiendo de la consideración de que la entidad concesionaria tiene composición accionarial que corresponde en un 40% a una entidad privada, en otro 40% a una entidad pública y en el restante 20% a diversas cajas de ahorros y que, por tanto, la mayoría de su capital social (60%) es eminentemente público, la licencia se supedita a las condiciones que exigen los artículos 7.3 y 34 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de las Telecomunicaciones (actualmente derogados por la Ley 32/2003, de 3 noviembre), para garantizar que la no distorsión de la libre competencia, con la debida separación de cuentas y con arreglo a principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. El debate se centra, pues, en determinar la naturaleza pública o privada de las cajas de ahorros, ya que de una u otra solución depende la aplicación o no de la anterior normativa. El TS analiza la jurisprudencia constitucional en esta materia, donde se destaca la finalidad social de las Cajas, que supone que, en sus relaciones económicas, den prioridad a objetivos no siempre coincidentes con los que vendrían determinados por la simple aplicación de las reglas de mercado, lo que en un campo como el de las telecomunicaciones produciría un grave quebranto del sistema regido por las normas de la competencia. Aparece, pues, el interés público en su gestión y su carácter atípico, pues se trata en todo caso de entidades sin ánimo de lucro. A esta circunstancia se añade la importante participación que los representantes de las entidades locales y autonómicas tienen en los órganos de las cajas, junto con un régimen de protectorado y de control administrativo intenso, así como de cooperación de las cajas territoriales entre sí, que les permite imponer el cumplimiento de los citados fines sociales en una estrategia concertada. En definitiva, procede, en el caso enjuiciado, aplicar el artículo 7.3 LGT, interpretando que este precepto no se haya referido únicamente a las Administraciones Públicas, sino también a sociedades en cuyo capital participan mayoritariamente dichas Administraciones y que cumplen fines de interés general similares a los de éstas.

B) Emisiones radioeléctricas: el principio de precaución o cautela se hace extensivo a la normativa sectorial sensible para la salud humana

La STS de 19 de abril de 2006, Ar. 2154, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Asociación científica contra el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Los argumentos de la parte recurrente se centran principalmente en la vulneración por dicho Reglamento del principio comunitario de precaución o cautela y, concretamente, en el hecho de que este principio no se ha hecho extensivo a la salud humana porque los límites fijados en la norma para las emisiones radioeléctricas no tienen en cuenta los efectos biológicos no térmicos. Además, aunque reconoce que el Real Decreto 1066/2001 sigue la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 12 de julio de 1999, considera que ni esta ni aquel son acordes con los conocimientos científicos más recientes. El TS no comparte estas alegaciones y considera que no existen elementos de juicio suficientes que demuestren, con el rigor exigible, la incorrección de los valores propuestos en la citada Recomendación y en el Reglamento estatal, que los asume. Muy al contrario, entiende que los límites o umbrales de protección sanitaria que proponen no han sido fruto de una decisión improvisada, irreflexiva o imprudente. Para llegar a dicha conclusión, efectúa un pormenorizado análisis de la secuencia cronológica de los antecedentes de la Recomendación comunitaria finalmente adoptada, como también lo hace de los informes de grupos de expertos y comités, auspiciados por las autoridades sanitarias nacionales, que han servido de base para elaboración del Reglamento estatal.

Después de las consideraciones anteriores, el TS lleva a cabo un análisis del principio de precaución o cautela, que aparece positivizado en el artículo 174.2 TCE para la política de medio ambiente. Dicho principio, como criterio de prudencia general, ha venido inspirando la actividad legislativa y administrativa en sectores sensibles para la salud humana, pero como criterio más específico y sustantivizado, ha dotado de validez a medidas excepcionales en situaciones de crisis que, sin él, estarían abocadas a la aplicación del régimen ordinario vigente en la materia. Concretamente, tiene su ámbito propio de aplicación cuando se han detectado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, de un producto o de un proceso respecto de los cuales la evaluación científica de sus riesgos no ha llegado a conclusiones dotadas de certeza. Este es el enfoque que preside algunos textos normativos comunitarios más relevantes, que han desarrollado el principio de precaución, extendiéndolo al ámbito de la salud humana, tanto para dar cobertura a medidas excepcionales como para definir las circunstancias en las que estas son admisibles. En este sentido, la jurisprudencia del TJCE insiste en la virtualidad del principio de precaución para validar determinadas medidas restrictivas que afectan a la libertad de circulación de productos. Desde esta perspectiva el TS considera que el Real Decreto 1066/2001 no ha vulnerado el principio de cautela, pues no se ha demostrado que exista una situación de crisis que aconseje la suspensión del régimen general mediante el cual se han impuesto límites reglamentarios a la exposición de las personas a campos electromagnéticos. Pero tampoco desde la perspectiva más general del enfoque

precautorio como criterio inspirador de una normativa sectorial como la que se examina. La decisión final que ha desembocado en el Reglamento estatal es legítima porque se ha adoptado sobre la cuádruple base de: a) un proceso previo de estudio y análisis rigurosos en el plano científico, b) el acogimiento de las tesis científicamente prevalentes, c) la existencia de razones serias de interés general que aconsejen no impedir la difusión del producto correspondiente y d) las previsiones revisoras y actualizadoras de los límites de seguridad mínimos que se estimen pertinentes cuando la labor de verificación absoluta de los riesgos no probados o, muy insuficientemente detectados, requiera ulteriores años de investigación y comprobación científica, tanto en sus componentes clínicos y de laboratorio como en su dimensión epidemiológica. A todo ello deben añadirse los beneficios que de todo tipo supone la introducción y extensión universal de la telefonía móvil y la existencia de sucesivos informes, realizados oficialmente por la Administración del Estado, que demuestran que los niveles de exposición del público a las radiaciones radioeléctricas están muy por debajo de los valores límites.

9. TRANSPORTES

A) Servicio de auto-taxi. Denegación de transferencia de licencia

La denegación de una transferencia de licencia de taxi, cuya validez fue confirmada en primera instancia por el TSJ de Madrid, dio lugar al recurso casacional que resolvió el Tribunal Supremo mediante la **STS de 7 de noviembre de 2005**, Ar. 2033 de 2006.

El Tribunal Supremo desestima los tres motivos alegados por el recurrente. En primer lugar, niega que el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transporte de Automóviles ligeros, aprobado por el RD 763/1979, no fuera aplicable al caso por estar afectado de inconstitucionalidad sobrevenida tras la sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996 dictada en relación a la ley de ordenación del transporte.

Recogiendo una doctrina jurisprudencial ya abundante sobre esta cuestión, reafirma que el citado Real Decreto no es un Reglamento dictado en desarrollo de la LOTT de 1987 y que no puede considerarse incluido en la declaración de inconstitucionalidad que la sentencia 118/1996 hizo de los artículos 113 a 118 de la citada ley. En este sentido se remite a las SSTS de 30 de octubre de 2002 y 1 de abril y 8 de julio de 2003.

En segundo lugar, niega también que el artículo 14.d) del RD 763/1979 no respete el principio de igualdad al discriminar a los titulares de licencia de taxi con respecto a los conductores asalariados. El Tribunal Supremo afirma que para apreciar la vulneración del principio de igualdad es necesario que concurra una igualdad objetiva en las situaciones cuya discriminación se denuncia, lo que no se da en el caso de los titulares de licencias de autotaxi con respecto a los conductores asalariados.

Por último, se rechaza también que la denegación de la transferencia solicitada vulnere el artículo 38 de la Constitución al oponerse a la libertad de gestión empresarial. El Tribunal Supremo afirma que “la realidad es, sin embargo, que el principio general del artículo 38 garantiza la libertad de empresa con la finalidad de fijar los límites en los que hayan de moverse los poderes públicos al adoptar cualquier clase de medidas que incidan en la economía nacional, y en nada ha de impedir la adopción de las medidas que el bien del servicio público de que se trate pueda exigir. El establecimiento de unos requisitos a exigir para autorizar las transferencias de licencias de autotaxis responde a unos criterios de política legislativa que no pueden menos de ser calificados de razonables, sea o no la regulación concreta elegida la más acertada”.

B) Servicio de auto-taxi. Prohibición de ejercer otras actividades y competencias municipales

El artículo 26.1 de la Ordenanza Municipal del Servicio de Autotaxi del Ayuntamiento de Zaragoza fue impugnado ante el TSJ de Aragón. Rechazado el recurso, se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual mediante **STS de 5 de junio de 2006**, Ar. 3432, lo desestimó.

El precepto impugnado establece: “El auto-taxi solamente podrá ser conducido por el titular de la licencia a la que estuviera afecto, salvo las excepciones previstas en este artículo”, mientras que la Disposición Transitoria Primera dispone que “Las personas que a la fecha de publicación de esta Ordenanza sean trabajadores asalariados de un titular de licencia de auto-taxi continuarán en su situación laboral hasta la llegada del término final del contrato previsto por las partes al celebrarlo. A estos asalariados con contrato en vigor se les podrá renovar el contrato una vez que finalice el plazo inicialmente previsto en el mismo...”.

Si bien en este recurso, a diferencia del comentado en el apartado anterior, se impugna una ordenanza y no un acto, los argumentos de los recurrentes guardan estrecha relación, al ser semejantes los motivos por los que se interponen sendos recursos. En definitiva, se cuestiona la potestad administrativa de ordenar el sector de los taxis imponiendo límites al contenido de la propiedad de las licencias de auto-taxi y a su libre transmisión.

En la sentencia que ahora comentamos los recurrentes alegan, al igual que vimos que se hacía en el recurso antes comentado, la vulneración de los artículos 14 y 38 de la Constitución, a lo que añaden la falta de competencia municipal para establecer la ordenación del servicio de auto-taxi.

Sobre esta segunda cuestión el Tribunal Supremo reitera su doctrina contenida en las SSTs de 3 de junio de 2004, Ar. 4063, y 2 de junio de 2004, Ar. 4024, según la cual la competencia municipal para regular la prestación del servicio de auto-taxi comprende la potestad de organizar el servicio dentro de los límites de la razonabilidad, procurando satisfacer las necesidades de los usuarios y teniendo en cuenta la rentabilidad que la prestación del servicio lleve consigo.

Por lo que se refiere a la vulneración del artículo 38 el Tribunal Supremo cita la STS de 21 de febrero de 2005, Ar. 1492, en la que se reconoció la validez de imponer incompatibilidades a los titulares de licencia de auto-taxi para dedicarse a otra actividad, con cita a su vez en esta sentencia de otras anteriores de idéntico contenido (a ellas nos hemos referido en el comentario de la sentencia anterior).

Por todo ello se desestima el recurso, confirmando la competencia municipal en esta materia y la validez material de lo establecido en la ordenanza impugnada, concretamente, que el auto-taxi solamente podrá ser conducido por el titular de la licencia a la que estuviera afecta, salvo las excepciones previstas en la propia norma.

C) Transporte por ferrocarril. Viabilidad económica y financiera y rentabilidad social del proyecto de implantación de nuevas líneas

La entidad mercantil “Compañía del Tranvía Eléctrico de San Sebastián a Tolosa” titular de algunas concesiones de líneas de transporte público por carretera, impugnó dos resoluciones, de 30 de julio de 1997, del Director General de Infraestructuras del Transporte del Gobierno Vasco, por las que desestimó, en la primera, las alegaciones formuladas por dicha entidad en período de información pública del Proyecto de Penetración a Lasarte-Oria y Nuevas Estaciones de Ferrocarril en la línea Bilbao-Donostia, y se aprobó definitivamente el Proyecto, en la segunda.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia, en fecha 20 de junio de 2003, declarando inadmisibles la primera impugnación, por tratarse de un acto de mero trámite que no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto impidiendo su continuación, y desestimando la segunda.

Contra esta sentencia, se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, con base en los siguientes motivos. Primero: infracción del artículo 152.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT) y del artículo 227.1.a) de su Reglamento, porque para cumplir lo en ellos establecido sobre la prestación de la memoria y su contenido no basta una memoria que incorpore los extremos expresados en esos preceptos, sino que, además, deben ser acertados o cuando menos verosímiles y no basarse en apreciaciones erróneas, como se demostró en el curso del proceso y la propia sentencia impugnada reconoce. Segundo: como afirma una reiterada jurisprudencia, si el acto se basa en presupuestos fácticos erróneos podrá impugnarse con éxito la actuación de la Administración. Tercero: vulneración del artículo 157.2.b) LOTT y artículo 230.b) de su Reglamento, porque estos preceptos no se refieren, como indica la sentencia, a la racionalidad de la decisión de implantar nuevas líneas, sino a que su construcción y posterior explotación se plantee en términos de efectiva viabilidad económica y financiera o de rentabilidad social, sin que ello pueda extraerse de los documentos en que se apoya la sentencia. Cuarto: infracción de las normas que rigen la prueba, puesto que la sentencia, a pesar de reconocer la infrautilización de la línea de ferrocarril, califica de irrelevante la prueba pericial practicada que puso de manifiesto los errores cometidos en las estimacio-

nes de la memoria respecto de la viabilidad económica-financiera de la nueva línea y de su rentabilidad social, lo que no ha sido contradicho por las partes demandadas, sobre las que recae la carga de la prueba en contrario. Y quinto: infracción del artículo 4.3 LOTT y artículo 227.1.a) de su Reglamento, al no haberse adoptado medidas de armonización de ninguna clase entre los diferentes modos y empresas de transportes y evitar la competencia desleal entre ellas.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 17 de mayo de 2006**, RJ 2006\2364, rechaza todos y cada uno de los motivos de casación indicados. Argumenta el Tribunal que los recurrentes “sólo están contemplando un aspecto parcial del proyecto, referido al número de pasajeros que utilizan la vía, pero olvidan que en la memoria se están valorando otros fines distintos: proporcionar a un colectivo de viajeros el transporte por ferrocarril para que pudiera acceder directamente al resto de la red ofrecida por Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, SA; capturar un colectivo de viajeros que en aquel momento optaba únicamente al vehículo propio, y completar la oferta que se realizaba a un colectivo que en estos momentos sólo podía utilizar el transporte colectivo privado (...) Desde otra perspectiva, debe señalarse que los errores denunciados parten de unas muestras practicadas en el período inicial del funcionamiento de la vía, pero no tienen en cuenta su desarrollo en el futuro en el que es posible el crecimiento de la demanda”. Y añade: “La memoria, en cuanto documento que funda un proyecto ha de basarse necesariamente en datos de previsibilidad, que en materia de transporte deben tener un fundamento racional. Como señala la sentencia de instancia, cuyos fundamentos se aceptan, el hecho de que posteriormente esos datos fallen no implica sin más que el proyecto sea ilegal. Esto ocurriría si las previsiones fueran irracionales o ilógicas, y los estudios en que se basaron no estuvieran debidamente fundados, cosa que no ha ocurrido en el caso presente. Cuando la LOTT y su Reglamento establecen en sus artículos 157 y 230, respectivamente, la viabilidad económica y financiera del proyecto y su rentabilidad social, están atribuyendo a la Administración un cierto margen de discrecionalidad para la apreciación de estas circunstancias (...) Pues bien, no consta que se haya actuado de forma arbitraria o irracional”.

D) Competencia sobre autorización de paradas de líneas de transporte interurbano en casco urbano

El Tribunal Supremo ha resuelto en breve espacio de tiempo varios litigios suscitados entre las mismas partes (Ayuntamiento de A Coruña, Xunta de Galicia y la empresa “Transportes Finisterre, SA”) y sobre cuestiones íntimamente relacionadas: la **SSTS de 18, 23, 26 y 30 de mayo de 2006** (recursos de casación 8946/2003, 10172/2003, 10164/2003 y 8877/2003, respectivamente).

Todas estas sentencias tienen en común la discusión acerca de si es municipal o autonómica la competencia sobre autorización de paradas de líneas de transporte interurbano situadas dentro del casco urbano. El Ayuntamiento de A Coruña alega que le corresponde la competencia para la ordenación del tráfico en el casco urbano del municipio, competencia que abarcaría la autorización para el establecimiento de las indicadas paradas dentro de dicho casco. Tesis que no comparte el Tribunal: “pues si bien es cierto que (...)”

es el Ayuntamiento el que tiene competencia para ordenar el tráfico urbano, no hay que olvidar, que de lo que aquí se trata es de ordenar el tráfico interurbano, respecto a una concesión que tiene en su título concesional reconocida una parada en casco urbano (...) y en la determinación del contenido y alcance de tal cuestión, no puede el Ayuntamiento actuar unilateralmente, ni menos suprimir por sí solo la parada que la empresa tiene reconocida en el título concesional, sin perjuicio obviamente de que a virtud de la necesidad de coordinación que existe entre el Ayuntamiento y la Administración que reconoció la concesión (Administración autonómica), se puedan instar los trámites y acuerdos pertinentes, que tengan en cuenta y respeten los derechos y competencias de cada uno, los derechos de la empresa concesionaria y también los intereses públicos afectados por la adecuada ordenación del tráfico”.

ANGELS ARRONIZ I MORERA DE LA VALL

ALFREDO GALÁN GALÁN

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) Condiciones aplicables a la publicidad comparativa permitida y límites con la publicidad engañosa. B) Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y laudo arbitral. **2. Deporte.** A) Protección especial al amparo de sus derechos fundamentales para el jugador de fútbol eslovaco al que no se le reconoce su licencia federativa como jugador comunitario. B) Transcurso del plazo de caducidad en el procedimiento sancionador antidopaje. C) Descenso de categoría declarada como medida cautelar por deudas pendientes con los jugadores. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Legalidad de Decreto autonómico sobre orientación educativa. B) Universitaria. a) Límites a la autonomía universitaria en los Estatutos propios. **4. Extranjeros.** A) Permiso de trabajo y de residencia. B) Denegación de entrada y expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. **5. Fuerzas y cuerpos de seguridad.** A) Falta de justificación razonable para el establecimiento de límites de edad en las bases de un concurso-oposición de plazas de inspector del Cuerpo de Mossos d'Esquadra. **6. Sanidad.** A) Consentimiento informado. B) Legalidad de Decreto autonómico de regulación de los servicios de análisis clínicos, de ortopedia y de óptica dispensados en oficinas de farmacia.

1. CONSUMO**A) Condiciones aplicables a la publicidad comparativa permitida y límites con la publicidad engañosa**

La STJCE de 19 de septiembre de 2006, *Etablissements Franz Colruyt NV*, C-356/04, tiene por objeto, tras el examen de una cuestión prejudicial, la interpretación del artículo 3 bis, apartado 1, letras a), b) y c), de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, en materia de publicidad engañosa y de publicidad comparativa, en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997.

La condición aplicable a la publicidad comparativa permitida –de conformidad con el artículo 3 bis, apartado 1, letra b), de la Directiva– debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una publicidad comparativa verse colectivamente sobre gamas de productos de consumo habitual comercializados por dos cadenas de grandes almacenes competidoras, siempre y cuando dichas gamas estén compuestas, en ambos casos, por productos individuales que, considerados por pares, cumplan individualmente el requisito de comparabilidad establecido por la referida disposición. Asimismo, debe interpretarse en el sentido de que el requisito de que la publicidad “compare de modo objetivo” las características de los bienes de que se trate, no implica que los productos y precios comparados, a saber, tanto los del anunciante como los de todos sus competidores incluidos en la comparación, sean enumerados expresa y exhaustivamente en el mensaje publicitario.

A efectos de la Directiva, las características “verificables” de bienes comercializados por dos cadenas de grandes almacenes competidoras, se determinan por los precios de los productos comparados; el nivel general de los precios respectivamente aplicados por esas cadenas de grandes almacenes por lo que respecta a su gama de productos comparables y al importe del ahorro que puede conseguir el consumidor.

Una publicidad comparativa que destaca el nivel general de precios más bajos del anunciante con relación a sus principales competidores, cuando la comparación ha versado sobre una muestra de productos, puede tener carácter engañoso cuando el mensaje publicitario: no revele que la comparación ha versado sobre dicha muestra y no sobre todos los productos del anunciante; no identifique los elementos de la comparación realizada o no informe al destinatario sobre la fuente de información en la que pueda obtenerse tal identificación, o haga una referencia colectiva a diversos importes que puede ahorrar el consumidor que realice sus compras al anunciante y no a sus competidores, sin individualizar el nivel general de los precios aplicados, respectivamente, por cada uno de los referidos competidores y el importe del ahorro que puede conseguirse comprando al anunciante y no a cada uno de los demás competidores.

B) Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y laudo arbitral

La STJCE de 26 de octubre de 2006, Elisa María Mostaza, As. C-168/05, responde a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Al respecto, determina que debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.

De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos. En estas circunstancias, el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que exige a los Estados miembros establecer que los consumidores no queden vinculados por las cláusulas abusivas, no podría alcanzarse si el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación dirigido contra un laudo arbitral no estuviera facultado para apreciar la nulidad de dicho laudo, debido únicamente a que el consumidor no ha invocado la nulidad del convenio arbitral en el marco del procedimiento de arbitraje.

La normativa española ha evolucionado precisamente en este sentido. En efecto, aunque no sea aplicable al litigio principal, no carece de interés señalar que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ya no exige que la oposición al arbitraje basada, en particular, en la nulidad del convenio arbitral se formule simultáneamente a la presentación por las partes de sus respectivas pretensiones iniciales.

2. DEPORTE

A) Protección especial al amparo de sus derechos fundamentales para el jugador de fútbol eslovaco al que no se le reconoce su licencia federativa como jugador comunitario

La STS de 24 de mayo de 2006, Ar. 3717, resuelve el recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales en origen contra las Resoluciones de la Real Federación Española de Fútbol de 31 de enero de 2001 y de la Liga Nacional de Fútbol de 30 de enero de 2001, sobre denegación de la licencia de jugador profesional como comunitario del interesado. En primera instancia se desestima su pretensión, sin embargo se le da la razón tras la interposición del recurso de casación.

En concreto, el Tribunal Supremo se fundamenta en cuanto al fondo de la cuestión en la STJCE de 8 de mayo de 2003, dictada en el caso Kolpak, de cuya doctrina se deduce que el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Eslovaca, por otra, se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad eslovaca, 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 están autorizados a alinear en los partidos de Liga y de Copa un número limitado de jugadores procedentes de países terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Aclarado el fondo de la cuestión, el Tribunal Supremo entiende que no fue acertada la solución de la sentencia recurrida de atribuir a dicha reclamación la consideración de materia de legalidad ordinaria y, por ello, extraña al ámbito del proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en la medida que el artículo

13 de la Constitución en lo que hace a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, establece que gozarán de ellos “en los términos que establezcan los tratados y la Ley”. Esto significa efectivamente que el legislador tiene reconocido un margen de disponibilidad para esa regulación, pero no quiere decir que los derechos que sean objeto de dicha regulación no sigan siendo derechos fundamentales, ni estén acompañados de las garantías establecidas para esta clase de derechos en el artículo 53 CE. Lo cual, aplicado al presente caso litigioso, significa que, estando reconocido en un tratado internacional el derecho de los nacionales de la República Eslovaca a no ser discriminados por razón de su nacionalidad en las condiciones de trabajo —cuando hayan sido contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad—, ello equivale a reconocer con ese alcance el derecho fundamental del artículo 14 CE y, consiguientemente, la garantía del procedimiento especial de protección jurisdiccional prevista en el apartado 2 del mencionado artículo 53 CE. Por tanto, es justificada la infracción del artículo 14 CE que se denuncia en el recurso de casación.

B) Transcurso del plazo de caducidad en el procedimiento sancionador antidopaje

La STS de 3 de julio de 2006, Ar. 3756, estima el recurso de casación interpuesto por un deportista sancionado por detectarse la sustancia nandrolona en un análisis de orina efectuado con ocasión de la celebración de un campeonato de atletismo. El debate jurídico se centra en examinar si el procedimiento sancionador se ajusta o no a derecho. Al efecto se afirma por el Tribunal Supremo que en principio son aceptables las explicaciones que ofrece la sentencia recurrida al indicar que el plazo de caducidad debe computarse a partir de la fecha de incoación del expediente sancionador y que, por tanto, queda excluido de dicho cómputo el tiempo anterior a la incoación del procedimiento, esto es, el período durante el que se desarrollan las denominadas actuaciones previas a las que se refiere el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Ahora bien, no cabe ignorar que en el caso de la disciplina deportiva existe una norma específica en cuya virtud, una vez concluidas las fases de control y de comunicación (incardinables en las “actuaciones previas” antes mencionadas), sí se aprecian indicios de una posible infracción “... el órgano competente deberá iniciar de oficio el correspondiente expediente disciplinario en un plazo no superior a quince días contados a partir de la recepción en la Federación de la notificación del laboratorio de control antidopaje” (artículos 8 y 9.1 del Real Decreto 255/1996, de 16 de febrero, sobre Régimen de Infracciones y Sanciones para la Represión del Dopaje).

Por lo tanto, existiendo esa norma singular que establece de forma clara e inequívoca el lapso de tiempo en el que debe iniciarse el expediente sancionador, concluye el Tribunal Supremo que tiene razón el recurrente cuando señala que a efectos del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento debe tomarse como día inicial no ya la fecha en que efectivamente fue incoado el expediente sancionador sino aquélla en que debió haberse incoado.

C) Descenso de categoría declarada como medida cautelar por deudas pendientes con los jugadores

La STS de 8 de mayo de 2006, Ar. 3699, confirma la legalidad de la resolución que decide el descenso de categoría de un club por deudas pendientes con sus jugadores. En concreto, determina que el artículo 76.3.b) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y los artículos 16.b) y 23.3.c) del Real Decreto 1591/1992, contemplan como infracción muy grave el incumplimiento por los Clubes de las obligaciones económicas vencidas. Y que el artículo 23.3.b) del citado Real Decreto dispone que la sanción correspondiente es la de descenso de categoría cuando ese incumplimiento revistiere especial gravedad. Por otra parte, para el artículo 15 [ahora 104.2.b)] del Libro XI del Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol, es causa específica de descenso de categoría de los clubes no tener satisfechas las cantidades que adeuden a sus jugadores el último día hábil del mes de julio. Precisamente, por ello, a partir de la propuesta de la correspondiente Comisión Mixta se incoó el procedimiento extraordinario encaminado a establecer si, efectivamente, se había cometido tal infracción.

De ahí que se insista en la Sentencia, en que no es procedente debatir la cuestión de fondo, la existencia o no del incumplimiento, en el enjuiciamiento de una medida cautelar. A la hora de incoar el procedimiento y de adoptar una medida de esa naturaleza, bastaba con que la propuesta de la Comisión Mixta ofreciera indicios suficientes de la existencia de la infracción, cosa que hace según se aprecia con su simple lectura. Hay que tener en cuenta a este respecto que, según el Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol, se trata de una instancia paritaria integrada por representantes de los futbolistas y de los Clubes a la que ese texto normativo (en los artículos antes citados) encomienda, entre otras funciones, la de librar y trasladar a la Real Federación certificación sobre el incumplimiento por los Clubes de las obligaciones económicas con sus futbolistas. Por lo demás, la Sentencia rechaza el reproche de falta de proporcionalidad de la medida cautelar, en la medida que no puede tacharse de irrazonable.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Legalidad de Decreto autonómico sobre orientación educativa

La STS de 10 de abril de 2006, Ar. 2958, confirma la legalidad del Decreto 120/1998 del Consello de la Xunta de Galicia, por el que se regula la orientación educativa y profesional de la Comunidad Autónoma Gallega, en el que se atribuyen las funciones de coordinación de la orientación educativa (esta última, hasta entonces, realizada por equipos pedagógicos externos) a los Maestros en los Colegios de Educación Infantil y Primaria, al considerar que la concreta atribución de dicha coordinación, no es contraria a la LOGSE, tal y como pretendía el Colegio Oficial de Psicólogos de Galicia, que lo había recurrido.

B) Universitaria**a) Límites a la autonomía universitaria en los Estatutos propios**

La **STS de 5 de junio de 2006**, Ar. 3093, con ocasión de un recurso relativo al control del Gobierno Valenciano sobre los Estatutos de la Universitat Jaume I de Castellón, tiene la oportunidad de referirse a la autonomía universitaria (mejor, a sus límites). Más concretamente, el Tribunal Supremo no comparte la tesis de la representación universitaria —y sí la contraria del Gobierno autonómico— que pretendía extender en sus Estatutos la posibilidad de licencias para estudios a (todos) los profesores universitarios (“pertenece- rá sin duda al ámbito de la autonomía universitaria la fijación de los criterios académicos y docentes que deban seguirse para el otorgamiento de tales licencias entre sus teóricos beneficiarios; pero, como decimos, queda fuera de ese ámbito de autonomía cualquier previsión que suponga una alteración del régimen jurídico estatutario de las distintas categorías del personal docente”).

Asimismo, la **STS de 19 de junio de 2006**, Ar. 3384, tampoco da la razón a la misma Universidad en su recurso contra la intervención del Gobierno Valenciano —también respecto de sus Estatutos— cuando aquél modificó éstos, sustituyendo la expresión “País Valenciano” por “Comunidad Valenciana” (y “... la cultura, la ciencia y la técnica del País Valenciano ...”, por “la cultura, la ciencia y la técnica valencianas...”), puesto que la autonomía universitaria “no ampara que para identificar a la autonomía valenciana se utilice una denominación que de manera consciente quiere apartarse de la denominación oficial acogida en el artículo 1.1 del Estatuto de dicha Comunidad Autónoma”. Y tampoco le da la razón contra la supresión gubernativa del deber de los estudiantes de “conocer la lengua propia de la Universidad Jaume I”, establecido en el artículo 111.1.h) de los Estatutos aprobados por el Claustro. Sí da la razón, sin embargo, a la Universidad recurrente frente a la supresión de un inciso recogido en el artículo 5.j) de sus Estatutos que, para referirse a la lengua propia —valenciano—, añadía seguidamente “según el Estatuto de Autonomía, académicamente lengua catalana”; párrafo, este último, que el Tribunal Supremo considera “manifestación legítima de la autonomía universitaria” (con apoyo expreso en la STC 75/1997).

4. EXTRANJEROS**A) Permiso de trabajo y de residencia**

La **STS de 4 de noviembre de 2005**, Ar. 2030 de 2006, interpreta amplia o favorablemente al recurrente la “reagrupación familiar” entre hermanos —como excepcional dispensa de visado—, en línea con diversas sentencias anteriores (que cita) en las que se realza el profundo significado social de aquélla.

Por su parte, la **STS de 17 de febrero de 2006**, Ar. 2928, se enfrenta nuevamente con el concepto de “arraigo” a efectos de otorgamiento del permiso de residencia temporal

solicitado, interpretando como suficiente para su admisión el empadronamiento con al menos seis meses de antelación, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004 (que, a pesar de ser posterior a la solicitud, “expresa un criterio administrativo sobre los efectos del tiempo y del empadronamiento favorable a los extranjeros, que puede ser utilizado en el caso que nos ocupa a los efectos del ‘arraigo’ a que se refiere el artículo 31.4 LO 8/2000”).

B) Denegación de entrada y expulsión

Respecto a la entrada de extranjeros en territorio español, son varias las sentencias que ratifican la validez del requisito (establecido reglamentariamente) de la interposición de un recurso previo de alzada contra la denegación de entrada, antes de acudir a la jurisdicción (STS de 17 de febrero de 2006, Ar. 3480 a 3493; de 10 de mayo de 2006, Ar. 2165 y 2166, y de 9 de junio de 2006, Ar. 3076), ya comentada en anteriores Crónicas.

Asimismo, la STS de 28 de abril de 2006, Ar. 2334, anula una denegación de entrada y declara el derecho al resarcimiento (consistente en el importe del billete del viaje que finalizó sin poder entrar en territorio español). Sin embargo, la STS de 31 de mayo de 2006, Ar. 3215, ratifica la procedencia del acto denegatorio de entrada, basado en la insuficiencia de acreditación de medios económicos bastantes.

Respecto a la expulsión, podemos citar, en primer lugar, la STS de 4 de noviembre de 2005, Ar. 2031 de 2006, que reitera asentada doctrina sobre la imposibilidad jurídica de expulsar a encartado en proceso penal (por los mismos hechos por los que se le pretende expulsar administrativamente) hasta la existencia de pronunciamiento de la jurisdicción penal al respecto. Conviene recoger el argumento en su textualidad:

“Si el principio *non bis in idem* no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal. Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 30 de enero de 1981, el principio *non bis in idem* conduce a que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismo hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De aquí deriva una regla de subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional que determina que no pueda pronunciarse aquella hasta que lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración.

Partiendo de estos presupuestos, el ámbito de aplicación del artículo 53.4 de la LO 4/2000 (hoy 57.7, tras las reformas operadas por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 11/2003) no puede extenderse al supuesto de la calificación de unos hechos que están siendo enjuiciados

por la jurisdicción penal. La Administración puede solicitar del Juez, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario, como sucede en el supuesto de que se trata en este proceso, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal.”

En este mismo ámbito, pero de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, tenemos la **STS de 31 de mayo de 2006**, Ar. 3321, que casa una sentencia condenatoria (con sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión), eliminando de su fallo la previsión de la expulsión, precisamente, porque el carácter ilegal de la residencia en España del acusado había aparecido por primera vez en el *factum* de la Sentencia y porque tal medida de expulsión no había sido solicitada por el Ministerio Fiscal.

C) Asilo y condición de refugiado

Ha sido en este apartado donde, también esta vez se ha producido un número muy elevado de pronunciamientos del Alto Tribunal, si bien la mayoría de ellos no merecerá aquí nuestra atención porque son sentencias que ratifican la corrección de la inadmisibilidad a trámite de las solicitudes de asilo. Algunas otras sentencias, sin embargo, sí que consideran incorrecta tal actuación, ante los indicios concretos presentados, y ordenan a la Administración que proceda a la íntegra tramitación del procedimiento, hasta resolver sobre el fondo de lo pedido (así, **SSTS de 4 de noviembre de 2005**, Ar. 2025 a 2027 de 2006; de **17 de febrero de 2006**, Ar. 2919; de **7 de abril de 2006**, Ar. 2054; de **21 de abril de 2006**, Ar. 2060; de **28 de abril de 2006**, Ar. 2333; de **26 de mayo de 2006**, Ar. 3293; de **31 de mayo de 2006**, Ar. 3057, 3218 y 3299; y de **23 de junio de 2006**, Ar. 3189).

Por su parte, la **STS de 26 de mayo de 2006**, Ar. 3295, ratifica la procedencia de la desestimación del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a una mujer nacional de Armenia, por no considerar persecución protegible y probada los hechos aducidos.

5. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

A) Falta de justificación razonable para el establecimiento de límites de edad en las bases de un concurso-oposición de plazas de inspector del Cuerpo de Mossos d'Esquadra

La **STS de 28 de junio de 2006**, Ar. 3764, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Generalidad contra la sentencia que declaró nula y no ajustada a Derecho la base 2.1.c) de la convocatoria impugnada, por ser discriminatoria por razón de edad. La censura que se hace a la sentencia recurrida es que la fijación de los concretos límites mínimos y máximos de edad está plenamente justificada y no se basa en una decisión arbitraria de la Administración sino en razones que tienen su sentido práctico. Respecto de la limitación

de no superar los 40 años, se argumenta que tiene en cuenta que el Cuerpo de Mossos d'Esquadra es todavía un cuerpo policial en evolución, por lo que interesa que sus miembros puedan disponer de una promoción continuada y constante a través de las diferentes escalas y categorías; y éste es el motivo de ese límite de los 40 años, ya que así se facilita la promoción a las categorías superiores (intendentes, comisarios y mayores) y, a la vez, se establece una proximidad con los inferiores. Y se añade que no se trata de calibrar la capacidad para realizar funciones sino de facilitar la promoción de quienes accedan en su carrera administrativa. En cuanto a la edad mínima de 21 años, se aduce que es la que habrá de tenerse tanto para estar en posesión de la titulación (del Grupo B) que se exige, como para reunir el período de dos años de servicios en la categoría inferior que son necesarios para acceder por el turno de promoción interna.

Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el recurso y recuerda que incumbe a la Administración la carga de demostrar la existencia de razones objetivas y legítimas que han de concurrir en una diferencia de trato para que no sea discriminatoria y cubra el canon de constitucionalidad que significa el principio de igualdad (artículo 14 CE). Al respecto, comparte el razonamiento de la sentencia recurrida de que, por no existir suficiente justificación, debe considerarse inválido el límite máximo de edad establecido en la convocatoria (40 años). Y en cuanto al límite mínimo de edad (21 años), ratifica también lo que razona la sentencia recurrida en la medida que no se justifica suficientemente la sustitución del límite de la mayoría de edad, porque, si se busca una cierta experiencia, para la evaluación de este factor ya existe en el proceso selectivo la fase de concurso.

6. SANIDAD

A) Consentimiento informado

La STS de 4 de abril de 2006, Ar. 2198, tiene por objeto directo una pretensión de indemnización por error de diagnóstico en prestación sanitaria pública, pero aquí nos interesa su consideración final relativa a que la falta de la información debida al paciente, no es un perjuicio indemnizable en este caso (al no concurrir la relación de causalidad), pero constituye una mala praxis en sí (siguiendo, en esto, su doctrina previa de la STS de 4 de abril de 2000, Ar. 3258, y de 20 de abril de 2005).

B) Legalidad de Decreto autonómico de regulación de los servicios de análisis clínicos, de ortopedia y de óptica dispensados en oficinas de farmacia

La STS de 6 de junio de 2006, Ar. 3209, ratifica la legalidad del Decreto 165/2002, del Gobierno Vasco, que regula otras actividades complementarias realizadas en las propias oficinas de farmacia, como son las de análisis clínicos, de ortopedia y de óptica, frente a un recurso interpuesto por el Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción: la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conoce de las acciones de enriquecimiento injusto derivadas de un contrato administrativo. B) Competencia: los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocen de recursos contra resolución del Director General de Instituciones Penitenciarias sobre materia retributiva. C) Sujetos. a) Las personas jurídicas deben acompañar el acuerdo previo del órgano competente, si bien éste es un requisito subsanable. b) No es posible invocar la falta de emplazamiento de un sindicato que tuvo conocimiento extraprocésal del pleito. c) Legitimación. a') El artículo 35.1.2 de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de seguros privados, confiere una concreta legitimación activa. b') Las Juntas de Personal no tienen legitimación para recurrir acuerdos relativos a la modificación y creación de puestos de trabajo. c') Una asociación notarial no tiene legitimación para impugnar una norma relativa al derecho de los interesados para instar la intervención del Registrador sustituto. D) Objeto. a) Al socaire de un recurso contra un Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial sobre archivo de denuncia, no se puede pedir una declaración de existencia de una determinada infracción procesal con resultado de indefensión. b) Cuestión de ilegalidad. a') Procede en relación con normas derogadas que puedan seguir produciendo efectos. b') No procede cuando el precepto ya ha sido derogado. E) Procedimiento. a) Interposición. a') La interposición anticipada es un defecto subsanable si en el curso del procedimiento se produce la desestimación expresa o presunta. b') El plazo de interposición del recurso previsto en el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en su redacción anterior a la reforma de la Ley 11/1999. b) No produce indefensión aportar documentos con la contestación a la demanda si en ningún momento se recurrió decisión alguna del Tribunal en relación con esos documentos que finalmente llegaron al proceso. c) Sentencias. a') Congruencia: no es necesario responder pormenorizadamente a las alega-

ciones concretas no sustanciales. b') Es posible una remisión genérica a los fundamentos jurídicos de otra sentencia. c') Ejecución de sentencias: las causas de imposibilidad de ejecutar la sentencia previstas en el artículo 105.2 LJCA han de interpretarse restrictivamente. F) Medidas cautelares. a) Es procedente la anotación preventiva de la interposición del recurso relativo a unas fincas. b) Los perjuicios invocados deben probarse. G) Extensión de efectos. a) La identidad de efectos debe acreditarse. b) No se produce la identidad de supuestos cuando se consiente el acto administrativo. **II. Recurso de casación.** A) Inadmisión. a) Defectuosa preparación. a') El escrito de preparación debe ser presentado ante la Sala que dictó la resolución recurrida. b') Se debe justificar la infracción relevante de Derecho estatal o comunitario europeo. c') La causa de inadmisión de defectuosa preparación opera también cuando se invoca la infracción de preceptos constitucionales. b) Cuantía: en el caso de reclamación de responsabilidad patrimonial la cuantía se obtiene de dividir lo solicitado entre el número de reclamantes. B) Costas: excesivas en caso de estudio de causa de inadmisión. **III. Recurso de revisión.** A) No se puede volver a plantear la cuestión decidida por la sentencia firme impugnada. B) Requisitos del motivo de recuperación de documentos decisivos.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 1 (marzo de 2006) hasta el número 7 (mayo de 2006) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación de las partes y a la cuestión de ilegalidad.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción: la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conoce de las acciones de enriquecimiento injusto derivadas de un contrato administrativo

Según la STS de 17 de enero de 2006, Ar. 522, incurre en defecto en el ejercicio de la jurisdicción la sentencia que se abstiene de pronunciarse sobre la acción de enriquecimiento injusto, que también se ejercitaba, por atender exclusivamente a la forma del contrato

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de compraventa celebrado con la Diputación Foral para atribuirle naturaleza civil, sin tener en cuenta que la finalidad perseguida era poder ubicar en el inmueble adquirido la sede del Departamento Foral de Hacienda y Finanzas, fin que determinaba la naturaleza administrativa del contrato, según el artículo 4.2 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no duda en atribuir carácter administrativo a un contrato en función de su finalidad. Por tanto, si son administrativos los contratos de compraventa a través de los cuales la Administración adquiere inmuebles a particulares para destinarlos a un fin público, resulta patente que el contrato de compraventa controvertido merecía la calificación de contrato administrativo.

La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. En cualquier caso, ya en dos conocidas Sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975, se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos. El análisis de la referida jurisprudencia admitiendo la figura en Derecho administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala Primera de este Alto Tribunal denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por la Sala Tercera, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso, de una entidad local.

Por consiguiente, ha de reconocerse que el enriquecimiento injusto, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo.

B) Competencia: los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocen de recursos contra resolución del Director General de Instituciones Penitenciarias sobre materia retributiva

La STS de 1 de diciembre de 2005, Ar. 966, al resolver la cuestión negativa de competencia que se plantea entre el Juzgado Central núm. 1 de lo Contencioso-administrativo y la Sala del indicado orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para conocer del recurso contencioso-administrativo formulado por funcionario del Cuerpo de ATS de Sanidad Penitenciaria, contra la resolución del Director General de Instituciones Penitenciarias por la que se le deniega el abono del complemento de productividad de las guardias médicas, señala que en la resolución administrativa se examina un problema —el ya referido del abono de un determinado complemento de productividad— que es

competencia del Ministro del Interior según resulta de la Orden de delegación de competencias de 2002 a la que se ha hecho referencia anteriormente, y cómo en la indicada resolución administrativa no se ha hecho mención expresa de la correspondiente delegación, de esta circunstancia deriva, como resulta de lo ya expuesto, el planteamiento de la cuestión de competencia que ahora se enjuicia: uno de los órganos judiciales en cuestión considera que la indicada omisión obliga a entender que el acto administrativo impugnado emana del Director General de Instituciones Penitenciarias, mientras que el otro órgano jurisdiccional mantiene que dada la delegación de competencia existente, el referido acto debe ser imputado al Ministro del Interior, órgano delegante.

Pues bien, la Sala considera que en el caso presente debe prevalecer la realidad legal de la existencia de la delegación de atribuciones a la que se ha venido haciendo referencia, frente a la omisión formal de no mencionarse en la resolución administrativa la repetida delegación de competencias, lo que determina que la competencia discutida deba ser atribuida al Juzgado Central núm. 1 de lo contencioso-administrativo por imperativo de lo dispuesto en el artículo 9.a) LJCA al estar ante un acto dictado por un Ministro en una materia de personal que no es de las referidas en el último inciso del referido apartado a).

C) Sujetos

a) Las personas jurídicas deben acompañar el acuerdo previo del órgano competente, si bien éste es un requisito subsanable

La doctrina jurisprudencial es clara cuando señala que tratándose del ejercicio de acciones en nombre de un ente colectivo, es preciso acreditar el oportuno Acuerdo por el órgano al que estatutariamente viene encomendada dicha competencia.

La LJCA prevé dos modalidades de apreciación de los defectos procesales y de su posible subsanación: la apreciada de oficio en la que el órgano judicial, reseñando el defecto, otorgará un plazo para su subsanación; y la apreciada a instancia de parte, caso este en el que se puede remediar el defecto dentro de los diez días siguientes al que se notificare el escrito que contenga la alegación del defecto y aunque el órgano judicial no requiriera a la parte de oficio, ni en el momento de interposición del recurso ni antes de dictar sentencia, para que subsanara el defecto de acreditación, dado que conocía la excepción de inadmisibilidad basada en la falta de aportación del certificado en el que constara el acuerdo por el que el órgano competente decidía entablar la acción y de los Estatutos del Sindicato, que permitieran conocer cuál era el órgano competente del mismo a estos efectos.

En el caso resuelto por la STS de 30 de enero de 2006, Ar. 358, es claro que nos encontramos ante una causa de inadmisibilidad expresamente alegada por las partes demandadas y, que, por tanto, no necesitaba de ningún requerimiento por parte del tribunal para que el recurrente procediese a alegar sobre ella o a subsanarla. No se conculca el derecho a la tutela judicial efectiva por aquella resolución judicial de inadmisión que se funda en la falta de un requisito esencial del proceso, cuando la parte perjudicada tiene

la posibilidad de subsanar la carencia de ese requisito. El artículo 24.1 CE garantiza el derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y coherente con las pretensiones siempre que se ejerciten con cumplimiento de los requisitos de procedibilidad legalmente establecidos, por lo que no conculcan el derecho a la tutela judicial efectiva aquellas resoluciones judiciales que tienen carácter meramente procesal o de inadmisión, al comprobar la inexistencia de un requisito procesal que impide conocer el fondo del asunto, teniendo en cuenta la naturaleza del requisito incumplido y la observancia de la posibilidad de subsanación de los requisitos formales omitidos, dando ocasión para subsanar tales defectos.

b) No es posible invocar la falta de emplazamiento de un sindicato que tuvo conocimiento extraprocesal del pleito

El incidente de nulidad de actuaciones es un remedio excepcional que, en principio, no debe ser acogido salvo que, no siendo posible ya interponer recurso alguno contra una resolución judicial, ésta haya incurrido en incongruencia o se haya dictado mediando algún defecto de forma que cause, efectivamente, indefensión a una de las partes o a quien hubiera debido serlo. Así resulta de los rasgos con los que lo caracteriza el artículo 241.1 LOPJ. Como es natural, el criterio restrictivo con el que el legislador lo ha regulado obliga al Tribunal ante el que se promueve a ser especialmente riguroso a la hora de comprobar si concurren o no las razones que lo justifican.

El **ATS de 14 de diciembre de 2005**, Ar. 244, entiende que no se aprecia la efectividad de la indefensión que afirman haber sufrido dos sindicatos. A esa conclusión se llega a través de dos líneas de razonamiento, una de ellas alude a la actuación de los sindicatos promotores del incidente. Se parte del dato de que lo enjuiciado en la instancia era un reglamento, una disposición general y de que en su elaboración no hubo participación de ningún interesado, no constando que haya sido impugnado por esta causa por alguno de los que hubieran podido tener interés para expresar su parecer sobre el proyecto. Por tanto, no es extraño que no se haya acreditado el emplazamiento de interesados por la Junta de Andalucía porque no los había. Y, por la misma razón, la Sala de instancia no acordó que se practicaran personalmente o por edictos porque no constaba ninguno en el expediente. Ciertamente, si los sindicatos se hubieran personado, se les habría tenido como partes ya que no son ajenos al resultado del proceso pero eso no significa que se haya infringido aquel precepto por no haberles emplazado, precisamente, porque no figuraban como interesados.

No es dudoso que los recurrentes tienen un interés en los resultados del proceso y que, sin duda, están legitimados para intervenir en él, pero de tal premisa no se deduce necesariamente que la falta de emplazamiento personal constituya la infracción denunciada. Se está en presencia de un acto no normativo y con destinatario plural e indeterminado, pues en el Proyecto impugnado no sólo están interesados los propietarios comprendidos en el ámbito del Proyecto, sino también los titulares de derecho e intereses que puedan resultar afectados por el Proyecto. Así como los actos normativos no necesitan la notificación a los interesados, tampoco la necesitan los actos de destinatario plural e indeterminado, lo que, por otra parte, ya ha sido declarado por el Tribunal Constitucional.

Esta limitación implícita del deber de emplazamiento personal resulta explícita cuando el recurso contencioso-administrativo en el que el emplazamiento no se produjo se dirigía contra una disposición de carácter general o, de modo aun más relevante para el presente asunto, contra “un acto general no normativo”, “un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos”, supuestos ambos en los que este Tribunal ha entendido que no se daba el deber de emplazamiento personal. Esta limitación del deber, cuya razón de ser está en la necesaria ponderación de derechos fundamentales contrapuestos para asegurar su compatibilidad, pues junto al derecho a defender ante jueces y tribunales los derechos e intereses propios está también el derecho de quien acude a ellos para obtener una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas, no es la única presente en nuestra jurisprudencia, pues, aunque menos consistente en este punto que en el anterior, también hay en ella una distinta consideración del deber de emplazamiento en función de la mayor o menor dificultad que el órgano judicial encuentra para la identificación (y eventualmente localización) de los titulares de derechos e intereses.

En el caso de que los titulares de derechos e intereses no aparezcan identificados e incluso localizados en el escrito de interposición del recurso, o en la demanda, o *prima facie* en el expediente administrativo, difícilmente podrán los tribunales emplazarlos personalmente sino es recurriendo a la actuación de la Administración para que ésta lo haga *in auxilio curiae*, solución esta, sin embargo, que actualmente no está prevista en nuestra legislación, y que no resulta exigida sin más por una interpretación ponderada del artículo 24.1 CE.

Además, para la Sala no es verosímil el desconocimiento que los sindicatos afirman con insistencia respecto del proceso contencioso-administrativo al que ha sido sometido el Decreto. Es decir, las circunstancias que lo rodean llevan a presumir que conocían extra-procesalmente el pleito.

c) Legitimación

a') El artículo 35.1.2 de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de seguros privados, confiere una concreta legitimación activa

Para la STS de 27 de septiembre de 2005, Ar. 1404, el artículo 35.1, párrafo 2, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, confiere legitimación para actuar como demandantes en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda que desestimó una reclamación formulada por responsabilidad patrimonial de la Administración.

b') Las Juntas de Personal no tienen legitimación para recurrir acuerdos relativos a la modificación y creación de puestos de trabajo

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, no otorga una representación de los trabajadores genérica a las Juntas de Per-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

sonal, sino que al configurar dicho órgano le atribuye unas determinadas funciones en el artículo 11, atribuyendo directamente a los Sindicatos la posibilidad de negociar con la Administración en los artículos 30 y 31. La participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios a través de la negociación colectiva opera, como es sabido, mediante la constitución de las Mesas de negociación a que se refieren los artículos 30 y 31 Ley 9/1987. Claramente se infiere de los citados preceptos que el reconocimiento de capacidad representativa de los funcionarios queda circunscrita a las organizaciones y entidades sindicales que en ellos se mencionan con exclusión de las Juntas de personal cuyo cometido, por otra parte, fijado por la ley, es ajeno al propio de la negociación colectiva (artículo 9). La Ley 9/1987, al abordar la regulación de la negociación colectiva en el seno de las Administraciones públicas, podía sindicalizar o no su ejercicio pero al haberlo sindicalizado no permite que las Juntas de personal formen parte de las Mesas de negociación.

Ciertamente, a tenor de los artículos 3, 4 y 11 de la Ley 9/1987, las Juntas de Personal representan los intereses de los funcionarios públicos. Sin embargo, la misma Ley que le otorga dicha representación, dispone en el párrafo primero del artículo 10 que “se reconoce a las Juntas de Personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, a los Delegados de personal, mancomunadamente, legitimación para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones”. Es decir, no nos encontramos ante una representación de los trabajadores para cualquier tipo de actos que les afecten, sino limitada exclusivamente al ámbito de las funciones de la Junta de Personal. Y ello, aunque el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconozca legitimación a las corporaciones, asociaciones o grupos que resulten afectados (circunstancia que no se da en la Junta de Personal), o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción, pues es evidente que si como aquí ocurre están legalmente habilitados, habrá que estar a la ley que les habilita para determinar el alcance de dicha legitimación.

Así las cosas, para la **STS de 2 de febrero de 2006**, Ar. 772, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se aprobó el organigrama del Área Económica y las consiguientes modificaciones en el Catálogo de Puestos de Trabajo, es de marcado carácter autoorganizativo, sin que estos actos estén entre los que pueden ser fiscalizados o recurridos por la Junta de Personal en virtud de lo dispuesto en los artículos 9 y 13 de la Ley 9/1987, ni tampoco es incardinable en el artículo 42 del Acuerdo de la mesa de negociación del Personal de Servicio en el Ayuntamiento que contemplan las facultades y competencias de la Junta de Personal, enumerando entre éstas la de recibir información sobre los asuntos que afecten al personal y emitir informe previo, en el plazo de diez días, sobre los acuerdos plenarios en materia de personal.

c') Una asociación notarial no tiene legitimación para impugnar una norma relativa al derecho de los interesados para instar la intervención del Registrador sustituto

La legitimación activa es una relación fijada por la ley entre una persona y el contenido de la pretensión, de suerte que de estimarse aquélla, se produzca un beneficio o la elimi-

nación de un perjuicio, que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Así las cosas y aun cuando sea razonable una interpretación lo más amplia posible del concepto “interés legítimo” a que se refiere el artículo 19.1.a) LJCA, a efectos de que no pudiera hablarse de una negación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, la **STS de 26 de enero de 2006**, Ar. 980, no aprecia la legitimación activa de una asociación notarial para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1039/2003, cuyo objeto, según establece el artículo 1, es regular el procedimiento para el ejercicio del derecho reconocido a los interesados para instar la intervención del registrador sustituto, ya en los supuestos de calificación negativa, ya en los casos de calificación fuera de plazo.

El Real Decreto 1039/2003 objeto de impugnación regula el derecho de los interesados para instar la intervención del Registrador sustituto, o lo que es igual, contempla una actividad exclusiva de aquel que solicita la inscripción en el Registro, cuando la misma no se efectúa en plazo o tiene lugar una calificación negativa. Es evidente pues, que para que pudiera apreciarse legitimación activa para la impugnación del Real Decreto impugnado se requiere un interés concreto y determinado entre quien con base en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria pueda pedir la inscripción del título y aquella actuación concreta del Registrador en relación al título cuya inscripción se pretende y que no es calificada dentro de plazo o lo es negativamente. En este contexto resulta evidente que no cabe apreciar en la Asociación recurrente un interés legítimo para impugnar el presente Real Decreto, pues los intereses cuya defensa son recogidos como objeto de la misma en sus Estatutos, no resultan afectados por dicho Real Decreto en cuanto el mismo se refiere a las opciones que se otorgan exclusivamente a las personas citadas en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, cuando no se inscriben dentro de plazo los títulos presentados o la calificación que de ellos se hace es negativa y sin que, como también se ha dicho, la mera defensa de la legalidad pueda conformar un interés legítimo que permita considerarla como activamente legitimada para la interposición del presente recurso.

D) Objeto

a) Al socaire de un recurso contra un Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial sobre archivo de denuncia, no se puede pedir una declaración de existencia de una determinada infracción procesal con resultado de indefensión

Según la **STS de 15 de diciembre de 2005**, Ar. 174, el Consejo General del Poder Judicial ha de respetar la exclusividad que sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a Jueces y Magistrados (artículo 117 CE) y, consiguientemente, tiene vedada cualquier valoración jurídica, en términos de pronunciarse sobre si se ha producido o no una vulneración de derechos, que esté referida a la actuación realizada por un órgano judicial en el marco de un proceso. Esto significa que el contenido de la parte dispositiva de las resoluciones o acuerdos que dicte el Consejo General del Poder Judicial no podrá

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

consistir nunca en una expresa calificación jurídica de la actuación que haya sido realizada en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Lo anterior impone desestimar la demanda formalizada en aquellos procesos cuya única pretensión no va dirigida a que se ordene al Consejo General del Poder Judicial que complete la actividad investigadora que llevó a cabo o adopte alguna clase de medida gubernativa, sino que lo que se viene a pedir es que se anule el acuerdo recurrido a fin de que se imponga al Consejo, por no haberlo hecho, el deber de realizar, como contenido de la parte dispositiva de su acuerdo, una declaración de existencia de una determinada infracción procesal con resultado de indefensión. Y esa clase de declaración, en cuanto significa la valoración de una actuación de naturaleza jurisdiccional, no corresponde al Consejo General del Poder Judicial.

b) Cuestión de ilegalidad

a') Procede en relación con normas derogadas que puedan seguir produciendo efectos

La STS de 14 de febrero de 2006, Ar. 716, nos recuerda la doctrina sentada en la reciente STS, Pleno, de 3 de marzo de 2005, que ha examinado si cabe admitir o no a trámite las cuestiones de ilegalidad cuando la norma a que la misma se refiere ha sido derogada. Ciertamente han existido al respecto pronunciamientos contradictorios. Así la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en reiterados Autos como el de 29 de junio de 2001, 30 de octubre de 2000, 5 de marzo y 8 de junio de 2001, acordaba en tales supuestos la inadmisión de las cuestiones de ilegalidad con base en el artículo 125 LJCA por ausencia de condiciones procesales, con las siguientes consideraciones: “Si la finalidad de las cuestiones de ilegalidad es evitar situaciones de inseguridad jurídica que puedan producirse como consecuencia del control difuso de las disposiciones reglamentarias, no parece que deba superar el trámite de admisión de una Cuestión de Ilegalidad cuando la norma cuestionada ha sido ya derogada”.

En sentido contrario se pronunció la Sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 1 de julio de 2003 en la Cuestión de Ilegalidad 4/2000 señalando “la derogación de la norma no impide el que haya podido tener efectos y el que incluso existan recursos o actuaciones pendientes en los que se cuestione la validez de la norma”.

Ante estos posicionamientos contradictorios el Pleno de esta Sala tuvo que pronunciarse, previamente y con carácter genérico, sobre la procedencia de la admisión de la Cuestión de Ilegalidad, cuando la norma a la que ésta se refiere hubiera sido derogada. Y a tal efecto argumentó: No está de más a dicho fin tener en cuenta lo que la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 recoge en relación a las Cuestiones de Ilegalidad, señalando: De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad. La regulación de este procedimiento ha tenido en

cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica; las analogías acaban aquí. La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez.

Hecha esta primera aproximación a las Cuestiones de Ilegalidad y siguiendo el hilo argumental necesario para la resolución de la cuestión planteada, resulta ilustrativo hacer mención al posicionamiento del Tribunal Constitucional respecto a la incidencia de la derogación de una norma sobre cuya constitucionalidad se trabase un debate procesal. Dicho Tribunal en reiteradas Sentencias, valgan por todas la Sentencia 273/2000 del Pleno de 15 de noviembre de 2000 (Cuestión de Inconstitucionalidad 565/1994) ha señalado: En los supuestos de derogación de la norma sobre cuya constitucionalidad se traba el debate procesal, este Tribunal ha declarado que la pervivencia del proceso dependerá de la incidencia real de la derogación y no de criterios abstractos, distinguiendo a estos efectos entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, como manifestaciones procesales distintas, aun cuando con un sustrato común. Así, hemos señalado en la STC 111/1983, de 2 de diciembre, que “mientras en el recurso directo la derogación, por lo común, extinguirá el objeto, en la cuestión de constitucionalidad la solución puede ser otra por cuanto la validez de la norma –aun derogada– puede requerir un juicio de constitucionalidad” (F. 2), toda vez que éste puede condicionar la decisión judicial en un proceso pendiente, como un problema vivo y la supervivencia de la norma cuestionada.

A la luz de estas consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional y ya por lo que se refiere a la admisión de las Cuestiones de Ilegalidad relativas a normas derogadas, debe predicarse, con carácter general, la admisión de las mismas cuando no exista certeza de la total inexistencia de asuntos concretos pendientes de la aplicación de la referida norma. No puede olvidarse que, como también ha reiterado hasta la saciedad esta Sala del Tribunal Supremo, en el lenguaje usual es frecuente hablar de derogación en términos de existencia de un acto normativo que vendría así a extinguirse o morir al ser derogado pero que en la ordenación formal de las fuentes, la derogación se sitúa, más que en el de la existencia, en el terreno de la sucesión de normas en el tiempo. Una norma derogada sigue así existiendo y produciendo efectos en el ordenamiento aún después de su derogación, respecto de las situaciones nacidas bajo su imperio. Si cesan esos efectos es por la fuerza derogatoria de la norma nueva que incide sobre la anterior y determina la cesación de su eficacia a partir de la entrada en vigor de la última. Es de apreciar por ello que si se declara nula la norma derogatoria cesa también la fuerza normativa de ésta y con ella su fuerza derogatoria que, en definitiva, no es más que una de las manifestaciones de la fuerza normativa, por lo que es claro que sigue desplegando efectos la norma anterior, y ya sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva, pues ha sido declarada nula con efectos *ex tunc*.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Consecuentemente con lo expuesto, debe declararse la procedencia de la admisión a trámite de la Cuestión de ilegalidad planteada en relación a una norma derogada, siempre que la misma, pese a su derogación, y en función de lo anteriormente referido, pueda aún seguir produciendo efectos.

b') No procede cuando el precepto ya ha sido derogado

Según la **STS de 14 de febrero de 2006**, Ar. 992, dictada una sentencia anulando una disposición general, si existen otros procesos en los que se ha formulado pretensión anulatoria, la consecuencia tiene que ser la de extinción de estos otros procesos en los que se demanda la anulación ya pronunciada, toda vez que, dirigido como está el recurso directo a la pretensión de expulsión del ordenamiento jurídico de normas reglamentarias, la anulación de tales normas priva a la controversia del objeto que le es propio. La pérdida de la finalidad de otros recursos pendientes queda patente si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 72.2 LJCA, “las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”, norma que corrobora la innecesariedad de nuevos pronunciamientos judiciales que eliminan del ordenamiento a una disposición que, por haber sido anulada, ha resultado ya excluida del propio ordenamiento jurídico.

E) Procedimiento

a) Interposición

a') La interposición anticipada es un defecto subsanable si en el curso del procedimiento se produce la desestimación expresa o presunta

Tratándose del acceso a la jurisdicción, esto es, cuando lo que está en juego es la obtención de una primera decisión judicial, el principio hermenéutico *pro actione* opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles, sí proscribe aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican.

En el supuesto analizado por la **STS de 22 de diciembre de 2005**, Ar. 1352, cabe afirmar esa clara desproporción y, por tanto, la improcedencia de la declaración de inadmisibilidad a que llegó la Sala de instancia, en una situación como la descrita, en la que la Administración ha adoptado su postura definitiva, pues en el momento de confirmarse en súplica el Auto de fecha 24 de marzo de 2003 (por el que se acordaba la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo) ya había transcurrido el plazo de los tres meses para que operara el silencio y podía entenderse abierta la vía jurisdiccional, y por ello podía entablarse y discurrir sin merma alguna el debate procesal; así que ha de entenderse satisfecho el fin que la causa de inadmisibilidad en cuestión pretende preservar y, por tanto, carente de toda proporción sacrificar el contenido propio o normal del derecho a

la obtención de tutela judicial (cual es la resolución sobre el fondo de las pretensiones deducidas en el proceso), a lo que no es ya más que un mero rigor formal, constituido por la exigencia de que aquella postura definitiva fuera previa a la interposición del recurso jurisdiccional.

Esta doctrina es favorable a considerar que la interposición prematura de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de un recurso administrativo es un defecto subsanable si en el curso del proceso se produce la desestimación expresa de aquél o transcurre el plazo establecido para que pueda considerarse desestimado por silencio presunto. En casos como el presente de interposición anticipada, el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reiteradamente proclamado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, y que ha sido expresamente recogido en el artículo 5.1 LOPJ, impone que las normas relativas al ejercicio de los derechos fundamentales hayan de ser interpretadas en el sentido más favorable a la efectividad de tales derechos. Armonizada y complementada tal interpretación con el principio básico de economía procesal, la decisión que se impone es la de rechazar la inadmisibilidad que se pronuncia en la resolución recurrida.

b') El plazo de interposición del recurso previsto en el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en su redacción anterior a la reforma de la Ley 11/1999

La STS de 20 de octubre de 2005, Ar. 53, aborda la distinción del ámbito y alcance del artículo 65 respecto del artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

El artículo 65 contempla la posible infracción por los Entes Locales del Ordenamiento Jurídico, en general, con la delimitación expuesta (ámbito de las respectivas competencias de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas), y con la excepción de las cuestiones de competencia que surjan entre, de una parte, la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma y, de otra, los Entes Locales, pues obviamente, el menoscabo, la interferencia o el exceso competencial por los Entes Locales, siempre será una infracción más o menos grave del Ordenamiento Jurídico. Este artículo 65 debe ponerse en relación con el artículo 63 del mismo Texto Legal que confiere una muy amplia legitimación a la Administración del Estado y “a la de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales, que incurran en infracción del Ordenamiento Jurídico, obviamente desde la perspectiva de sus respectivas competencias, lo cual implica que dicha legitimación no es una acción pública de carácter general, en defensa de la legalidad, pese a su extraordinaria amplitud”.

Ahora bien, la Ley 7/1985, de 2 de abril, que ha desarrollado el principio constitucional de autonomía de los Entes Locales, no ha podido sustraerse al recuerdo del viejo sistema que permitía a la Administración del Estado suspender los acuerdos de los Entes Locales cuando entendía que infringían el Ordenamiento Jurídico o atentaban contra el inte-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

rés público, sustituyéndolo, como trasunto del mismo, por un procedimiento previo al recurso contencioso-administrativo, consistente en un requerimiento, entendiéndose por tal la exposición de los hechos, los fundamentos de derecho que ponen de relieve la infracción y la intimación hecha con anterioridad de anulación de un acuerdo de los entes locales, cuando considere que infringe el Ordenamiento Jurídico. La jurisprudencia ha considerado el artículo 65 como un precepto que instrumenta una vía administrativa previa que parece que hay que entenderla como un recurso de reposición especial postestativo previo al contencioso-administrativo, recurso que se fundamenta en la defensa del Ordenamiento Jurídico, pero que no es, sin embargo, un recurso “en interés de la ley”, porque si el acto llegara a ser anulado lo sería con todas sus consecuencias, esto es, afectando a las situaciones individuales creadas por el acto recurrido.

El artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 11/1999, de 21 de abril, disponía: “Los actos y acuerdos de las Entidades Locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, podrán ser impugnados directamente, sin necesidad de previo requerimiento, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por la Administración del Estado o de la correspondiente Comunidad en el plazo señalado por el número 2 del artículo anterior”, que es el de 15 días. Como se ve, este artículo contemplaba la posibilidad de que los Entes Locales invadan o ignoren las competencias de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, pero no el fenómeno inverso, que también es posible, porque, al igual que en el artículo 65, late en ambos preceptos, el recuerdo histórico de la superioridad del Estado sobre los Entes Locales.

El artículo 66 regula un recurso contencioso-administrativo, que se caracteriza por las dos siguientes notas conceptuales: 1ª) La rapidez con que exige que se interponga el recurso, por lo que ha establecido un plazo especial para la interposición del recurso contencioso-administrativo de 15 días, con el claro propósito de resolver estos conflictos institucionales con la máxima rapidez, de modo que, superado este brevísimo plazo impugnatorio, los acuerdos de los Entes Locales, por mor del principio de autonomía, se hacen firmes y consentidos. El plazo de 15 días debe ser rigurosamente respetado y excluye la posibilidad de admitir la coexistencia opcional del plazo general de los dos meses. 2ª) La preeminencia que el artículo 66 confiere a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas respecto de los Entes Locales, que se deduce del régimen especial de suspensión, pues ésta puede ser concedida por el Tribunal como primer trámite del recurso contencioso-administrativo, sin oír al Ente Local, al cual se le confiere la posibilidad de oponerse después de concedida la suspensión.

b) No produce indefensión aportar documentos con la contestación a la demanda si en ningún momento se recurrió decisión alguna del Tribunal en relación con esos documentos que finalmente llegaron al proceso

La aportación de documentos por el Sr. Abogado del Estado con la contestación a la demanda que no se habían incorporado al expediente administrativo, a pesar de haber sido reiteradamente solicitada, es un vicio cometido no en la Sentencia sino quebrantando

las formas esenciales del juicio que rigen los actos y garantías procesales, siempre que se haya producido indefensión para la parte. Sobre este vicio procesal añade el artículo 88.2 LJCA que “sólo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello”.

Pues bien, la **STS de 27 de octubre de 2005**, Ar. 101, no estima el referido motivo, ya que si bien las sociedades recurrentes en repetidas ocasiones solicitaron la ampliación del expediente, y finalmente formularon la demanda con los documentos enviados por la Administración, haciendo protesta de indefensión, y en relación con los documentos aportados por el Sr. Abogado del Estado reiteraron esas protestas, en ningún momento recurrieron decisión alguna del Tribunal en relación con esos documentos que finalmente llegaron al proceso, y de los que tuvieron conocimiento y de los que se les dio traslado sin que recurrieran esa decisión procesal como debieron hacer de acuerdo con el citado artículo 88.2 LJCA. Pero es que, además, para que se pudiera tomar en consideración la pretensión de estimación del motivo hubiera sido preciso que concurriera indefensión para la parte, lo que con toda evidencia no sucedió, porque alegaron cuanto tuvieron por conveniente en el proceso y solicitaron y practicaron cuanta prueba consideraron necesaria sin que se produjera indefensión, que, en todo caso, nunca se concretó de qué modo se produjo o en atención a qué circunstancias, y porque, además, en la súplica de este recurso, si se hubiera incurrido en alguno de esos vicios hubiera de haberse solicitado la retroacción de actuaciones al estado y momento en que se hubiera producido la falta, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 95.2.c) de la Ley Jurisdiccional, lo que nunca se pretendió.

c) Sentencias

a') Congruencia: no es necesario responder pormenorizadamente a las alegaciones concretas no sustanciales

La **STS de 16 de noviembre de 2005**, Ar. 1402, señala que la incongruencia omisiva se produce cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, lo cual requiere la comprobación de que existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva, pues resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, se insiste en que 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

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

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. La incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del artículo 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables.

El cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión, y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas. La congruencia de las sentencias no requiere una exhaustiva argumentación que discurra paralela con las alegaciones de las partes, bastando con un razonamiento suficiente que dé cumplida respuesta a las pretensiones de los sujetos de la relación procesal. Y que, tal y como afirma la doctrina constitucional, tratándose, no de las pretensiones, sino de las alegaciones aducidas por las partes para fundamentarlas, no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global y genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

De igual manera y de acuerdo con repetida jurisprudencia constitucional reiterada por el **ATS de 15 de diciembre de 2005**, Ar. 245, el derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión se ve satisfecho con una respuesta en la que se resuelvan las pretensiones planteadas por las partes, respondiendo a las cuestiones o alegaciones esenciales de las cuales depende la estimación o rechazo de dichas pretensiones. No es exigible, en cambio, que el órgano judicial dé una respuesta precisa y paralela a cuantas alegaciones hayan formulado las partes, muchas de las cuales pueden ser irrelevantes o resultar contestadas de manera implícita, máxime cuando la alegación del principio de igualdad en la aplicación de la ley era, en primer término, irrelevante dados los términos en que se planteaba el debate y, por otro lado, su rechazo estaba implícito con toda claridad en la Sentencia.

Cuando la alegación es por completo accidental y accesorio, resultando totalmente irrelevante para la decisión sobre la pretensión deducida por la actora, debe entenderse implícitamente rechazada por la Sentencia, la cual decidió sobre el derecho aplicable al fondo de la cuestión, desestimando en este caso la pretensión de la recurrente.

b') Es posible una remisión genérica a los fundamentos jurídicos de otra sentencia

La **STS de 22 de diciembre de 2005**, Ar. 862, tras comprobar la coincidencia de los motivos de casación con los alegados en otro recurso de casación, para su rechazo considera suficiente con remitirse a la fundamentación contenida en la sentencia que resolvió el primero y que puso término a dicho recurso de casación, sin que, por otra parte, sea necesaria su reproducción en este momento por ser perfectamente conocida por las partes, dada su más absoluta identidad.

c') Ejecución de sentencias: las causas de imposibilidad de ejecutar la sentencia previstas en el artículo 105.2 LJCA han de interpretarse restrictivamente

Como ha señalado la STS de 29 de noviembre de 2005, Ar. 1397, en materia relativa a la ejecución de las sentencias se impone una interpretación de carácter evidentemente restrictivo. El artículo 118 CE establece la obligación de cumplir las sentencias firmes de los Tribunales y el artículo 103.2 LJCA determina que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que éstas consignen, cumplimiento que no podrá suspenderse ni declararse la inejecución total o parcial del fallo. La rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad –imposibilidad material o legal–, contenidas en el artículo 105.2 de la misma LJCA, han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad.

Tal carácter restrictivo deriva de deber constitucional de ejecutar la sentencia, deber del que se desprende que el derecho de toda persona a la tutela efectiva de los Tribunales, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, integra no sólo el derecho a la obtención de una sentencia firme, sino también a que sea llevado a efecto lo decretado en la indicada resolución, exigencia ejecutiva categóricamente afirmada en el artículo 118 CE. De aquí que conforme preceptúa el artículo 109 LJCA, en relación con el 103, el órgano de la Administración Pública que infrinja su deber fundamental de ejecutar lo dispuesto en sentencia firme podrá incurrir en responsabilidad civil e incluso criminal, responsabilidad patrimonial exigible tanto en el supuesto de incumplimiento total como en supuestos de cumplimiento defectuoso o con demora negligente en el mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 106.2 CE y del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración. El propio artículo 110 LJCA expresa que mientras no conste la ejecución, de la sentencia, el Tribunal adoptará, a instancia de las partes interesadas, cuantas medidas sean adecuadas para promoverla y activarla y concretamente si transcurriesen seis meses desde la fecha de recepción del testimonio de la sentencia por la Autoridad administrativa, sin que se hubiese ejecutado aquélla, el Tribunal, con audiencia de las partes, adoptará las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado.

La doctrina jurisprudencial en esta materia es constante y diáfana. El derecho a la ejecución de sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución sino que es también un esencial interés público el que está implicado en ello, como fundamento del Estado del Derecho, que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales y que se cumplan en sus propios términos y no en los que decidan las partes según sus conveniencias o arbitrios. Los artículos 117 y 118 CE así como el 18.1 LOPJ amparan esa potestad judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y ese derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE comprende el derecho a obtener la ejecución de toda sentencia, debiendo la jurisdicción adoptar todas las medidas pertinentes para el total cumplimiento del fallo tal como disponen los artículos 103 y 112 LJCA. Lo único que puede impedir la ejecución de las sentencias en sus propios términos es la

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

imposibilidad de cumplirlas según ellos; imposibilidad esta ya contemplada en el artículo 107 LJCA y ratificada en el 18.2 LOPJ; pero esta imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución, no cabe otra interpretación por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos; que no es otra cosa que seguridad jurídica.

F) Medidas cautelares

a) Es procedente la anotación preventiva de la interposición del recurso relativo a unas fincas

La STS de 30 de noviembre de 2005, Ar. 1396, ha señalado que la anotación preventiva es una medida cautelar para garantizar la ejecutividad de la sentencia que se dicte. Dicha medida se adopta con el fin de que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, no se encuentre con terceros adquirentes de buena fe y se imposibilite de ejecución o se haga excesivamente gravosa. Esto es, que la adopción de la medida cautelar de anotación no va a influir en el análisis que, desde una perspectiva de legalidad, se pretende del Tribunal de instancia en relación con la pretensión articulada acerca de la legalidad del Decreto aprobatorio del Proyecto de Reparcelación, pues la anotación no es más que eso, dejar constancia en el registro advirtiendo de la pendencia del recurso sobre las fincas afectadas por el mismo.

b) Los perjuicios invocados deben probarse

La STS de 30 de enero de 2006, Ar.1455, ha señalado que la suspensión de la ejecución del acto administrativo sin haberse fundamentado de forma razonable la excepcional suspensión solicitada, se produce porque no basta con la mera solicitud de la medida de suspensión del acto administrativo, ni tampoco con la simple alegación, sin más, de que la ejecución le producirá daños o perjuicios de imposible o difícil reparación, por cuanto en ambos supuestos no se alcanza a desvirtuar la excepcionalidad que el legislador quiso dar a la suspensión de la ejecución del acto administrativo, siendo por ello totalmente necesario para proceder a la suspensión de la ejecución del acto administrativo que el recurrente concrete, en la medida de lo posible, en qué consisten los perjuicios o daños que le pueda ocasionar la ejecución del acto administrativo, con el fin de que puedan ser tenidos en consideración y valorados por el Tribunal y determinar en qué medida podrían ser prevalentes a los generales, que sí, en cambio, resultan acreditados por esas interferencias que se producen en otros canales.

G) Extensión de efectos

a) La identidad de efectos debe acreditarse

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, pero sin que haya existido previamente un acto administrativo que les haya exigido una conducta determinada.

Por otra parte, es principio fundamental que preside el recurso contencioso-administrativo, nacido de una exigencia ineludible de seguridad jurídica, la imposibilidad de recurrir contra actos consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma y nada autoriza a entender que este principio básico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo haya quedado sin efecto en el supuesto del artículo 110 de la citada Ley Jurisdiccional. El mencionado precepto tiene un amplio campo de aplicación para conseguir la extensión de los efectos de una sentencia a funcionarios del mismo colectivo o grupo cuando no han consentido un acto expreso que les exige una determinada conducta y se trata de restablecer situaciones idénticas, evitando procesos innecesarios.

En suma, y como señala la **STS de 18 de enero de 2006**, Ar. 7, el artículo 110 LJCA no permite considerar que se encuentran en idéntica situación jurídica los funcionarios que han recurrido en tiempo un acto administrativo expreso que les exigía determinada conducta y aquellos otros que lo han consentido, al no impugnarlo en tiempo, por lo que existe infracción del artículo 110.

b) No se produce la identidad de supuestos cuando se consiente el acto administrativo

El primer requisito exigido por el artículo 110.1 LJCA para que pueda acordarse la extensión de los efectos de una sentencia firme es que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas a otras distintas y que consiste en “que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo”. 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 lo son cuando uno interpuso recurso contencioso-administrativo en tiempo contra un determinado acto administrativo mientras que otro consiente la resolución denegatoria de idéntica pretensión y, cuando conoce que el recurso promovido por el primero había prosperado, trata de prescindir de ese consentimiento prestado a la resolución administrativa, al no recurrirla, pretendiendo reabrir el plazo para conseguir los mismos efectos que si la hubiese impugnado en tiempo y acude para ello al artículo 110, obteniendo una Resolución.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

El artículo 110 LJCA, como señala la STS de 27 de diciembre de 2005, Ar. 250, no permite considerar que se encuentran en idéntica situación jurídica los funcionarios que han recurrido en tiempo un acto administrativo expreso que les exigía determinada conducta y aquellos otros que lo han consentido, al no impugnarlo en tiempo.

II. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisión

a) Defectuosa preparación

a') El escrito de preparación debe ser presentado ante la Sala que dictó la resolución recurrida

El artículo 89.1 de la LJCA establece que el recurso de casación se preparará ante la Sala que hubiere dictado la resolución recurrida, por lo que si se presenta el escrito de preparación del recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo no procede tramitar el referido recurso al ser firme la sentencia objeto del recurso y no haberse anunciado el recurso de casación ante el Tribunal de instancia, pues es doctrina reiterada, recordada ahora por el ATS de 12 de diciembre de 2005, Ar. 575, que los escritos de las partes deben ser presentados ante el Juzgado o Tribunal competente para conocer del asunto en el que aquéllos han de surtir efecto, siendo achacable el error padecido a la parte recurrente.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 22 de abril de 2002, tiene dicho respecto del lugar de presentación de escritos que “entre los presupuestos o condiciones de los actos procesales y como requisito para su válida y eficaz realización figura la determinación del lugar donde deben producirse. Por eso mismo hemos declarado que no menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva la interpretación judicial de que la llegada de un escrito de parte, presentado en tiempo en otro órgano judicial distinto del competente, o del Juzgado de guardia, en su caso, resulta extemporánea. Sin perjuicio de lo anterior, como recuerda la citada STC 41/2001, hemos admitido que en situaciones excepcionales debe considerarse plenamente eficaz la presentación datada y cierta de un escrito ante un registro público distinto al del órgano judicial; así lo ha hecho este Tribunal en relación con los recursos de amparo que llegan de forma extemporánea y son interpuestos por quienes actúan sin postulación y tienen su domicilio en una localidad lejana a Madrid. Sin duda, en situaciones excepcionales, y en las que no concurre negligencia alguna de parte, la inadmisión de un recurso por llegada extemporánea al órgano judicial aunque presentado en tiempo y con certeza en otro registro público puede ser tachada de desproporcionada-mente rigurosa e irrazonable y, por tanto, contraria al artículo 24.1 CE”.

b') Se debe justificar la infracción relevante de Derecho estatal o comunitario europeo

El artículo 86.4 LJCA dispone que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Conten-

cioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, preceptuando el artículo 89.2 de la expresada Ley, a propósito del escrito de preparación, que en el supuesto previsto en el artículo 86.4 habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia. En definitiva, hoy se precisa para que sean recurribles las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia –todas, con abstracción de la Administración autora de la actuación impugnada– que, además de ser susceptibles de casación por razón de la materia o la cuantía del asunto, concurren los siguientes requisitos: A) Que el recurso de casación pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido; B) Que esas normas, que el recurrente reputa infringidas, hubieran sido invocadas oportunamente por éste o consideradas por la Sala sentenciadora; C) Que el recurrente justifique en el escrito de preparación del recurso que la infracción de las mismas ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

La nueva Ley de esta Jurisdicción, pues, no hace sino ratificar y ampliar una consolidada doctrina jurisprudencial surgida bajo el imperio de la Ley anterior y oportunamente reiterada ahora por el ATS de 6 de octubre de 2005, Ar. 230.

c') La causa de inadmisión de defectuosa preparación opera también cuando se invoca la infracción de preceptos constitucionales

Según reiterada doctrina jurisprudencial el artículo 86.4 LJCA condiciona la recurribilidad de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia que sean susceptibles de casación a que el escrito de interposición del mismo pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal (o comunitario europeo) que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siendo este condicionamiento, en cuanto afecta a la impugnabilidad de la sentencia, el que determina que en el artículo 89.2 del mismo texto se exija al recurrente justificar en el trámite inicial del procedimiento impugnatorio –en el escrito de preparación del recurso– que la infracción de las normas jurídicas hábiles, que en su día podrán hacerse valer como fundamento del recurso de casación, ha sido relevante y determinante de la sentencia, en otras palabras, el juicio de relevancia tiene su sede propia en el escrito de preparación del recurso, cumpliendo la función de acotar las infracciones normativas que habrán de servir para articular los motivos de casación. Ha de tenerse en cuenta, a propósito del significado del juicio de relevancia exigido en el artículo 89.2 de la LJCA, que es jurisprudencia que no se trata de articular en el escrito preparatorio del recurso el motivo o motivos que han de servir de fundamento al recurso de casación, lo que constituye el contenido propio del escrito de interposición, sino de anunciar la norma o normas jurídicas concretas, de derecho estatal o comunitario europeo, que la parte recurrente entiende han sido infringidas por la sentencia y justificar que su infracción, que en la fase de preparación se da por supuesta, es relevante y

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

determinante del fallo, por remisión a la fundamentación jurídica de éste. Por otra parte, la inobservancia del artículo 89.2 afecta a la sustancia misma del escrito de preparación —no se trata de un defecto formal—, razón por la que no puede subsanarse en actuaciones posteriores sin desnaturalizar su significado.

No es obstáculo a la anterior declaración de inadmisión, como señala la **STS de 19 de octubre de 2005**, Ar. 104, la circunstancia de que el recurrente invoque, en el motivo segundo del escrito interpositorio del presente recurso, como infringido lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución, y ello sin duda al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ, por cuanto que la declaración de inadmisibilidad no puede verse alterada por la invocación de ese precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y consiguientemente de norma constitucional, ya que aquél no tiene otro alcance, a los efectos que aquí interesa, que el de proclamar el valor normativo directo de los preceptos constitucionales, por lo que la mera invocación de lo dispuesto en el artículo 5.4, y de la consiguiente de precepto constitucional que se considera infringido, no significa que el recurrente quede excusado de la carga legal de encajar la vulneración de las normas constitucionales aducidas en alguno de los motivos legales que configuran el recurso de casación y de dar cumplimiento a las exigencias legales que el escrito de preparación debe cumplir, lo que en modo alguno puede ser subsanado por el posterior escrito interpositorio. Y ello por cuanto que esta jurisprudencia descansa con carácter general en la idea de que la naturaleza extraordinaria de recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta debe determinar su inadmisión; rigor formal que, en tanto responda a una interpretación lógica de las normas reguladoras de aquel recurso, no ha de ser atemperado por exigencias del principio *pro actione*, pues éste no tiene en casación la intensidad con que opera cuando se trata de decidir sobre el acceso a la vía jurisdiccional.

b) Cuantía: en el caso de reclamación de responsabilidad patrimonial la cuantía se obtiene de dividir lo solicitado entre el número de reclamantes

El artículo 86.2.b) LJCA exceptúa del recurso de casación las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas (a salvo el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales), habiendo dicho la jurisprudencia reiteradamente que es irrelevante, a los efectos de la inadmisión del expresado recurso, que se haya tenido por preparado por la Sala de instancia o que se hubiera ofrecido al tiempo de notificarse la resolución recurrida, siempre que la cuantía litigiosa no supere el límite legalmente establecido, estando apoderado el Alto Tribunal para rectificar fundadamente —artículo 93.2.a) de la mencionada Ley— la cuantía inicialmente fijada, de oficio o a instancia de la parte recurrida.

Por otra parte, el artículo 41.3 LJCA precisa que en los casos de acumulación de pretensiones, tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional, aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las pretensiones objeto de aquélla, no comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación.

Pues bien, en el asunto analizado por la **STS de 20 de octubre de 2005**, Ar. 133, la cuantía litigiosa no alcanza el límite mínimo establecido para acceder al recurso de casación, ya que, si bien la cuantía litigiosa quedó fijada, sobre la propuesta formulada por la parte recurrente, en 240.404,84 euros, correspondiente al importe en el que los recurrentes solicitan ser indemnizados, siguiendo una constante línea jurisprudencial, la cuantía para cada uno de los recurrentes debe fijarse en la mitad de dicho importe objeto de reclamación, siendo así por aplicación de lo dispuesto en el artículo 393, párrafo segundo, del Código Civil (que presume iguales las porciones correspondientes a los partícipes en una comunidad), puesto que ni en la demanda ni en el escrito de interposición del recurso de casación figura especificación alguna en relación con la cuota que cada uno de los recurrentes reclama. Por ello, la cantidad resultante de la operación matemática más arriba indicada es una cifra inferior a la que exige el artículo 86.2.b) LJCA para permitir el acceso al recurso de casación.

B) Costas: excesivas en caso de estudio de causa de inadmisión

El artículo 243.2º LEC 1/2000 establece que no se incluirán en la tasación los derechos correspondientes a escritos y actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente o que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito; y el artículo 246.4º permite impugnar la tasación por haberse incluido en ella partidas de derechos u honorarios indebidos.

La actuación recurrida del Letrado minutante en el asunto resuelto por el **ATS de 1 de diciembre de 2005**, Ar. 473, ha consistido en la presentación de un escrito de personación con oposición a la admisión del recurso de casación en base a la concurrencia de una causa que fue acogida por la Sala en el Auto de inadmisión. Al respecto, hay que señalar que las Normas Orientadoras de Honorarios Profesionales a tener en cuenta son las aprobadas en el año 2001 por el Colegio de Abogados de Madrid, dadas las fechas de interposición del recurso de casación y de aprobación de dichas Normas, y preciso es significar que conforme a la Disposición General Quinta de las repetidas Normas, con carácter general, para fijar los honorarios habrán de ponderarse los diversos factores en cada caso concurrentes, tales como el trabajo profesional realizado, la mayor o menor complejidad del asunto, el tiempo utilizado, las consecuencias en el orden real y práctico, etc., siendo circunstancias de mayor relevancia, pero no únicas, la cuantía del asunto y los resultados obtenidos en mérito de los servicios profesionales prestados. Debe resaltarse, asimismo, que la Jurisprudencia viene repetidamente declarando que en los supuestos de imposición de costas debe procederse con especial moderación al fijar los honorarios de los Letrados, sin perjuicio de que éstos puedan percibir de su propio cliente los honorarios no repercutidos a la parte contraria. Expresamente indica la Disposición General Octava de las Normas a que nos referimos que la condena en costas no implica una inversión de la carga del pago de los honorarios del Letrado, que corresponde al propio cliente, sin que los pactos entre Letrado y cliente vinculen al condenado en costas. A ello

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

hay que añadir que tales Normas tienen un carácter meramente orientador y no resultan vinculantes para los órganos jurisdiccionales, a los que corresponde su determinación en caso de impugnación conforme establece el artículo 246.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, a cuyo efecto ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en el proceso en que se hayan devengado, tales como el trabajo profesional realizado, su mayor o menor complejidad, el interés y la cuantía económica del asunto, tiempo de trabajo, alcance y efectos en el desarrollo del proceso, entre otras.

Así, la aplicación al supuesto enjuiciado de las circunstancias expuestas supone, a juicio de la Sala, que los honorarios cuestionados deben reducirse, teniendo en cuenta que se ha declarado la inadmisión del recurso poniendo fin a la instancia, lo que supone que la aportación técnico-jurídica se limita al examen de las causas de inadmisión sin entrar en las cuestiones de fondo suscitadas en el recurso, por lo que se considera excesiva la cantidad de 1.915,08 euros minutada.

III. RECURSO DE REVISIÓN

A) No se puede volver a plantear la cuestión decidida por la sentencia firme impugnada

Como ha declarado una muy conocida jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que nos recuerda la **STS de 22 de diciembre de 2005**, Ar. 594, el recurso de revisión es un recurso de carácter extraordinario, que, en función de su naturaleza, ha de ser objeto de aplicación restrictiva, además de circunscribirse, en cuanto a su fundamento, a los casos o motivos taxativamente señalados en la Ley.

Ese carácter excepcional del recurso de revisión justifica que las normas que regulan esta clase de recursos han de ser objeto, en efecto, de una interpretación y aplicación rigurosa y estricta, limitada siempre a los taxativos motivos de impugnación enumerados en la Ley, lo cual veda toda laxitud en la puesta en marcha de su mecanismo procesal, pues, tanto cuando un recurso es declarado inadmisibile sin deber serlo como cuando se permite su admisión infringiendo las normas que protegen la seguridad jurídica de la parte que obtuvo una sentencia favorable, se vulnera, en ambos casos, el derecho a las garantías procesales de los interesados, conculcando su derecho a la obtención de la tutela jurídica de los Jueces y Tribunales que proclama el artículo 24.1 de la Constitución.

El recurso de revisión, para que sea admisible, requiere el cumplimiento riguroso de las normas legales que aperturan el mismo, puesto que la finalidad que con dicho recurso se persigue es combatir la firmeza de las sentencias, afectando a la seguridad jurídica de los litigantes, por lo que sólo será admisible y procedente, en su caso, cuando se den los presupuestos que la Ley de la Jurisdicción señala y tenga un exacto encaje en alguno de los concretos casos o motivos en que se autoriza su interposición o formalización.

No cabe en el recurso de revisión intentar una nueva resolución sobre lo ya alegado y decidido para convertir el recurso en una nueva y posterior instancia contra sentencia firme. El recurso que analizamos no es, en definitiva, una tercera instancia que permita un nuevo

replanteamiento de la cuestión discutida en las instancias ordinarias anteriores, al margen de la propia perspectiva del recurso extraordinario de revisión.

B) Requisitos del motivo de recuperación de documentos decisivos

Respecto de la recuperación de documentos decisivos como motivo del recurso de revisión la doctrina jurisprudencial, oportunamente recordada por la **STS de 24 de noviembre de 2005**, Ar. 1400, exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que los documentos hayan sido “recobrados” con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso. b) Que tales documentos sean “anteriores” a la fecha de la sentencia firme objeto de la revisión, habiendo estado “retenidos” (o no pudiendo haber sido aportados) por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme (circunstancias que deben ser plenamente acreditadas por el solicitante de la revisión), es decir, con otras palabras, que los documentos adolezcan de una “indisponibilidad anterior” a la sentencia impugnada y gocen, ya, de una “disponibilidad actual” al tiempo de la revisión. c) Que se trate de documentos “decisivos” para resolver la controversia, en el sentido de que, mediante una provisional apreciación, pueda inferirse que, de haber sido oportunamente presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente (por lo que el motivo no puede prosperar y es inoperante si el fallo cuestionado no variaría aun estando unidos aquéllos a los autos –juicio ponderativo que debe realizar, *prima facie*, el Tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada–). A mayor abundamiento, cabe añadir que el citado artículo 102.1.a) se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados; de modo que los que han de estar ocultos o retenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte a quien favorecen son los “papeles”, no sus contenidos directos o indirectos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba –cuya potencial deficiencia no es posible suplir en vía de revisión–.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

A. GARCÍA URETA

La potestad inspectora de las Administraciones públicas

[Marcial Pons, Madrid, 2006, 366 páginas]

NIEVES ARRESE IRIONDO

La potestad inspectora de las Administraciones constituye un campo de estudio un tanto olvidado por parte de la doctrina, a pesar de distintos trabajos publicados recientemente, tanto en monografías como en diversos artículos en las revistas especializadas. Hay que felicitar de esta tendencia actual, a la que se viene a sumar el trabajo del profesor de la Universidad del País Vasco, Agustín GARCÍA URETA, que incide en esta materia aportando una visión coherente y sistemática de una materia que, obviamente, va a seguir proporcionando nuevas perspectivas en el futuro. El autor no oculta la intención que persigue con su monografía, a saber, destacar que la potestad inspectora ha de ser analizada desde sus propios parámetros, que no tienen por qué coincidir con los de otras potestades administrativas, en particular con la sancionadora, a la que ciertamente ha estado ligada tradicionalmente como, por otra parte, lo pone de manifiesto una lectura de numerosas disposiciones normativas. De ahí que revista importancia la cita de la STS de 17 de febrero de 2004, que se añade en la nota introductoria, acerca de las actas de inspección, como actos dotados de “sustantividad y esencias propias”, teniendo una finalidad concreta, la constatación de hechos, que podrán ser o no empleados en otro tipo de procedimiento. Como se ha señalado, el trabajo realiza

un examen sistemático de la materia objeto de estudio. Para ello, se parte de la noción de policía administrativa, de los sistemas de intervención de la Administración sobre el ciudadano, la virtualidad de la inspección como potestad y las relaciones de ésta con otras figuras afines, caso de la Alta Inspección, la inspección de servicios u otras que provienen de ámbitos externos, como sucede con las inspecciones comunitarias. A este análisis primero le sigue el del principio de legalidad y su aplicación a la inspección, incidiendo en aquellos aspectos que necesariamente deben aparecer en tales disposiciones, sin negar la intervención completiva del reglamento. En este punto, el autor destaca las diferencias existentes en el ordenamiento, con aquellas leyes principales en la materia, caso de la LGT, y aquellas otras en las que el legislador no ha prestado tanta atención a la potestad inspectora, ligándola de manera genérica con la sancionadora. En este esquema lógico, y descendiendo un escalón, reviste también interés el estudio de los planes de inspección, con un examen previo de una potestad administrativa poco estudiada desde una perspectiva general, aunque sí parcial, como es la planificación. El centro de esta sección del trabajo son los planes de inspección tributaria y su concepción por parte del Tribunal Supremo como actuaciones organizativas, posición que el autor critica, con fundamento en la propia doctrina tributaria, por entender que resulta bastante restrictiva. De hecho, como se indica en el trabajo, algunas resoluciones judiciales han reconocido que no es posible calibrar si los planes se rigen por criterios objetivos a la hora de determinar a los potenciales inspeccionados. Es destacable en este aspecto la referencia que se hace a los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad, así como a los criterios que rigen en la Unión Europea sobre las inspecciones, en particular, en el campo del medio ambiente, y que insisten en la debida publi-

dad de los planes y de los potenciales sujetos pasivos de la misma. También es destacable el papel del juez a la hora de controlar el contenido de los planes. A lo anterior se une el capítulo dedicado a las actuaciones inspectoras en las que destaca la atención prestada a la cuestión del procedimiento de inspección, las medidas provisionales, determinados derechos procedimentales, como la negativa a declarar contra uno mismo, teniendo en cuenta la importante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo el artículo 6 CEDH, o la obstrucción a las actuaciones inspectoras.

Otro aspecto destacable del trabajo es el análisis de las actas de inspección, tema objeto de atención por parte de la doctrina constitucional y que ha dado paso a distintas posiciones en la doctrina, sobre todo respecto de su virtualidad como medio de prueba. En este punto, el trabajo se centra preliminarmente en un aspecto que quizás no haya recibido la atención que merece, esto es, el concepto del documento público administrativo, a la luz del artículo 46 de la Ley 30/1992, y su relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este estudio previo le sirve al autor para llegar a la conclusión, después de considerar distintas cuestiones, como la noción de autoridad o la fe pública, de que las actas de inspección, referidas en el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, no pueden conceptuarse como meros medios de prueba. Coincidiendo con otros sectores doctrinales, señala que las mismas tienen un valor intermedio entre la prueba libre en su valoración y aquella que vincula al órgano competente, de forma que éste tiene el deber de resolver en el sentido establecido en el acta, salvo que considere que la certeza de los hechos constatados ha sido destruida mediante la correspondiente prueba en contrario.

Un capítulo de importancia es el relativo a una materia que también ha sido objeto de atención en los últimos tiempos, a saber, la colaboración de los particulares con la Administración, y la aplicación de esta técnica a la potestad inspectora. El autor toma como paradigma el caso de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, pasando a analizar las disposiciones que regulan las denominadas entidades colaboradoras, caso de los

organismos de control. En un sector de gran complejidad, el autor lleva a cabo un exhaustivo examen de estos aspectos, analizando asimismo distintos sectores en los que esta idea de la colaboración se está plasmando con mayor intensidad, ya sea la inspección técnica de vehículos (ITV), la seguridad aérea, la ecoauditoría, o la inspección naval. Es destacable el manejo por parte del autor de las fuentes del ordenamiento jurídico comunitario que afectan a todos estos sectores y los mecanismos jurídicos para articular tal colaboración, con una tendencia a un modelo autorizatorio, más que concesional, a pesar de que, en algún sector, caso de la ITV, se produce una variedad de supuestos, dependiendo del modelo seguido por las Comunidades Autónomas.

En resumen, el trabajo del profesor GARCÍA URETA, que sintetiza en sus conclusiones finales, constituye una acertada y coherente exposición de una materia que, sin duda, exige una mayor atención por parte de la doctrina, ya que de ella depende, en buena medida, hacer real el principio constitucional de eficacia y reducir la brecha que separa las previsiones contenidas en las disposiciones y la realidad a la que se tienen que enfrentar las Administraciones.

J.A. MORENO MOLINA y J.M. MAGÁN PERALES

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales. Un estudio desde el análisis de la jurisprudencia

[El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2005, 760 páginas]

JUAN MORCILLO MORENO

Al considerable aumento de los litigios en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración ha contribuido sin duda la generosa configuración legal y jurisprudencial de la institución de la responsabilidad en el derecho español, que como bien advirtió el profesor LEGUINA VILLA no tiene paran-

gón en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, así como el cambio de actitud ciudadana y a la cada vez mayor conciencia ciudadana sobre sus derechos constitucionales y legales y la posibilidad de defenderlos frente a la Administración. Las memorias e informes del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado y de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas y de los Defensores del Pueblo estatal y autonómicos vienen poniendo de manifiesto en los últimos años el notable incremento de las reclamaciones de ciudadanos en demanda de indemnizaciones de daños y perjuicios frente a las distintas Administraciones Públicas.

El objetivo principal del libro objeto de recensión es el análisis a través de la jurisprudencia más reciente del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas vigente hoy en España.

Así, en el libro se estudian, en primer lugar –tras un breve repaso del proceso de afirmación de la responsabilidad en el que también el protagonismo judicial ha sido indiscutible–, los principios generales y presupuestos del sistema de responsabilidad que han ido consolidando los pronunciamientos judiciales sobre esta institución, pronunciamientos que, por cierto, suelen con frecuencia reiterar los elementos constitutivos con carácter general de la responsabilidad. Se analizan también los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la responsabilidad de autoridades y funcionarios, la responsabilidad del legislador y del poder judicial y algunos ámbitos especialmente importantes de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones como son la responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración, la responsabilidad por daños causados al medio ambiente, la responsabilidad de las Instituciones de la Unión Europea, la responsabilidad de los Estados por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y la responsabilidad administrativa en el ámbito sanitario, sector este último en el que la litigiosidad se ha incrementado en los últimos años en España de forma espectacular.

Pero en el destacable trabajo realizado por los autores se dedica una especial atención a la responsabilidad patrimonial de las Corporaciones Locales, que han tenido que atender a una notable parte de estas importantes –cuantitativa y cualitativamente– reclamaciones de particulares por los daños sufridos relacionados con el funcionamiento de los servicios públicos. En efecto, las Administraciones locales españolas han hecho frente en los últimos años a muchas reclamaciones de responsabilidad en ámbitos cada vez más numerosos. Pues bien, se han sistematizado y recogido en la obra estos supuestos de responsabilidad a partir de la más reciente doctrina jurisprudencial sobre los mismos, entre la que cabe destacar los pronunciamientos sobre: la responsabilidad por ruido, por perjuicios sufridos durante la celebración de fiestas populares (pirotecnia, festejos taurinos, ...), la problemática singular del ámbito urbanístico, por tráfico, la responsabilidad por caídas en la vía pública, derivada de la prestación de servicios de agua potable, etc.

Se analiza también el aseguramiento por parte de las Administraciones locales de los riesgos derivados de la responsabilidad, cuestión que ha adquirido en los últimos años una gran importancia práctica, que ha ido acompañada de una gran complejidad técnica por la defectuosa regulación normativa de estos seguros de responsabilidad.

En definitiva, no queda sino recomendar vivamente la lectura del libro, que constituye un importante trabajo que aporta luz y reflexiones de gran interés sobre la compleja figura de la responsabilidad y que viene a unirse a la muy destacada bibliografía española sobre la materia surgida recientemente y de la que son buena muestra los trabajos de los maestros administrativistas GARCÍA DE ENTERRÍA (*La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2005), MARTÍN REBOLLO (*La responsabilidad patrimonial de las Entidades locales*, Iustel, Madrid, 2005) y GONZÁLEZ PÉREZ (*Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 4ª ed., Ed. Thomson-Civitas, 2006).

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.

