



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 2004

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@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] Observaciones sobre el régimen de organización de los “municipios de gran población”
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

- [19] Comentarios a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, del Contrato de Concesión de Obras Públicas
LUIS F. MAESO SECO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [75] I. DERECHO COMUNITARIO
L. ORTEGA ÁLVAREZ

- [95] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
PROCESOS Y COMPETENCIAS
J. GARCÍA ROCA

- [107] III. DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LIBERTADES PÚBLICAS
J. GARCÍA ROCA

- [127] IV. FUENTES DEL DERECHO
A. MENÉNDEZ REXACH

- [141] V. ACTOS ADMINISTRATIVOS,
PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
A. MENÉNDEZ REXACH

- [151] VI. ORGANIZACIÓN
ADMINISTRATIVA
M. SÁNCHEZ MORÓN

- [157] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR
M. REBOLLO PUIG

- [177] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA
F. LÓPEZ MENUDO

- [185] IX. RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA
F. LÓPEZ MENUDO

- [199] X. FUNCIÓN PÚBLICA
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [207] XI. URBANISMO
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

- [215] XII. BIENES PÚBLICOS Y
PATRIMONIO CULTURAL
A. EMBID IRUJO

- [235] XIII. MEDIO AMBIENTE
A. EMBID IRUJO

- [247] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO
J. TORNOS MAS

- [273] XV. BIENESTAR, CONSUMO,
EDUCACIÓN Y SANIDAD
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

- [285] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES
G. FERNÁNDEZ FARRERES

[305] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Observaciones sobre el régimen de organización de los “municipios de gran población”^(*)

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

1. Tienen como finalidad estas páginas analizar el régimen jurídico de los denominados “municipios de gran población”, a que se refiere el Título X de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL), introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Sin embargo, se limitan a los aspectos puramente organizativos de ese nuevo régimen municipal, excluyendo del examen otras consideraciones, en particular las implicaciones que tiene sobre la función pública o el empleo público local, a salvo referencias aisladas.

Antes del estudio de los preceptos en que se contiene este nuevo sistema de organización municipal, es necesario exponer algunas consideraciones generales sobre la finalidad y el significado de la reforma legal.

2. Se ha dicho con frecuencia que el régimen jurídico y organizativo de los municipios en nuestro país ha sido tradicionalmente uniformista en exceso y que ese uniformismo generaba determinadas disfunciones en la práctica del gobierno local, pues, está claro que no son iguales los problemas a que tienen que enfrentarse los pequeños municipios rurales que las grandes ciudades, ni puede ser igual en sustancia la organización administrativa que unos y otros adopten para afrontarla.

La misma crítica de uniformismo se ha dirigido a la LBRL de 1985, puesto que sólo establecía un esquema de órganos de gobierno municipal, aplicable a cualquier municipio, con la única excepción de los que se funcionan en concejo abierto. Y, si bien, la propia Ley admite que las Comunidades Autónomas puedan establecer un régimen especial para municipios pequeños o rurales o para otros cuyas características lo hagan aconsejable (artículo 30), lo cierto es que el carácter básico de los preceptos sobre organización de la propia LBRL limita bastante las posibilidades del legislador autonómico al respecto. Así se ha podido constatar el algún caso sintomático, como es el del municipio de Barcelona,

(*) La primera versión de este trabajo se expuso, como conferencia, en las VI Jornadas Canarias sobre la Administración Local celebradas en Santa Cruz de La Palma en el mes de mayo de 2004. Tan sólo incorpora pequeñas modificaciones del texto originario.

cuya Carta Municipal, aprobada por Ley 22/1998, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, no ha podido entrar por entero en vigor (al menos formalmente, pues otra cosa es la realidad), a pesar incluso de que la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la LBRL permitió la actualización del régimen especial de ese municipio (como el de Madrid) por ley de la respectiva Comunidad Autónoma. Por cierto que el régimen de los “municipios de gran población” a que vamos a referirnos aquí no será de aplicación a ese municipio de Barcelona, que va a mantener su Carta Municipal, como, de manera un tanto ambigua (sin renunciar a la competencia estatal para regular ese régimen especial al que alude), viene a aceptar la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 57/2003 que aquí se comenta.

Ahora bien, la LBRL se limitaba a regular los órganos de gobierno municipal —Alcalde, Pleno, Tenientes de Alcalde y, en su caso, Comisión de Gobierno y comisiones informativas del Pleno (artículo 20)—, remitiendo a los propios municipios y a la legislación autonómica la regulación de la organización municipal complementaria. Por su parte, los legisladores autonómicos han sido, en general, muy parcos a la hora de establecer normas de organización de obligado cumplimiento por los municipios, ya sean generales o especiales. Y si bien otras leyes estatales, como el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril) o la Ley de Haciendas Locales, imponen algunas otras normas de organización interna como básicas, en realidad la autonomía organizativa de los municipios en relación con su respectiva administración interna —es decir, sobre sus órganos administrativos complementarios— quedaba sustancialmente asegurada.

Desde hace bastante tiempo se ha venido considerando, no obstante, que el propio esquema de órganos de gobierno y administración municipal de la LBRL no se adaptaba bien a las necesidades de las grandes ciudades. Sobre todo por las numerosas competencias, inclusive de orden puramente ejecutivo, que se atribuyen al Pleno, aunque este problema ya fue en parte afrontado por la citada Ley 11/1999, de reforma de la LBRL, que atribuyó al Alcalde algunas de las que correspondían a aquel órgano. Por esta y por otras razones, probablemente más poderosas, como las que se refieren a las necesidades de financiación de dichas ciudades y al peso específico que sus regidores tienen (y que desean hacer valer) en la política nacional, se fueron singularizando grupos de trabajo y de influencia con el fin de alcanzar un nuevo marco jurídico especial para estos municipios; todo ello en el contexto de reformas que abrió el denominado Pacto Local, firmado entre los partidos mayoritarios desde la mitad de los años noventa. Esos esfuerzos de singularización son los que han cristalizado en la nueva regulación de los municipios de gran población.

La idea fundamental que subyace a esta reforma es la de dotar a estos municipios de un modelo de gobierno más ágil y ejecutivo, y de una administración más moderna y con mayor capacidad de gestión, reforzando asimismo el carácter o liderazgo político de sus Alcaldes. Quizá está implícito en ello la idea y la perspectiva de que tales grandes municipios puedan asumir en el futuro competencias que hoy ejercen las Comunidades

Los municipios de gran población

Autónomas, relacionadas con algunos de los grandes servicios públicos o con la ordenación territorial y las obras públicas. Pues esta última es la finalidad que guió la firma del mencionado Pacto Local, pero es evidente que no todos los municipios están en condiciones de recibir determinadas transferencias competenciales con garantías de continuidad y de mantenimiento del nivel de los servicios que el ciudadano recibe. Bien es verdad que nada de esto aparece en la nueva regulación legal de los municipios de gran población, que se limita a los aspectos organizativos, sin mencionar ninguna nueva competencia municipal. Y no aparece, seguramente, porque la transferencia de competencias a las entidades locales es cuestión más compleja jurídica y políticamente, ya que necesariamente debe acordarse con las Comunidades Autónomas, por lo que resulta difícil, al menos en términos políticos, que pueda ser acordada en solitario por el legislador estatal.

Siendo claro lo que se ha pretendido, no deja de sorprender, sin embargo, que se adopte un mismo y rígido esquema de órganos no ya sólo de gobierno sino también de administración, en su nivel directivo, y otros de garantía y complementarios, que se va a aplicar por igual a todos los municipios que contempla el Título X de la LBRL. Y ello por varias razones. En primer lugar, la reforma legal confiesa su propósito de quebrar el uniformismo del régimen municipal, pero viene a incurrir en el mismo defecto y hasta extremos que la anterior LBRL no contemplaba, aunque sea en relación con los municipios de mayor franja de población. Porque, tal como ha quedado redactada finalmente la Ley, esta franja comprende o puede llegar a comprender municipios necesariamente muy distintos y con muy distintos problemas, desde el municipio de Madrid, con varios millones de habitantes, hasta municipios de 75.000 habitantes, o aun menos si son capitales de provincia o sede de las instituciones autonómicas. De este nuevo uniformismo derivan consecuencias muy discutibles, como la obligación legal de que estos últimos municipios se organicen también en distritos, algo absolutamente innecesario y seguramente perturbador del buen funcionamiento de la administración en municipios de tamaño medio.

En segundo lugar, sorprende lo minucioso de la regulación contenida en el Título X porque deja mucho menos espacio que el régimen general de organización municipal de la LBRL para la autonomía organizativa de cada entidad, es decir, mucha menos discrecionalidad a la hora de aprobar sus respectivos reglamentos orgánicos, adaptados a sus características y a

**LA IDEA FUNDAMENTAL QUE
SUBYACE A LA REFORMA
ES LA DE DOTAR A ESTOS
MUNICIPIOS DE UN MODELO
DE GOBIERNO MÁS ÁGIL
Y EJECUTIVO, Y DE UNA
ADMINISTRACIÓN MÁS
MODERNA Y CON MAYOR
CAPACIDAD DE GESTIÓN,
REFORZANDO EL CARÁCTER O
LIDERAZGO POLÍTICO
DE SUS ALCALDES**

los resultados del debate político propio. En este sentido, la reforma legal es contradictoria con la letra y el espíritu de la Carta Europea de la Autonomía Local, cuyo artículo 6.1 dispone que “sin perjuicio de las disposiciones más generales creadas por la ley, las Entidades locales deben poder definir por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pretenden dotarse, con objeto de adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz”. La reforma de la LBRL incluida en su nuevo Título X no es, en este sentido, favorable sino limitativa de la autonomía local.

Por otra parte, lo detallado de la regulación de los órganos superiores y directivos de los municipios de gran población implica una concepción expansiva del concepto de “bases del régimen jurídico” de la Administración local, reconducible al artículo 149.1.18ª de la Constitución, esto es, un paso más en la ampliación de la legislación básica. Con ello se restringe también la autonomía de las Comunidades Autónomas para legislar sobre esta materia. De hecho, algunas de ellas ya han interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 57/2003, de modernización del gobierno local, alegando que invade sus competencias estatutarias sobre régimen local. Sea o no inconstitucional dicha Ley por esta razón (y razones hay para considerar que lo es), entiendo que, una vez consolidado el Estado de las Autonomías, que integra realidades nacionales y regionales muy distintas, lo lógico sería, en aspectos relativos a la organización administrativa precisamente, no engrosar sino adelgazar la legislación básica. La Ley 57/2003 es, desde el punto de vista legislativo, paradójicamente más centralista que la LBRL de 1985, época esta en que resultaba más explicable, a mi juicio, mantener ciertas reglas comunes de organización aplicables en el territorio de unas Comunidades Autónomas que todavía estaban en fase de rodaje.

Con toda seguridad, el criterio más respetuoso con la autonomía local y regional hubiera sido admitir un régimen municipal especial de “carta” para estos municipios de gran población, como el que tiene el municipio de Barcelona, en su caso estableciendo algunos límites u orientaciones organizativas generales (las disposiciones “más generales” a que se refiere la Carta Europea). No es fácil adivinar, para quien no participa de las esferas políticas, por qué no se ha hecho así la reforma. Quizá para evitar suspicacias y agravios comparativos o para no tener que someter a debate en la propia esfera local —es decir, a una pluralidad de debates políticos locales— los términos de aquella. Pero, a la vista del resultado, da la impresión que se ha venido a imponer por ley para un buen número de municipios de muy diferente estructura y quizá para otros más de no tan “gran población” un esquema preconcebido y seguramente pensado y deseado para uno o unos pocos Ayuntamientos en municipios de muy (o de verdadera) gran población. Pues son éstos los únicos a los que puede convenir en realidad una forma de gobierno y administración que intenta asemejarse, salvando las distancias, a las de las Comunidades Autónomas: mayor separación entre el órgano con potestad normativa y de control y los órganos ejecutivos; órgano colegiado de gobierno; realce político del Alcalde-Presidente, dotado de funciones diferenciadas; organización administrativa compleja y estructurada en áreas funcionales con personal directivo al frente, etc.

Todavía más llama la atención que ese mismo régimen de organización se imponga, mediante una ley estatal básica, a los Cabildos Insulares de Canarias, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 23.3 de esta Comunidad Autónoma remite la regulación de la *organización y funcionamiento* de los Cabildos a “una ley aprobada por mayoría absoluta del Parlamento de Canarias en el marco de la Constitución”. Sea cual sea la finalidad o la intención que explique por qué se ha extendido a los Cabildos, ya en fase de tramitación parlamentaria, un esquema de organización que inicialmente no estaba previsto para ellos, con esta decisión se ha hurtado al Parlamento de Canarias, al menos en parte, un debate político y una parte de su competencia legislativa. Y aunque hay que recordar que la LBRL adoptó también para los Cabildos un régimen general, entonces el de las Diputaciones Provinciales (artículo 41.1), a la vista del texto del Estatuto de Autonomía y de la amplitud y minuciosidad del nuevo Título X de la LBRL, aquella opción del legislador parece igualmente de dudosa constitucionalidad.

3. Hechas esas primeras observaciones y entrando en el análisis del contenido del Título X, hay que empezar señalando que el término “de gran población” sólo puede aceptarse con reservas para algunos de los municipios a los que dicho Título puede llegar a aplicarse. Sin duda, la referida querencia por el agravio comparativo “ha funcionado” una vez más en nuestra vida política, pues el grupo de los municipios a que se refiere el actual artículo 121 ha ido engrosando a medida que avanzaba la tramitación parlamentaria. Parece que a nadie le parecía adecuado poder dejar de pertenecer a un grupo tan “exclusivo” y que, como no ha sido infrecuente en nuestra historia, los electos locales han tenido la capacidad de influencia suficiente en las direcciones nacionales de sus partidos políticos para modificar el diseño inicial. Pero si la pertenencia a ese grupo puede comportar ventajas (sobre todo en términos de influencia política y quien sabe si mañana en cuanto a competencias y financiación), también comporta, de manera real e inmediata, obligaciones organizativas muy precisas, que normalmente han de conllevar mayores gastos.

En cualquier caso, el Título X se va a aplicar necesariamente a los municipios de más de 250.000 habitantes o de más de 175.000 si son capitales de provincia [artículo 121.1.a) y b)], así como a los Cabildos Insulares con algunas peculiaridades, para lo cual todos ellos deben adaptar sus reglamentos orgánicos en el plazo de seis meses (desde el 1 de enero de 2004), según la Disposición Transitoria Primera de la Ley de modernización del gobierno local. Mientras esa adaptación no se produzca (hay que entender incluso si se supera el plazo legal), sigue aplicándose la normativa anterior a la Ley 57/2003, al menos en la parte en que no se produzca.

Por otro lado, el Título X podría también aplicarse a municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas, cualquiera que sea su población, y a otros municipios que superen los 75.000 habitantes, siempre “que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales” [artículo 121.1.c) y d), respectivamente]. En estos dos últimos casos los Ayuntamientos deben aprobar la correspondiente iniciativa, por mayoría absoluta (artículo 123.2), correspondiendo la decisión a la Asamblea Legislativa correspondiente de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, en el caso del apartado d) debe entenderse que la decisión autonómica no es enteramente discrecional (o que el legislador autonómico, pues lo lógico es que la deci-

sión se adopte mediante un acto del Legislativo, no tiene plena libertad al respecto), sino que es necesario justificar objetivamente cuáles son las “circunstancias especiales” que permiten aprobar la iniciativa. Dicho lo cual, la indeterminación de los conceptos legales que condicionan aquella decisión puede propiciar la búsqueda de cualquier fundamentación mínimamente plausible, si la presión de los electos locales es fuerte. De hecho, algunos municipios han mostrado al menos su intención de aprobar próximamente la iniciativa en cuestión, si bien en otros casos la valoración del incremento del gasto corriente que supone la aplicación del Título X parece haber impuesto mayor cautela.

4. El Título X introduce variaciones de relieve en la organización y atribuciones de los órganos de gobierno local. Las primeras a comentar son las que atañen al Pleno.

En los municipios de gran población, el Pleno pierde, a favor de la Junta de Gobierno Local, una parte de las atribuciones que mantiene en el resto de los municipios, específicamente las que tienen un carácter más ejecutivo y se refieren a actos singulares pero de gran importancia económica: decisiones sobre los bienes municipales, en materia de contratos y concesiones, aprobación de proyectos de obras y servicios, de operaciones de crédito o del número y régimen del personal eventual. Mantiene, en cambio, sus funciones de control y fiscalización de los órganos de gobierno. También las competencias reglamentarias, incluida la de aprobar el o los reglamentos de naturaleza orgánica, aunque sin merma de las atribuciones del Alcalde para determinar la organización y competencias de la administración ejecutiva, el número de los niveles esenciales de esa administración y los niveles complementarios inferiores. También mantiene el Pleno la competencia para aprobar los instrumentos de planeamiento urbanístico en los términos que hasta ahora, y sus atribuciones tributarias y presupuestarias, incluida la aprobación de la plantilla de personal, del régimen retributivo de los titulares de los órganos superiores y directivos y de la cuenta general. En fin, mantiene algunas competencias institucionales que ya tenía (alteración del término municipal y de la capitalidad y denominación del municipio, creación de entidades locales menores, participación en organizaciones supramunicipales, transferencia de funciones a otras Administraciones y aceptación de delegaciones o encomiendas de las mismas, planteamiento de conflictos de competencia, etc.) (artículo 123.1). Las modificaciones no son decisivas, pero sí significativas.

Ahora bien, hay otras novedades de organización y funcionamiento de mayor calado. Sobre todo, la posibilidad de delegar en las Comisiones del Pleno algunas atribuciones decisorias, incluida la aprobación de reglamentos y ordenanzas, la determinación de la forma de gestión de los servicios, la creación de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles y la aprobación de los expedientes de municipalización (artículos 122.4 y 123.3).

La segunda novedad es que el Alcalde puede delegar en uno de los Concejales la convocatoria y presidencia del Pleno, “cuando lo estime oportuno”. Con ello se pretende “liberar” al Alcalde de esta función “corporativa” en beneficio de su actividad más propiamente política y representativa. Ahora bien, los términos de la ley son criticables, pues

el Alcalde no debería poder eludir mediante el uso de esa facultad el control político al que puede someterle el Pleno. Es más, debería estar presente cuando, para el ejercicio de dicha función de control, sea requerido por los Concejales de la oposición. Estos extremos deberían aclararse y concretarse en el Reglamento del Pleno (a aprobar por cada municipio), ciñendo aquella facultad de delegación a supuestos y ocasiones en que sea razonable. La Ley, sin embargo, deja abierta la puerta a un uso excesivo de la misma. Aunque su Exposición de Motivos señala como una de las finalidades de la reforma “profundizar en el control de la acción de un ejecutivo reforzado, lo que implica que el Pleno desarrolle sus potencialidades deliberantes y fiscalizadoras”, en realidad deja en manos de cada Ayuntamiento la consecución de este objetivo. En algunos casos, por cierto (por ejemplo, en el Ayuntamiento de Madrid), ya se han oído críticas de la oposición sobre presuntas limitaciones de las facultades de control del Pleno y de los Concejales por los nuevos Reglamentos orgánicos.

Por último, hay que recordar que la Ley 57/2003 ha eliminado con carácter general la mayoría de dos tercios exigida para la adopción de ciertas decisiones por el Pleno (artículo 47), manteniendo la mayoría absoluta en casi todos los casos para los que se requería, regla que también se establece para los municipios de gran población, pero en menos casos aún, pues no requiere ya en ellos esa mayoría absoluta la aprobación de los planes urbanísticos ni la determinación de las formas de gestión de los servicios, ni la creación de organismos, entidades y sociedades dependientes del municipio (artículo 123.2).

5. Por lo que se refiere al Alcalde en estos últimos municipios, lo primero a destacar es que se le reconoce expresamente una función de *dirección de la política municipal* [artículo 124.4.a)]. No es que los demás Alcaldes carezcan de esta función, en realidad, aunque no esté especificada como tal en el texto de la Ley, pero el Título X ha querido subrayar la dimensión “política” de este órgano. Por eso se dispone en el artículo 124 que el Alcalde es responsable ante el Pleno de su “gestión política”, que le corresponde establecer “directrices generales de la acción de gobierno municipal y asegurar su continuidad” y establecer también la “organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva”. Ello aparte las facultades de convocar y presidir el Pleno y la Junta de Gobierno Local, nombrar y cesar a los Tenientes de Alcalde y Presidentes de Distrito, dictar decretos e instrucciones (como los demás Alcaldes, pero aquí

**EN LOS MUNICIPIOS DE
GRAN POBLACIÓN EL PLENO
PIERDE A FAVOR DE LA
JUNTA DE GOBIERNO LOCAL
LAS ATRIBUCIONES QUE
TIENEN UN CARÁCTER MÁS
EJECUTIVO Y SE REFIEREN
A ACTOS SINGULARES PERO
DE GRAN IMPORTANCIA
ECONÓMICA**

se expresa), además de bandos y medidas de necesidad, ejercer la jefatura superior de personal y la de la Policía Municipal y otras funciones conexas.

En cambio, el Alcalde pierde a favor de la Junta de Gobierno las múltiples atribuciones ejecutivas que mantiene en el régimen general. Aunque en este régimen puede delegarlas, como es frecuente, en el de los municipios de gran población la Ley las atribuye como propias a la Junta, que, mediante su ejercicio, colabora con el Alcalde en la dirección política. Incluso el Alcalde puede delegar todas sus funciones menos las de dirección política, nombramiento de Tenientes de Alcalde y Presidentes de Distrito, medidas de necesidad y jefatura de la Policía, algunas más que en el régimen general.

En definitiva, el Título X dota al Alcalde de los municipios de gran población del *status* de un órgano esencialmente político, a imagen de un Presidente de Comunidad Autónoma, comparación esta que no es ni mucho menos casual.

6. Por el contrario, el verdadero órgano superior de gobierno y administración es la Junta de Gobierno Local, un órgano reforzado en este régimen especial y con competencias propias, como se ha dicho.

A la Junta corresponden aquellas atribuciones ejecutivas y administrativas que en el régimen general son propias del Alcalde, más algunas que ha perdido el Pleno y que ya hemos comentado (artículo 127). Bien entendido que, al igual que sucede con las atribuciones del Alcalde en ese régimen general, la mayoría de las atribuciones ejecutivas de la Junta de Gobierno Local de los municipios de gran población (concesión de licencias, contratos y concesiones, actos de gestión patrimonial, operaciones de crédito, actos de gestión económica y la mayor parte de los de gestión de personal, sanciones) son delegables en otros órganos y, en este caso, no sólo en los Tenientes de Alcalde y Concejales, sino también en los coordinadores de área, directores generales y órganos similares. Además se dispone expresamente que la Junta de Gobierno aprueba los proyectos de normas, presupuestos y planes de urbanismo que ha de aprobar el Pleno, como sucede en la práctica en otros muchos Ayuntamientos, antes de su envío (se entiende) a las correspondientes Comisiones del Pleno (“informativas”, como suelen llamarse en el régimen general, y que son más que eso en los municipios de gran población, pues, como se ha dicho, pueden tener funciones decisorias delegadas).

Por otra parte, el Alcalde puede nombrar miembros de la Junta del Gobierno Local a personas que no sean Concejales (artículo 126.2). También a este respecto se traza un paralelismo con los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (y el mismo Consejo de Ministros), que pueden estar formados por personas que no sean parlamentarios elegidos. Ello no obstante, esa posibilidad ha suscitado en parte de la doctrina jurídica algún reparo de inconstitucionalidad, en la medida en que el artículo 140 de la Constitución atribuye “el gobierno y administración” de los municipios a los Ayuntamientos, “integrados por los Alcaldes y los Concejales”. No me parece que la Constitución establezca en este precepto una fórmula cerrada, que impida participar en el “gobierno” mu-

nicipal a personas que no sean Concejales, de la misma manera que tampoco les impide intervenir en o gestionar la “administración” municipal. Lo que la Constitución impone es un gobierno democrático y no burocrático (o tecnocrático) de los municipios, regido por representantes electos y eso es lo que quiere decir el artículo 140.1. No obstante, no se deduce de ello que excluya tajantemente la posibilidad de cubrir algunos órganos superiores o funciones con personal de confianza política de los electos locales, libremente nombrados y separados por ellos. En cualquier caso y quizá por cautela, la Ley ha establecido límites estrictos a la facultad del Alcalde de llevar a la Junta de Gobierno a personas que no son Concejales. Sólo un tercio de los miembros de la Junta, excluido el Alcalde, pueden tener ese perfil y para que la Junta quede constituida válidamente se requiere que la mayoría de los miembros presentes tenga la condición de Concejal.

Consecuencia de la configuración de la Junta a imagen de un Consejo de Gobierno es la exclusión de la misma de los funcionarios con tareas de secretaría y fe pública, que en estos municipios de gran población ha de realizar uno de los Concejales miembros de la propia Junta. Ciertamente, con el apoyo de un funcionario de habilitación nacional, pero que no participa en las reuniones de la Junta.

7. Siguiendo la sistemática del Título X de la LBRL, es preciso hacer una observación sobre los Distritos, regulados en el artículo 128.

La primera es que, como se ha señalado, resulta obligatorio constituirlos en los municipios de gran población (“deberán crear distritos”, dice la Ley), decisión que en el régimen general, antes aplicable también a aquéllos, quedaba remitida a la autonomía organizativa de los Ayuntamientos. El legislador, con toda probabilidad, ha optado por la obligatoriedad para potenciar el principio de participación ciudadana, que parece ser otro de los motivos de la reforma. Pero esa opción peca de rigorismo e inflexibilidad. Además de ser cauces de participación, los distritos se configuran como órganos de gestión desconcentrada de la administración municipal. Pero la fragmentación de ésta en distritos y sedes diferentes no siempre es útil y puede resultar fuente de ineficiencia e incremento artificial del gasto, sobre todo en municipios no muy grandes. Como ya sucede en algunos municipios, un primer incremento del gasto se produce al nombrar Presidentes de Distrito a Concejales sin responsabilidades en la Junta de Gobierno ni otras delegadas y, por tanto, carentes del régimen de dedicación exclusiva. De incremento del “gasto político” podemos hablar entonces, para empezar (cuestión preocupante en nuestra actual Administración local), pero sin duda no es el único gasto que ha de comportar la creación de los distritos.

Por lo demás, para potenciar la participación ciudadana no hace falta dividir el municipio en distritos, ya que existen otras muchas fórmulas, tanto o más eficaces y sobre todo menos costosas (consejos sectoriales, informaciones públicas, consultas informales, reuniones y debates públicos, etc.)

8. El artículo 129 regula también como órgano necesario una asesoría jurídica, cuya titularidad se reserva a un funcionario superior, no necesariamente de Administración local con habilitación nacional, nombrado y separado (libremente se entiende) por la Junta

de Gobierno Local. Sin duda es un órgano que ha de desarrollar una función imprescindible, la de asesoramiento al Alcalde y su Junta de Gobierno y representación y defensa en juicio del Ayuntamiento. Pero su configuración en la Ley refleja desconfianza hacia los funcionarios de carrera con derecho a permanecer en el cargo o, en otros términos, la absoluta predilección del legislador por los nombramientos basados en la confianza (política, personal o profesional, como se prefiera) para este tipo de puestos.

9. Según se deduce del artículo 130, los municipios de gran población organizan su administración ejecutiva en áreas o concejalías y en direcciones generales u órganos similares, además de poder crear, como cualquier otro ente local, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles. Lógicamente los reglamentos orgánicos, aprobados por mayoría absoluta del Pleno, deben establecer dichas áreas, sus coordinadores, las direcciones generales y los órganos similares, mientras que corresponde también al Pleno, como se ha dicho, por mayoría simple en este caso, acordar la creación de organismos, entidades y sociedades dependientes.

Todos los titulares de los órganos directivos son cargos de designación política. No han de ser necesariamente funcionarios, aunque sí tener al menos cinco años de experiencia profesional en el sector privado si no lo son, quienes desempeñen la titularidad de organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales [artículo 85 bis.b) LBRL, introducido también por la Ley 57/2003]. En el caso de las sociedades mercantiles, sus estatutos deben establecer la forma de designación. En cuanto a los coordinadores de área y directores generales, deben ser normalmente funcionarios superiores de cualquier Administración, pero el Pleno puede dispensar de esta condición a los titulares de ciertos puestos directivos en atención a sus “características especiales” (artículo 123.3). El modelo que se ha tenido en cuenta a estos efectos es el de la LOFAGE (Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, de 14 de abril de 1997). También la mencionada posibilidad excepcional de dispensa de la condición de funcionario para ciertos puestos directivos procede de esa Ley y la experiencia demuestra que es una posibilidad que se utiliza con liberalidad. Por eso la STS de 21 de marzo de 2002 estableció que debe motivarse, por referencia a las “características especiales” del puesto, el uso de tal dispensa. Por cierto que, en el ámbito del Estado, el reciente RD 562/2004, de 19 de abril, que aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, introduce también esa dispensa para algunos puestos directivos, eludiendo la obligación de motivar.

En consecuencia, la nueva regulación de los órganos directivos de los municipios de gran población abre la puerta a nuevos nombramientos fundados en criterios de confianza, a añadir a los ya existentes y al personal eventual (asesores ejecutivos, jefes de gabinete, secretarías de Alcalde, concejales y otros altos cargos, incluso en la actualidad personal de servicios de prensa y comunicación) cuyo número podrá determinarse por la Junta de Gobierno Local y no ya por el Pleno en esos municipios. Este incremento del personal de confianza en el ámbito municipal, que a veces se está utilizando para “recolocar” a altos cargos de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma que han perdido

su puesto en virtud de los últimos procesos electorales, debe hacernos reflexionar, ya que, en los niveles superiores de la Administración local está marcando el tránsito, ya decidido, hacia una suerte de Administración “de partido” o *spoils system*, en contraste con el modelo “profesional” de función pública que la Constitución garantiza como regla general en el artículo 103.3.

10. El artículo 131 regula también con carácter necesario (“existirá”) el Consejo Social de la Ciudad. Este órgano tiene su precedente en la Carta Municipal de Barcelona (que se inspira quizá en el Consejo Social de la legislación universitaria y, sobre todo, en los consejos económicos y sociales) y reúne a representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más representativas de la ciudad, con el fin de emitir informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos. El Pleno, en el correspondiente reglamento orgánico, debe especificar sus funciones, composición y régimen de funcionamiento.

Es difícil hacer un pronóstico sobre la operatividad y eficacia de un órgano semejante, que puede variar mucho de una a otra ciudad. Sucede con otros consejos consultivos de composición nutrida y heterogénea (los Consejos Escolares, los Consejos Económicos y Sociales) que muchas veces sus informes y propuestas, trabajosamente consensuadas, tienen escaso relieve público, ya que no son órganos que tengan la agilidad necesaria para intervenir en los debates que se generan cotidianamente en torno a los problemas de su competencia, por lo que tales informes llegan frecuentemente a deshora. En consecuencia, se corre el riesgo de que se conviertan en “cementérios de elefantes” o, lo que es peor, en órganos de representación (nunca mejor dicho) clientelar. De ahí que su estructura y previsiones de funcionamiento deban ser lo más livianas posibles. En Barcelona, por ejemplo, la Ley prevé que el Consejo de la Ciudad se reúna, como mínimo (aunque en la práctica puede ser la regla), una vez al año.

11. La Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones prevista en el nuevo artículo 132 de la LBRL es también un órgano necesario en los municipios de gran población [y potestativo en el resto de los municipios, conforme al artículo 20.1.d)]. Su función es supervisar la actividad de la Administración municipal dando cuenta al Pleno de las quejas presentadas y deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios,

**EL TÍTULO X
DE LA LBRL,
INTRODUCIDO POR
LA LEY 57/2003, VIENE A
CONSIDERAR A
LOS AYUNTAMIENTOS
DE LOS MUNICIPIOS DE
GRAN POBLACIÓN COMO
ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS EQUIPARABLES
EN TODOS LOS ASPECTOS
A LAS DEL ESTADO Y
LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS**

mediante un informe anual, especificando las sugerencias y reclamaciones no admitidas por la Administración municipal, sin perjuicio de la posibilidad de realizar informes extraordinarios.

Fácil es adivinar en la creación de este órgano el precedente del *ombudsman* o Defensor del Pueblo, que también existe ya en las Comunidades Autónomas y otras entidades públicas, con distintas denominaciones. Sin embargo, en este caso hay una diferencia esencial y es que la Comisión de Reclamaciones no es un órgano independiente, sino que está formada por representantes de los grupos políticos municipales, en proporción al número de sus miembros. También esta composición, que afecta a la propia esencia o naturaleza del órgano, suscita muchas dudas sobre su operatividad real. Pues a nadie se le oculta el grado de politización de nuestra vida local, en la que cualquier asunto, incluso de interés menor, puede ser inmediatamente objeto de encendida controversia. En su virtud, es legítimo dudar *a priori* sobre la objetividad con que una Comisión de aquella composición y destinada a indagar posibles defectos de funcionamiento de la Administración municipal pueda actuar. Por otra parte, tampoco está claro y deberá especificarlo el Reglamento orgánico municipal en cada caso, cuál va a ser el ámbito de sus funciones y si comprenderá también las actuaciones (o las órdenes e instrucciones) del Alcalde, la Junta de Gobierno y los órganos directivos y no sólo de otros órganos o unidades de administración ordinaria. Debería ser así, pues también aquellos órganos de gobierno y directivos ejercen funciones de la Administración municipal *lato sensu*. Pero en tal caso, no es lo más idóneo que este órgano tenga una naturaleza tan estrictamente política como la que se ha previsto.

12. Por lo que se refiere a los órganos de gestión económico-financiera, en los que apenas me detendré, destaca la posibilidad de crear un órgano de gestión tributaria (artículo 135) con funciones diferenciadas en la materia. Es decir, una especie de *agencia tributaria* municipal (salvando las distancias, por supuesto), aunque sin personalidad jurídica propia.

La novedad más interesante es, sin embargo, la existencia también necesaria, de un órgano especializado e independiente para resolver las reclamaciones económico-administrativas. Con este órgano se viene a reparar, en el caso de los municipios de gran población (y Cabildos Insulares), el despropósito en que incurrió la LBRL al suprimir las reclamaciones ante los Tribunales Económico-Administrativos en materia de tributos locales, por un prurito dogmático, esto es, por entender que se vulneraba la autonomía local, al ser dichos Tribunales órganos, aunque independientes, de la Administración del Estado. La consecuencia ha sido imponer al contribuyente la carga de recurrir judicialmente contra cualquier acto de gestión tributaria local, por escasa que fuera su cuantía, dado que el recurso de reposición que ha mantenido la Ley de Haciendas Locales se revela muy poco útil en la práctica, dada la tendencia muy generalizada a desestimarlos.

Hace ya años el Ayuntamiento de Barcelona, pionero en tantas cosas, inventó como remedio sustitutivo la intervención de un “Consejo Tributario”, con funciones delegadas

por el Alcalde, para resolver en vía consultiva los recursos de reposición en materia tributaria. Se trataba de un órgano independiente compuesto de expertos cuyas “propuestas” de resolución de los recursos venían a vincular de hecho, aunque no de derecho, al Ayuntamiento.

Ahora la experiencia del citado *Consell Tributari* adquiere carta de naturaleza en el Título X de la LBRL, no ya como órgano consultivo, sino como órgano decisorio con competencias propias en materia de resolución de las denominadas de nuevo reclamaciones económico-administrativas contra “actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección” (pero no se dice de sanción) de los tributos e ingresos de derecho público de competencia municipal. Además se le atribuyen funciones consultivas de dictamen sobre proyectos de ordenanzas fiscales y para la elaboración de estudios y propuestas en materia tributaria.

Lo decisivo es que el órgano es independiente, en tanto que compuesto por personas “de reconocida competencia técnica”, en número impar no inferior a tres, designados por el Pleno por mayoría absoluta y que sólo pueden ser cesadas por causas tasadas en la propia Ley (artículo 137.4), entre ellas ciertamente el acuerdo del Pleno por mayoría absoluta, pero que debe entenderse necesariamente motivado, ya que no se trata de cargos de confianza política.

Así se deduce también de la prescripción legal según la cual el funcionamiento de dicho órgano se basará en criterios de “independencia técnica”, además de los de celeridad y gratuidad. La regulación del órgano, que corresponde al Pleno, debe realizarse en todos sus aspectos de acuerdo con la normativa estatal reguladora de las reclamaciones económico-administrativas, que le sirve de modelo, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias. Sólo cabe esperar que los Ayuntamientos acierten en la designación de las personas con experiencia en la materia, no necesariamente funcionarios ni empleados locales, que han de desempeñar estas funciones.

13. En definitiva, el Título X de la LBRL, introducido por la Ley 57/2003, viene a considerar a los Ayuntamientos de los municipios de gran población (y a los Cabildos Insulares) como Administraciones públicas equiparables en todos los aspectos a las del Estado y las Comunidades Autónomas, estableciendo un sistema de órganos básicos de gobierno y administración que se inspira ampliamente en el propio de aquéllas, dicho sea sin perjuicio de sus peculiaridades. Este sistema de gobierno y administración se separa así del régimen local general, en el que las funciones de dirección política y las funciones administrativas o ejecutivas se hallan menos diferenciadas y se asignan a unos mismos órganos, conforme a nuestra tradición legislativa.

Sin duda, la Administración de algunos grandes municipios o Cabildos poco se diferencia, por su complejidad y por su volumen, de la de algunas Comunidades Autónomas, aunque las competencias de estas últimas sean, hoy por hoy, más numerosas. Pero, aparte estas comparaciones, es claro que ha existido un interés político en equiparar en lo posible el régimen organizativo de estos entes locales a los de las Administraciones territoriales superiores. Las ventajas e inconvenientes de esta opción están aún por ver, aunque ya se han señalado algunos problemas y tendencias. Queda por determinar cuántos municipios

van a poder acogerse finalmente a este régimen, aunque lo más lógico es prever que su número vaya aumentando paulatinamente. Y queda también por ver si los recursos de inconstitucionalidad que se han interpuesto contra el nuevo Título X de la LBRL o su carácter básico prosperan, al menos en algún extremo, o si la nueva mayoría política considera conveniente corregir algunos aspectos puntos o, quizá, reducir el nuevo exceso de uniformismo que esa reforma legal introduce, lo que, a juicio de quien suscribe, resulta claramente deseable.

Comentarios a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, del Contrato de Concesión de Obras Públicas

LUIS F. MAESO SECO

Profesor Asociado de Derecho
Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Introducción. II. La controvertida naturaleza jurídica del contrato de concesión de obras públicas. III. Consideraciones preliminares en torno a la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

A) Vocación de la Ley. B) En torno a la técnica normativa utilizada. C) Antecedentes remotos e inmediatos del contrato de concesión de obras públicas. D) El carácter intrínseco de legislación básica de la Ley. **IV. Examen de la forma y contenidos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.**

A) Análisis formal y estructura de la Ley. B) Análisis sustantivo del articulado de la Ley: el nuevo régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas en el TRLCAP.

a) Definición, concepto de obra pública y concepto de retribución. b) Contenido, formas de iniciación, régimen de las zonas de explotación, financiación y concesión de obras públicas diferenciadas. c) Régimen de la construcción de las obras objeto de concesión. d) Derechos y obligaciones del concesionario. e) El régimen económico-financiero del contrato de concesión. f) Prerrogativas y Derechos de la Administración. g) La extinción del contrato de concesión de obras públicas. h) Estudio singular de las Disposiciones Adicionales de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. **V. Elementos clave del nuevo régimen del contrato de concesión de obras públicas: Riesgo y ventura, equilibrio económico y el régimen de financiación.**

VI. Recapitulación y conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, establece el nuevo régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas¹.

Esta Ley tiene por finalidad la regulación de la figura de la concesión administrativa de obra pública en términos tales que se permitan conciliar las lógicas aspiraciones de la iniciativa privada empresarial con las exigencias del interés público; ajustándola a criterios que faciliten su aceptación y, en consecuencia, su utilidad o función social. Lo que exige, por un lado, definir los límites del riesgo de la concesión, y, por otro, delimitar el significado y alcance del principio de equilibrio económico de aquélla, conciliando debidamente el interés público y el privado. Finalmente, se facilita también, la concurrencia o diversificación de los mecanismos y las fuentes privadas de financiación². Todo ello requiere, necesariamente, la modificación y reforma de la normativa sobre contratos públicos aún en vigor³.

Para ello, la propia Ley 13/2003, de 23 de mayo, añade un flamante Título V (“Del contrato de concesión de obras públicas”) al texto del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP); modifica parte de su articulado⁴ y, en

(1) Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (BOE, núm. 124, de 24 de mayo). Para un estudio pormenorizado de la Ley, y del contrato de concesión en particular, véanse, MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de contratación administrativa (Adaptada al Nuevo Reglamento de Contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2003; FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio, y a su Reglamento, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre. Con el nuevo régimen del contrato de concesión de obras públicas, Ley 13/2003, de 23 de mayo, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 2003; EMBID IRUJO, A.: “Comentarios a la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas: (ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas)”, Aranzadi, Pamplona, 2003, y MARTÍN REBOLLO, L., en el estudio preliminar contenido en *Leyes Administrativas*, 9ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 688 y ss.

(2) Éstos son los términos, casi literales, en los que se expresa el legislador, tal y como aparecen recogidos en la memoria justificativa del Anteproyecto de Ley fechado en noviembre de 2001.

(3) Para un estudio detallado de la contratación administrativa en general, véase, SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 357 a 388; del mismo autor y en la misma obra, “Preparación y adjudicación del contrato de obras”, págs. 647 a 657; PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Edit. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963; RIVERO ISERN, E.: *La interpretación del contrato administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971; SOSA WAGNER, F. et. al.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 1995; MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1996; CASTILLO BLANCO, F.A.: (Coord.): *Estudio sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, CEMCI, Granada, 1996; RUÍZ OJEDA, A. y BERNALDO DE QUIRÓS, J.G.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial (Doctrina, jurisprudencia y concordancias)*, Civitas, Madrid, 1996; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La figura del contrato administrativo”, en *AAVV*, *Studi in memoria di Guido Zanolini*, Edit. Giuffrè, Milán, 1965, págs. 637 a 672; GÓMEZ-FERRER, R. et. al.: *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1996; GARCÍA MACHO, R. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Para una aproximación a la anterior legislación de contratos, véase, también MAESO SECO, L.F.: “Chronicles/Croniques”, *EPLR/REDP*, Vol. 12, núm. 4, Winter/Hiver, 2000, págs. 1.361 y ss.

(4) En concreto, se trata del párrafo a) del apartado 2 del art. 5; El art. 7; La Sección 1ª, Capítulo I, del Libro II, arts. 130 a 134, y los arts. 156 y 157.

base al contenido de sus disposiciones adicionales, introduce las correcciones oportunas en la legislación sectorial afectada⁵.

De lo anterior se infiere, que la Ley 13/2003, de 23 de mayo, es una ley de reforma o modificación. Esto es, una ley carente de sustantividad propia, cuya única finalidad es la de introducir las reformas normativas necesarias que permitan dar cabida al nuevo contrato de concesión de obras públicas.

II. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Antes de hacer cualesquiera otras consideraciones en torno a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, resulta obligado abordar —siquiera brevemente— una cuestión de largo debatida por la Doctrina: la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obras públicas. Temática que sobrepasa con mucho los límites de este estudio, pero que no es posible desatender, si se pretende brindar al lector una visión acabada de esta Ley.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica e, incluso, el concepto del contrato de concesión de obras públicas⁶. Discusiones que han dado como resultado la formulación de cuatro teorías principales en torno a las que se agrupan la mayoría de los autores. Sintéticamente expuestas, éstas serían las siguientes:

a) La tesis privatista. Teoría defendida por autores que, como DUFAU, sostienen que el contrato de concesión de obras públicas posee una naturaleza privada. Se afirma desde tales postulados que esta figura contractual no es ni tan siquiera un contrato de Derecho público en sentido estricto, sino una mera traslación de una técnica contractual privada que no por ello deja de serlo⁷.

(5) A este respecto, es necesario citar: la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; La Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y el RDLeg 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas. En todas ellas, y si bien no en idénticos términos, figuras contractuales muy similares a la del contrato de concesión de obras públicas venían siendo objeto de regulación.

(6) En efecto, muchas han sido las opiniones vertidas acerca de la naturaleza jurídica del contrato de concesión. Para un estudio pormenorizado de las más relevantes, véase, RUÍZ OJEDA, A. y BERNALDO DE QUIRÓS, J.G.: ob. cit., págs. 551 y ss., y, en particular, el contenido del Dictamen del Consejo de Estado, emitido, precisamente, con motivo de la elaboración de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(7) Recuérdese que para DUFAU y la doctrina francesa más tradicional (de la que es heredero el propio Derecho Comunitario), la concesión de obra pública tendría una naturaleza meramente contractual privada, y esencialmente idéntica a un mero negocio jurídico entre particulares, en el que se produce un intercambio recíproco de contraprestaciones. Véase, DUFAU, J.: *Les Droits des travaux publics*, Vol. I, Moniteur, París, 1988, págs. 105 y ss.

**EL CONTRATO DE
CONCESIÓN DE OBRAS
PÚBLICAS TIENE UNA
NATURALEZA PÚBLICA
DERIVADA DEL HECHO
DE SER UNA FIGURA
CONFORMADA POR LA
REALIZACIÓN SUCESIVA
DEL CONTRATO DE OBRA
Y DEL CONTRATO DE
CONCESIÓN DE SERVICIO
PÚBLICO**

b) La tesis publicista amplia. A ella pertenecen quienes afirman que el contrato de concesión de obras públicas posee una indiscutible naturaleza pública. ÁVAREZ GENDIN proclama con rotundidad que este tipo contractual “(...) es una manera de ser del contrato de Derecho público”⁸. Sin embargo, no se precisa desde esta perspectiva cuáles serían las diferencias del contrato de concesión de obras públicas con otras técnicas contractuales, tales como el contrato de obra o la concesión de servicio público; lo cual tiene su importancia a los efectos de delimitar con exactitud los contornos de la figura.

c) La tesis publicista concesional. Sin abandonar los planteamientos publicistas, encontramos también a quienes como LAUBEDÈRE⁹ y DEVOLVÉ, o entre nosotros VILLAR PALASÍ y GARCÍA ORTEGA¹⁰, mantienen que el contrato de concesión de obras públicas es, sencillamente, un tipo específico de concesión¹¹. Esta postura plantea el notable inconveniente de que, pese a la innegable similitud existente entre ambas figuras, aquél (contrato de concesión de obras públicas) no se adapta fácilmente a las reglas y requerimientos de ésta (concesión de servicio público); lo que, evidentemente, plantea no pocas dificultades, tanto de índole teórico como práctico.

d) La tesis publicista mixta. Por último, están quienes, siguiendo la postura mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 3375/2001, de 5 de diciembre y en el Dictamen núm. 4464/98, de 22 de diciembre de 1998¹², defienden la teoría de que el contrato de concesión de obras públicas es un contrato híbrido o mixto. Una figura contractual a mitad de camino entre el contrato clásico de obra pública, y la concesión

(8) A este grupo, pertenece ÁLVAREZ GENDIN, S: *Doctrina Jurídica de los contratos públicos del Estado y de la Administración Local*, ENAP, Madrid, 1967, pág. 177.

(9) Para conocer con más precisión las tesis de ambos autores, véase, LAUBEDÈRE, A. de: *Traité des contrats administratifs*, Vol. I y II, LGDJ, París, págs. 283 y ss. y 690 y ss. Del Vol. II, léanse también las págs. 239 y ss. 409 y ss. 515 y ss. y 677 y ss.

(10) La rotunda opinión de VILLAR PALASÍ, aparece recogida en la voz “Concesiones Administrativas”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. I, Francisco Seix, Barcelona, 1975, pág. 687. GARCÍA ORTEGA, P.: *Historia de la legislación española de caminos y carreteras*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1982, págs. 135 a 160.

(11) La equiparación del contrato de concesión a la concesión en sentido estricto, plantea serios inconvenientes y dificultades. El primero, que mientras en la concesión la realización de la obra pública es instrumental al servicio público, en el contrato de concesión de obras públicas es la concesión la que resulta accesoria a la construcción de la obra pública. El segundo, que el contrato de concesión de obras públicas tiene un eminente “contenido regalistico”, contenido que desaparece en el contrato de concesión en sentido estricto. Y el tercero, que del contrato de concesión de obras públicas resulta a favor del concesionario un concreto status jurídico, lo que no ocurre en el caso de la concesión pura. Existen pues, importantes diferencias entre uno y otro que hacen casi imposible su equiparación. Sin embargo, conviene recordar que –como se ha dicho anteriormente– algunos Estados de la Unión Europea siguen manteniendo aún posiciones muy próximas a esta postura. Así, por ejemplo, cuando se afirma que el contrato de concesión de obras públicas no es sino una mera delegación de concesión. Véase cómo acertadamente han puesto de manifiesto RUÍZ OJEDA, A. y BERNALDO DE QUIRÓS, J.G., ob. cit., pág. 554.

(12) Así es, tanto en el reiterado Dictamen núm. 3375/2001, de 5 de diciembre, como en otro anterior núm. 4464/98, de 22 de diciembre de 1998, al que aquél se remite, el Consejo de Estado expresa su posición al respecto, afirmando que el contrato de concesión de obras públicas: “(...) Se caracteriza, además, por ser un negocio jurídico típico de carácter mixto (...), pues lleva aparejada la realización de una obra (contrato de obras) y la ulterior explotación del servicio vinculado a esa obra (contrato de gestión de servicios públicos), de tal suerte que, en cuanto al régimen jurídico aplicable, en lo que supone ejecución de una obra, le son de aplicación las disposiciones relativas al contrato administrativo de obras y en lo referido a la explotación de aquélla, el concesionario queda sujeto a las normas reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos”.

de gestión de servicio público. Ahora bien, un contrato mixto en el que las figuras que lo conforman se realizan de forma sucesiva, sin llegar a coexistir.

Resumidas las tesis y teorías más importantes en relación con esta materia, ¿cuál es, en definitiva, la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obras públicas? ¿Es éste un contrato de naturaleza privada, o acaso posee naturaleza pública? Y, en este último caso, ¿estamos ante una figura contractual singular o ante una nueva forma de concesión?

En mi opinión, el contrato de concesión de obras públicas tiene una indiscutible naturaleza pública. Naturaleza pública derivada, entre otros, del hecho de ser una figura conformada por la realización sucesiva de dos figuras de tal naturaleza: el contrato de obra y el contrato de concesión de servicio público. En otras palabras, me sumo a quienes (tesis publicista híbrida o mixta) postulan que el contrato de concesión de obras públicas posee —precisamente— dicha naturaleza, estando integrado por dos figuras administrativas de actuación sucesiva: el contrato de obra y la concesión de gestión de servicio público. Y ello porque, sólo sobre la base tal formulación (sucesión y no coexistencia) queda salvada, tanto la naturaleza pública del contrato de concesión, como su pretendida singularidad respecto de otras figuras contractuales públicas. En definitiva, y al menos en lo que concierne a este estudio, la naturaleza jurídica del contrato de concesión es la de ser un contrato público y mixto.

Conviene no olvidar antes de poner punto y final a este epígrafe que de la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obras públicas dependen otras muchas cuestiones. Algunas de ellas tan trascendentes como el sometimiento o no del mismo a la normativa Europea en materia de contratación pública; y, por ende, la mayor o menor capacidad normativa de los Estados a la hora de configurar el régimen jurídico de la figura¹³.

(13) El contrato de concesión de obras públicas es, al menos aquí, un contrato de naturaleza pública y, en consecuencia, forma parte del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario. Es cierto que, ni los contratos, ni las concesiones aparecen regulados expresamente en los textos de los Tratados. Ahora bien, de este dato no podemos extraer la conclusión de que estas figuras quedan fuera de la aplicación de los mismos. Existen toda una serie de principios, derechos y libertades en los Tratados que les resultan de aplicación (por ejemplo, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento), lo que, unido al principio de primacía del Derecho Comunitario, hace imposible sostener que nos hallamos ante un ámbito material de exclusión del Derecho Europeo. Es más, una lectura atenta de los textos de los Tratados revela la presencia de multitud de preceptos que, aún sin nombrarlo expresamente, resultan de aplicación al contrato de concesión de obras públicas. Abundando en esta idea, si consideramos —como aquí se ha hecho— que el contrato de concesión de obras públicas es un contrato de naturaleza pública (en nada distinto de otras figuras contractuales públicas), de ello se deriva que estará sometido a los reglamentos y directivas europeas en materia de contratación pública, y, en consecuencia, el diseño de su régimen jurídico por parte de los Estados dependerá en gran medida de la adecuación del mismo a la normativa comunitaria. Por el contrario, si se afirmase que el contrato de concesión de obras públicas no tiene naturaleza contractual pública, el poder de configuración legal por parte de los Estados se vería notablemente ampliado. He aquí, la importancia de optar por una u otra tesis. Es evidente que la aprobación de las Directivas sobre contratación administrativa sería suficiente de por sí para demostrar que el contrato de concesión de obras públicas es, para el Derecho Comunitario, parte integrante de la contratación pública. Véase a este respecto la reciente normativa comunitaria sobre contratación administrativa que se desarrolla, sobre todo, a partir de los años 90, con la promulgación de las tres Directivas básicas en la materia: La Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre contratos de obras, la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio, de contratos de suministros y la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre contratos de servicios. En concreto, la Directiva 93/37/CEE, reguladora de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, prevé un régimen particular para las concesiones de obras que superen el umbral mínimo de 5.000.000 (estas directivas han sido posteriormente modificadas por Directiva 97/52/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre y más recientemente por la Directiva 2001/78/CE, de 13 de septiembre). Sin embargo, aún hoy existen Estados que defiende su calificación como simple delegación de servicio público. Lo que supondría la inaplicación al contrato de concesión de obras públicas de las limitaciones y condiciones, que establece la normativa comunitaria. Véase, a este respecto, MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1996, y del mismo autor, el elenco contenido en MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., ob. cit., pág. 50.

En conclusión, la determinación de la exacta naturaleza jurídica del contrato de concesión de obras públicas es uno de los aspectos más problemáticos de la Ley. Controversias que se ven amplificadas, por el hecho de que existen multitud de cuestiones anudadas a aquélla. Entre otras, el sometimiento o no del contrato de concesión de obras públicas a los límites y condiciones derivados del Derecho Comunitario.

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA LEY 13/2003, DE 23 DE MAYO

Resuelta la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obras públicas —al menos en lo que a este estudio se refiere—, y antes de pasar al examen exhaustivo del articulado de la Ley (tanto formal, como sustantivo), creo oportuno realizar algún comentario en torno a una serie de cuestiones que, aun de relevancia menor, en modo alguno resultan intrascendentes, tales como: la inspiración de la Ley, la conveniencia o no de la técnica normativa empleada por el legislador, los antecedentes remotos e inmediatos de la figura, su naturaleza, o la caracterización de aquélla como ley básica.

A) Vocación de la Ley

La vocación con la que nace la Ley 13/2003, de 23 de mayo, es la de ser una norma acabada y de aplicación general por todas las Administraciones Públicas.

En efecto, la intención de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, a diferencia de las normas que la preceden, es la de tratar de regular, de forma acabada y general, todos los elementos del contrato de concesión de obra pública. Consiguientemente, además, que éstos resulten de aplicación a la totalidad de las Administraciones públicas. Así queda recogido en la propia Exposición de Motivos de la Ley, donde se declara que:

“La nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas contenida en esta Ley resulta, por tanto, troncal u horizontal, con carácter de legislación básica en su mayor parte, de obligado cumplimiento para todas las Administraciones que deseen utilizarla. Las regulaciones sectoriales o autonómicas adquirirán en consecuencia un carácter de complementariedad salvo en los casos en que el propio legislador establezca la excepción por vía singular. La norma viene a establecer así el régimen regulador de la concesión, que el Estado estima en principio irrenunciable, para que la institución cumpla el nuevo papel que la sociedad reclama, esto es, su contribución a la financiación y creación de infraestructuras y, consiguientemente, al más rápido crecimiento económico.”

Esta finalidad de aplicación general y básica, la logra la Ley a través de la modificación y reforma de la normativa general de contratos, así como del resto de la legislación sectorial afectada. Pero también, mediante la asignación del carácter básico a la mayoría de sus preceptos. Aspectos sobre los que volveré a continuación, al referirme al carácter básico de la Ley.

B) En torno a la técnica normativa utilizada

El legislador, siguiendo en este punto el parecer expresado por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 3375/2001, de 5 de diciembre¹⁴, introduce todas las modificaciones necesarias de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (tanto del TRLCAP, como de la legislación sectorial afectada) a través de una única ley de reforma.

Sin embargo, otras opciones legislativas hubiesen sido viables. Es más, en un primer momento (texto del Anteproyecto de Ley), el legislador barajó otras posibilidades. Así, por ejemplo, la regulación del contrato de concesión de obras públicas a través de una ley especial; o la reforma de la legislación de contratos a través de sucesivas leyes de modificación parcial.

Sobre la base de lo anterior, y si a ello añadimos las advertencias a este respecto formuladas por el Consejo de Estado¹⁵, es lícito preguntarse por qué existiendo otras alternativas, el legislador de contratos opta por la aprobación de una única ley de reforma. Más aun, ¿es ésta la opción más acertada? La respuesta es afirmativa.

La elección del legislador por una única Ley de reforma, capaz de integrar en su contenido las modificaciones de la legislación general y sectorial afectada, es la fórmula que mayores ventajas ofrece frente al resto de alternativas posibles. La aprobación de una ley especial, o el llevar a cabo una reforma parcial y continuada en el tiempo de la legislación en vigor, sólo hubiese servido para dificultar innecesariamente la regulación de la figura, alargar absurdamente los plazos de la reforma o generar —sin razón que lo justifique—, una más que probable inseguridad jurídica¹⁶.

**LA INTENCIÓN
DE LA LEY 13/2003 ES
LA DE TRATAR DE
REGULAR, DE FORMA
ACABADA Y GENERAL,
TODOS LOS ELEMENTOS
DEL CONTRATO DE
CONCESIÓN DE OBRA
PÚBLICA, CONSIGUIENDO
QUE ÉSTOS RESULTEN DE
APLICACIÓN A
LA TOTALIDAD DE
LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS**

(14) Véase apartado V, núm. 1.

(15) Recuérdese, a este respecto, que en el apartado II, letra e), parrafo 3, del susodicho Dictamen del Consejo de Estado, núm. 3375/2001, de 5 de diciembre, se observa con acierto que en la tramitación del Anteproyecto de Ley, no se ha consultado o recabado del parecer, ni de las organizaciones sociales eventualmente interesadas, ni del Ministerio de Economía y Hacienda, del Ministerio de Administraciones Públicas o el Ministerio de Justicia; y que, de igual modo, no ha sido evacuado el trámite del art. 23.3 de la Ley del Gobierno. En otras palabras, y según el tenor literal del propio Dictamen: “(...) no se ha observado una elaboración adecuada pues se han omitido trámites que se configuran como esenciales”.

(16) En efecto, si el legislador hubiese optado por aprobar una Ley especial, esto es, una Ley a través de la cual la regulación del contrato de concesión de obras públicas hubiese quedado al margen de la aplicación de la legislación general en materia de contratación administrativa, ello habría supuesto la obligada coexistencia de dos distintos regímenes jurídicos (uno general y otro especial), sin que haya razón que lo justifique. Además, y puesto que la Ley 13/2003, de 23 de mayo no regula agotadoramente todas y cada una de las cuestiones relativas al contrato de concesión de obras públicas (así, por ejemplo, no determina cuáles sean los requisitos para contratar), ello habría obligado al operador del Derecho al engorroso manejo de dos distintos textos legales para dar solución a cuestiones que pertenecen a un mismo ámbito de actuación pública: la contratación administrativa. Todavía más, a buen seguro, ello habría planteado no pocas dificultades de carácter

Así pues, nada cabe objetar en cuanto a la técnica normativa utilizada por el legislador básico de contratos.

C) Antecedentes remotos e inmediatos del contrato de concesión de obras públicas

Se afirmaba en la introducción que la Ley 13/2003, de 23 de mayo, establece el “nuevo” régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas. Ahora bien, eso no significa que se esté ante una técnica contractual de nuevo cuño. Es más, estamos ante una figura presente en la legislación administrativa española desde el siglo XIX.

En efecto, desde el RD de 10 de octubre de 1845 y hasta la actualidad, han sido muchas las normas administrativas que, de un modo u otro, se han ocupado de regular ésta u otras figuras de perfiles muy similares¹⁷. Cítense entre otras, y sin ánimo de ser exhaustivo: la Ley 8/1972, de Autopistas, la Ley General de Obras Públicas de 1877, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, y, cómo no, la anterior regulación del contrato de concesión de obras públicas recogida en los arts. 130 a 134 del TRLCAP.

Así pues, y si bien es cierto que se está en presencia de un “nuevo” régimen del contrato de concesión de obra pública, no lo es que se esté en presencia de una “nueva” figura

interpretativo. Si por el contrario, el legislador hubiese optado por llevar a cabo una reforma parcial y dilatada en el tiempo de la entera legislación de contratos, ello habría retrasado considerable e innecesariamente los tiempos de la reforma. Todo, sin contar con la inseguridad jurídica que habría provocado, o con los perversos efectos económicos que esta opción llevaba aparejados. Para un análisis pormenorizado de los pros y los contras de la opción escogida por el legislador, véase, también, el apartado V.1, del Dictamen del Consejo de Estado, núm. 3375/2001, de 5 de diciembre.

(17) La concesión de obra pública aparece regulada por vez primera en el RD de 10 de octubre de 1845. Es en ese concreto momento histórico cuando se constata que la Administración es incapaz de acometer determinados proyectos y obras, contando únicamente con sus propios medios materiales y personales (así, por ejemplo, grandes infraestructuras necesarias para la prestación de servicios públicos). Se trata de proyectos y obras que, en efecto y debido a su envergadura, exigen de la Administración un esfuerzo económico y material inasumible. El legislador de la época se ve forzado entonces, a buscar fórmulas de financiación alternativas que le permitan salvar este problema, momento en el que aparece la concesión de obra pública. La concesión de obra pública se caracteriza a partir de aquel momento, por ser una técnica administrativa contractual, cuya finalidad es conseguir la participación de los particulares en la realización de determinados proyectos y obras; A cambio siempre de su explotación, por un tiempo determinado. Una técnica con la que, en definitiva, se pretende atraer la inversión privada al sector público. Más de cien años después, Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas de Peaje, vuelve a regular esta figura. Ahora, bajo la denominación de “concesión de explotación de autopistas”. Un tipo de concesión en el que, a cambio de la realización de la obra, se otorga a favor del titular su explotación por tiempo limitado; Lo que incluye los peajes y otros conceptos señalados en la propia norma. Más tarde, en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (art. 54) encontramos una figura que presenta rasgos similares: “las concesiones de creación, regeneración o acondicionamiento de playas”. También en este caso, y como contraprestación a favor del concesionario, se otorga la explotación “(...) total o parcial de los servicios de temporada (...)”, en los términos que se establezcan en el título correspondiente”. Recientemente, el RDLeg 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, en sus arts. 133 a 135 regula el contrato de concesión de obras hidráulicas. Contrato de concesión que, en términos generales, es análogo al ahora introducido por Ley 13/2003, de 23 de mayo. Y por supuesto, la legislación de contratos. En particular, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que en su anterior redacción (arts. 130 a 134), contenía una somera regulación del contrato de concesión de obras públicas. Regulación que, pese a establecer los caracteres básicos de la figura (art. 130) y abordar cuestiones tales como la subcontratación parcial (art. 131) o el concepto de empresa vinculada (art. 134), resultaba claramente insuficiente, pues era demasiado parca en sus prescripciones, estaba configurada como una subespecie al interno del contrato de obra pública y no aclaraba convenientemente el concepto de contraprestación.

contractual. La Ley 13/2003, de 23 de mayo, constituye en efecto una novedad en nuestra reciente legislación de contratos, pero dicha novedad lo es más por la vocación de norma acabada y general que la norma persigue, que por su objeto material de regulación.

En definitiva, tanto la vetusta normativa sobre la concesión de obra pública, como algunos otros tipos de concesiones y autorizaciones presentes en la legislación sectorial contemporánea, anunciaban el postrero alumbramiento del nuevo régimen del contrato de concesión de obras públicas.

D) El carácter intrínseco de legislación básica

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, tiene la consideración de legislación básica a efectos del ejercicio posterior de competencias por parte de las CCAA. Ello obedece sin duda a la vocación de aplicabilidad general y acabada que la Ley pretende, y a la que ya antes me he referido.

Ahora bien, este carácter de legislación básica no ha sido declarado expresamente por el legislador respecto de la totalidad de la Ley, sino que se deduce de la consideración como básicos de la práctica totalidad de sus preceptos. Preceptos que aparecen relacionados en la Disposición Final Primera de la Ley¹⁸, y que se pueden agrupar en torno a tres grupos, o categorías principales, a resultas del concreto título competencial en el que se ampara el legislador básico para dictarlos.

Esas categorías y títulos competenciales son los siguientes: a) preceptos básicos en virtud de la aplicación del art. 149.1.18ª de la CE (legislación de contratos); b) preceptos considerados básicos según lo dispuesto en el art. 149.1.13ª de la CE (bases y coordinación

(18) En virtud de la Disposición Final Primera, constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución los preceptos que a continuación se enumeran: a) Los artículos 5.2.a), 7, 130.a), 134 y 157.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la redacción dada a éstos por los apartados uno a tres del artículo único de esta Ley. b) Los artículos contenidos en el título V del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo lo dispuesto en el apartado 4 de esta disposición y los artículos o parte de estos que a continuación se enumeran: El artículo 223. El plazo de un mes ampliable por otro mes del apartado 3, el apartado 4 y el plazo de tres meses ampliables a seis y el sentido desestimatorio del silencio del apartado 5 del artículo 227. El último inciso del apartado 1, el plazo de un mes ampliable por otro mes del apartado 3 y los apartados 4 y 5 del artículo 228. El apartado 3 del artículo 229. El último inciso del apartado 1 del artículo 231. El apartado 3 del artículo 235. El porcentaje del 30 por ciento del apartado 1 del artículo 237. El apartado 1 del artículo 238. El apartado 2 del artículo 245. El apartado 5 del artículo 246. El artículo 247. Los apartados 2 y 3 del artículo 251. Los límites máximos de las penalidades previstas en el apartado 2 y los apartados 5 y 6 del artículo 252. El apartado 7 del artículo 254. El apartado 2 del artículo 255. c) Las siguientes disposiciones de la parte final: La Disposición Adicional Primera. La Disposición Adicional Segunda, apartado 1, primer párrafo. La Disposición Adicional Cuarta. La Disposición Adicional Sexta, salvo la segunda frase del apartado 1, desde “La aprobación...” hasta “... del beneficiario”, y el apartado 2. La Disposición Adicional Undécima. La Disposición Final Segunda. La Disposición Final Cuarta.3. Constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución los preceptos que a continuación se enumeran: La Disposición Adicional Segunda, apartado 1, segundo párrafo. La Disposición Adicional Novena.4. Los artículos que se indican a continuación se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.4ª, 6ª, 8ª, 14ª y 24ª de la Constitución: El artículo 246.6. El artículo 253.1. El artículo 254.1 y 2. El artículo 255.1. El artículo 256. El artículo 257. El artículo 258. El artículo 260. La Disposición Adicional Segunda, apartados 2 y 3. La Disposición Adicional Tercera. La Disposición Adicional Décima.5. La Disposición Adicional Duodécima se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.22ª y 25ª de la Constitución”. No debe olvidarse tampoco, la Disposición Final Segunda por mor de la cual: “Las normas que, en desarrollo de esta Ley, promulgue la Administración General del Estado podrán tener carácter de básicas cuando constituyan el complemento necesario de dicho carácter respecto de los artículos que lo tienen atribuido conforme a la Disposición Final Primera y así se señale en la propia norma de desarrollo.”

de la planificación general de la actividad económica); y c) preceptos de “aplicación plena”, dictados con base en los arts. 149.1.4ª (defensa y fuerzas armadas), 149.1.6ª (legislación mercantil), 149.1.14ª (legislación civil) y 149.1.24ª (obras públicas de interés general). Estos últimos se caracterizan por no permitir participación alguna por parte de las CCAA.

A ello se añade, además, la previsión contenida en la Disposición Final Segunda de la ley y, en virtud de la cual, las modificaciones de los artículos considerados básicos que sean llevadas a cabo por la Administración del Estado y que tengan la consideración de “complemento necesario de dicho carácter”, adquirirán también ese carácter básico. La Administración del Estado se reserva así una suerte de competencia de desarrollo de lo básico, que seguirá dando como resultado preceptos básicos. Quede claro en cualquier caso que, según lo establecido en la propia Disposición Final Segunda, no toda modificación de lo básico adquirirá dicha naturaleza, sino tan sólo aquellas que “(...) constituyan el complemento necesario de dicho carácter (...)”.

En síntesis, y a resultas de lo anterior, la práctica totalidad de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, tiene la consideración de legislación básica. Lo que tiene como consecuencia primera que el margen de acción normativa de las CCAA quede severamente restringido. Salvo, claro está, en lo que se refiere a sus competencias de desarrollo (siempre que no se trate de un complemento necesario de lo básico) y de ejecución-gestión¹⁹.

IV. EXAMEN DE LA FORMA Y CONTENIDOS DE LA LEY 13/2003, DE 23 DE MAYO

A) Análisis formal y estructura de la Ley

Formalmente, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, consta de un artículo único, 12 disposiciones adicionales, 1 disposición derogatoria y 5 disposiciones finales.

El artículo único aparece dividido en cinco apartados, de los cuales el más significativo es, precisamente, el quinto. Mediante el apartado 5 de la Ley: “Se añade un nuevo título V al libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Título que está compuesto por un total de 40 artículos, que pasan a conformar los arts. 220 a 266 del actual TRLCAP.

(19) Recuérdese, a este respecto, que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el carácter básico de la legislación de contratos. Pronunciamientos que lo han sido, en la mayoría de los casos, para realizar una interpretación extensiva del concepto de lo básico (SSTC 33/1993 de 1 de febrero, 61/1993, de 18 de febrero y 331/1993, de 12 de noviembre), pero también para definir lo que se deba considerar complemento necesario de lo básico. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido que no son complemento necesario de lo básico, aquellas prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones complementarias o de detalle elaboradas por las Comunidades Autónomas que tengan competencia para ello. A este respecto, véase, RIVERO ORTEGA, R.: “¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?”, en REDA, núm. 121, enero-marzo, 2004, en particular págs. 44 y ss.

Las Disposiciones Adicionales presentan un contenido muy heterogéneo. En ellas, tienen cabida cuestiones relativas a la planificación²⁰; a la colaboración, coordinación y resolución de eventuales conflictos entre Administraciones²¹; a la necesidad o no de someter determinados proyectos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental²²; a la declaración de utilidad pública que lleva aparejada este tipo de contratos²³; a la autorización al Gobierno para aprobar la reglamentación técnica pertinente²⁴; a la regulación de la garantía de accesibilidad para personas mayores, o con discapacidad²⁵, y a las modificaciones del resto de la normativa afectada, como son las leyes de los sectores eléctricos y de hidrocarburos²⁶, y, en particular, la Ley de Autopistas, Ley de Costas y Ley de Aguas²⁷. Todo ello se complementa con una redacción enteramente nueva de algunos de sus preceptos.

La Disposición Derogatoria Única conlleva la anulación implícita de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en esta Ley. Se derogan así mismo —ahora de manera expresa—, distintos preceptos de la Ley de Contratos; de la Ley de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; así como de la Ley General de Obras Públicas, la Ley del Sector Eléctrico y la Ley del Sector de Hidrocarburos²⁸.

Por último, las cinco Disposiciones Finales regulan aspectos tales como: los títulos competenciales de los que hace uso el

**EL CONTRATO DE
CONCESIÓN DE OBRA
PÚBLICA PASA A FORMAR
PARTE INTEGRANTE
DEL REAL DECRETO
LEGISLATIVO 2/2000,
DE CONTRATOS DE LAS
ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS, ADQUIRIENDO
UNA NUEVA Y MÁS
IMPORTANTE CATEGORÍA:
SE CONVIERTE EN
EL QUINTO TIPO
CONTRACTUAL**

(20) Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(21) Disposiciones Adicionales Segunda, Tercera, Quinta y Séptima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(22) Disposición Adicional Cuarta de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(23) Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(24) Disposición Adicional Novena de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(25) Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(26) Disposición Adicional Duodécima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(27) Disposiciones Adicionales Octava, Décima y Undécima, respectivamente, de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(28) En concreto, los preceptos ahora derogados son los siguientes: a) Los artículos 124.4, 139 y el inciso “el porcentaje del 30 por ciento del artículo 131” de la Disposición Final Primera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; b) Los artículos 4.2; 5; 6; 7; 13; 16.1; 25.2, 25 bis; 26; 30, 32 y 34 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; c) Los artículos 53 a 105 y el artículo 111 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, y d) El apartado 2 del artículo 5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en lo que resulte aplicable a las instalaciones de transporte de energía eléctrica, así como el apartado 2 del artículo 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en lo que resulte aplicable a las instalaciones de la red básica de transporte de gas natural.

Estado, o el carácter básico de determinados preceptos de la Ley y de la legislación que se dicte para el desarrollo de la misma²⁹. Se resuelve también el problema del derecho transitorio, utilizando como criterio diferenciador que la fecha de licitación sea posterior o anterior a la entrada en vigor de la misma³⁰. En cuanto a las facultades de desarrollo, y en lo que a la Administración del Estado se refiere, aquéllas serán ejercidas por el Consejo de Ministros³¹. La Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado³², esto es, el pasado 24 de agosto de 2003.

B) Análisis sustantivo del articulado de la Ley: el nuevo régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas en el TRLCAP

El contrato de concesión de obra pública, núcleo fundamental de la reforma operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, pasa a formar parte integrante del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas adquiriendo una nueva y más importante categoría: se convierte en el quinto tipo contractual. Quinto tipo contractual que, a su vez, conforma el nuevo Título V del TRLCAP y que se divide también en cinco capítulos. Capítulos que suman un total de 46 artículos, y que dan contenido a los nuevos arts. 220 a 266³³ del TRLCAP.

Comenzando por los objetivos declarados de la Ley recogidos en su Exposición de Motivos, estos son: a) actualizar la figura del contrato de concesión de obras públicas; b) profundizar en los rasgos y caracteres de la misma, y c) conseguir un reparto más equitativo de los derechos y obligaciones de las partes (concesionario-Administración) del contrato.

Es importante advertir que, para tener una visión completa y acabada del régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas y pese a que la regulación del contrato de concesión de obras públicas se contiene ahora en el nuevo Título V del TRLCAP, no deben dejarse de lado: a) los preceptos del Libro I del TRLCAP, en relación con aquellas cuestiones no reguladas expresamente en el Título V; b) las disposiciones que se hayan dictado, o se puedan dictar, en desarrollo del mismo; c) la legislación especial que resulta de aplicación³⁴, y d) la eventual normativa de las Comunidades Autónomas, dictada en

(29) Disposiciones Finales Primera y Segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(30) Disposición Final Tercera de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(31) Disposición Final Cuarta de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(32) Disposición Final Quinta de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

(33) Para un estudio exhaustivo de todos y cada uno de los preceptos de la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, así como de las concordancias con el TRLCAP, véase MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F.: ob. cit., págs. 825 y ss.

(34) Así, por ejemplo, los arts. 125 y 133 a 135 del TR de la Ley de Aguas, en lo que concierne a las obras hidráulicas.

el ejercicio de sus competencias de desarrollo en la materia. Hecha esta advertencia, me centraré ahora en el Título V del TRLCAP, o lo que es lo mismo, en el estudio del contenido de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

Continuando con el análisis sustantivo del régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas, es necesario comenzar por la definición del mismo y por la explicación de algunos de sus caracteres básicos. Definición y caracteres a los que la Ley dedica el Cap. I del Título V, arts. 220 a 226 del TRLCAP.

a) Definición, concepto de obra pública y concepto de retribución

El art. 220.1 contiene la definición del contrato de concesión de obras públicas:

“Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título.”

De esta definición, se extraen ya algunos de sus elementos fundamentales, como son: la posibilidad de que sea el concesionario quien redacte el proyecto³⁵; la aplicación del régimen del contrato de concesión a la totalidad de las entidades de Derecho público (cualquiera que sea su denominación y régimen jurídico de contratación)³⁶; la asunción del riesgo y ventura por parte del concesionario³⁷; o la existencia de un específico régimen de financiación para este tipo de contratos³⁸.

Ahora bien, dos de ellos destacan por encima de los demás: el concepto de obra pública susceptible de explotación y el concepto de retribución. En efecto, ambos conceptos no son sólo dos elementos más del contrato de concesión de obras públicas, sino los pilares sobre los que se asienta el entero régimen jurídico de la figura.

En cuanto al concepto de obra pública susceptible de explotación, es el requisito indispensable para poder hablar en puridad de contrato de concesión de obra pública. Pero, ¿qué es obra pública a efectos de la aplicación del régimen del contrato de concesión?

(35) Art. 220.3 del TRLCAP.

(36) Art. 220.5 del TRLCAP.

(37) Art. 220.2 del TRLCAP.

(38) Art. 220.4 del TRLCAP.

Obra pública es —según se deduce de la propia definición del contrato dada por la Ley— toda obra comprendida en el ámbito de aplicación del art. 120 de la Ley de Contratos³⁹, más la obra pública del art. 220.1. No hay pues una única obra pública, sino varias, de ahí el plural empleado por el legislador en el encabezamiento del Título V.

Sin embargo, ello nos lleva a plantear un segundo interrogante: ¿qué es obra pública del art. 220.1? Según la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, todo bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario en ejecución de un proyecto aprobado por la Administración, siempre y cuando aquél sea susceptible de explotación⁴⁰. He aquí el elemento clave.

En efecto, de lo anterior se deduce que el elemento determinante en torno al cual gira la idea de obra pública, no es la existencia material de la misma, sino la posibilidad de su explotación económica. Esto es, que aquella sirva como soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios de interés público, susceptibles de aprovechamiento económico.

En síntesis, si la existencia de concesión de obra pública sólo es posible allí donde exista obra pública, y si sólo existe obra pública cuando la misma es susceptible de explotación económica, el contrato de concesión de obra pública sólo será posible allí donde existan obras susceptibles de ser explotadas económicamente. Es más, la eventual explotación de la obra pública guarda relación directa con el segundo de los conceptos claves a los que antes se ha aludido: la retribución del concesionario.

En lo que se refiere al concepto de retribución, no es tan sólo un concepto clave, sino que constituye —junto con el anterior—, uno de los elementos esenciales del contrato, dando lugar a una suerte de triángulo virtuoso, según la cual: si hay posibilidad de explotación, hay posibilidad de contrato de concesión; y si hay posibilidad de contrato de concesión, debe haber retribución; existiendo posibilidad de retribución, habrá posibilidad de explotación, con lo que se cierra el triángulo.

El derecho a una retribución en beneficio del concesionario está expresamente previsto por la Ley⁴¹, y es posteriormente desarrollado en los arts. 225 y 246 del TRLCAP. De

(39) El art. 120 del TRLCAP, establece que: "A los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea: a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil. b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos. c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores".

(40) Ley define la obra pública en su Exposición de Motivos como: "(...) aquel bien inmueble de interés público, creado por la actividad del concesionario y que realiza, y lleva a cabo, un proyecto elaborado por la Administración".

(41) Art. 220.1, in fine, del TRLCAP.

acuerdo al contenido del art. 225.1 la retribución consistirá en la explotación de la propia obra, acompañado del derecho a percibir un precio o cualquier otra modalidad establecida en este Título.

El art. 225 completa estas previsiones estableciendo las tres vías principales de retribución: a) el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra; b) los rendimientos obtenidos por la explotación de la zona comercial, y c) las aportaciones realizadas por la propia Administración (financiación conjunta) de acuerdo a lo previsto en la Ley. El art. 246 desarrolla las dos primeras (precio a abonar por los usuarios o la Administración, y explotación de la zona comercial), bajo la única denominación de “retribución por utilización de la obra”.

La retribución por utilización de obra forma parte del denominado “Régimen económico-financiero de la concesión” (Capítulo III, de la Ley) y se contiene un único art. 246⁴². Lo más interesante de este régimen son, sin duda, las precisiones contenidas en los apartados 2 a 6, referidas, fundamentalmente, a la fijación de las tarifas de los peajes y el abono de la retribución por la utilización por la Administración.

“Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente.”

Así lo dispone el art. 246.2. Tarifas que lo son únicamente de máximos, y que podrán ser revisadas⁴³ teniendo en cuenta, entre otros, el hecho de que los beneficios obtenidos no alcancen o no superen, respectivamente, los niveles mínimo y máximo de la oferta. Pero quizás lo más importante en cuanto al cobro de tarifas, derive de la lectura conjunta del art. 246 y del art. 252.2.

En efecto, de acuerdo a las previsiones contenidas en aquellos preceptos, el cobro al usuario de cantidades superiores a las

**EL ELEMENTO
DETERMINANTE
DE LA IDEA DE OBRA
PÚBLICA NO ES SU
EXISTENCIA MATERIAL
SINO LA POSIBILIDAD
DE SU EXPLOTACIÓN
ECONÓMICA,
ES DECIR, QUE SIRVA
COMO SOPORTE
PARA LA EJECUCIÓN
DE ACTIVIDADES Y
SERVICIOS DE INTERÉS
PÚBLICO SUSCEPTIBLES
DE APROVECHAMIENTO
ECONÓMICO**

(42) El art. 246.1 del TRLCAP reconoce, en primer lugar, el derecho del concesionario a percibir una retribución económica por la utilización de la obra, según el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo previsto en el propio artículo. Nada añade esta previsión al derecho genérico del art. 220 del TRLCAP.

(43) Art. 246.3 del TRLCAP.

legalmente autorizadas faculta a la Administración para imponer las penalidades previstas en el art. 252. Lo que puede dar lugar, incluso, a la resolución del contrato. Es éste uno de los aspectos más destacados de la Ley, y mediante el cual se establece una conexión directa entre usuarios y concesionarios. Esto es así hasta el punto de que un incremento injustificado de los precios de las tarifas a abonar por los primeros podría dar lugar a la resolución del contrato. De esta forma, a la vez que se garantiza el derecho de retribución al concesionario, se protege en última instancia el derecho del usuario a no padecer incrementos abusivos e injustificados de las tarifas.

La retribución por utilización de la obra podrá ser abonada también por la Administración⁴⁴. En ese caso, el concesionario está obligado (desde un punto de vista contable) a separar este tipo de ingresos, de aquellos otros procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios de la obra y los derivados de la explotación de la zona comercial. Ingresos estos últimos⁴⁵, cuyo régimen particular aparece recogido en el art. 223 al que posteriormente me referiré.

En síntesis, y en lo que concierne a la retribución del concesionario, se trata éste de un derecho de configuración legal, que puede proceder de tres fuentes distintas: a) el precio de las tarifas a abonar por el usuario; b) los rendimientos obtenidos por la explotación de zonas comerciales, y c) las participaciones de la Administración.

Aclarados el concepto de obra pública susceptible de explotación, como aquel otro de retribución, es momento de comentar el resto de caracteres y elementos básicos del contrato de concesión de obras públicas, tales como: su contenido; las formas de iniciación; el régimen de las zonas de explotación comercial; la financiación, y la concesión de obras públicas diferenciadas.

b) Contenido, formas de iniciación, régimen de las zonas de explotación financiación y concesión de obras públicas diferenciadas

El contenido del contrato de concesión de obra pública viene especificado en el art. 221 de la Ley de Contratos, y comprenderá, en todo caso: a) la explotación de las obras; b) la conservación y la adecuación de las mismas, y c) su reforma y modernización, en su caso. Todo ello, con la finalidad de adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación del servicio público, o de la actividad económica a la que sirven de soporte⁴⁶. Estos contenidos pueden hacerse extensivos a las obras acce-

(44) Art. 246.4 del TRLCAP.

(45) Que también forman parte de la retribución según el art. 246.5 del TRLCAP.

(46) Apartados a) b) y c) del art. 221.1 del TRLCAP.

sorias o vinculadas, así como a las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas⁴⁷. Lo mismo sucederá —salvo que se disponga lo contrario— en aquellos supuestos en los que el contrato tenga por único objeto la explotación de obras ya construidas.

Es importante señalar que el procedimiento de licitación de las concesiones de obra pública puede iniciarse, además de por la Administración competente, por solicitud de particular (persona física o jurídica)⁴⁸, así como por cualquier otra Administración pública⁴⁹. Ahora bien, en el caso de que sea un particular quien inste la apertura del procedimiento de licitación, será necesario que, además de cumplir con los requisitos generales señalados por la Ley, acompañe a la petición un estudio de viabilidad.

El art. 223 alude a las zonas complementarias y de explotación comercial. Es ésta una cuestión a la que ya hice mención al tratar el tema de la retribución del concesionario, y con la que está estrechamente vinculada. Las zonas de explotación comercial y complementarias constituyen una de las novedades de la Ley, y una de las principales fuentes retributivas del concesionario. Sin embargo, es uno de los pocos preceptos de la Ley que carece de carácter básico⁵⁰.

Son definidas por la Ley en el art. 223.1 como aquellas superficies que, no siendo precisas atendida la naturaleza de la obra⁵¹, son convenientes por la utilidad que prestan y susceptibles de “aprovechamiento económico diferenciado”. Siendo esta última nota la que cualifica a una zona o terreno como zona de explotación comercial, o complementaria. La Ley recoge a continuación algunos ejemplos de aprovechamientos económicos diferenciados: establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos y locales comerciales. En el bien entendido sentido de que se trata simplemente de eso, un elenco meramente ejemplificativo, y no de un *numerus clausus* de tipos de aprovechamiento diferenciado. Así lo demuestra el hecho de que el legislador, al final del mismo párrafo, utiliza la fórmula: “y otros susceptibles de explotación”.

Estas zonas se establecerán de acuerdo con lo contenido en los pliegos generales y particulares, y, en su caso, con lo determinado en la legislación y el planeamiento urbanístico. Así mismo, están sometidas al principio de unidad de gestión de la Administración pública y al principio de explotación conjunta. Al primero, sobre la base de lo dispuesto en el

(47) Art. 221.2 del TRLCAP.

(48) A este tipo de iniciación se le denomina también: “contratación conjunta”, en tanto en cuanto el particular procederá a la elaboración del estudio de viabilidad y será posteriormente la Administración la que aprobará el proyecto, dando inicio a la fase de licitación.

(49) Art. 222 del TRLCAP.

(50) Disposición Final Primera.2.b) de la Ley 13/2003, de 23 de mayo: “Constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución los preceptos que a continuación se enumeran: (...) salvo lo dispuesto en el apartado 4 de esta disposición y los artículos o parte de estos que a continuación se enumeran: El artículo 223”.

(51) FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., señala a este respecto, que entre obra objeto de concesión y zona de explotación comercial debe establecerse, necesariamente, algún tipo relación. Relación que lo puede ser, tanto en atención a su misma naturaleza, como a su finalidad, ob. cit., pág. 736.

propio precepto⁵². Al segundo, en tanto existe la obligación de explotarlos junto con la obra por el concesionario, bien directamente, bien a través de tercero. Una vez finalizado el contrato de concesión, estas instalaciones se entregarán al órgano contratante⁵³.

A continuación, el art. 224 establece los elementos básicos del régimen de financiación del contrato de concesión de obra pública. Aspecto cardinal de la reforma, y al que la Ley dedica, no sólo el art. 224, sino el entero Capítulo IV (Financiación privada). Sin embargo, y precisamente por ello, no va a ser objeto de tratamiento en esta parte del estudio, sino en el epígrafe final. Epígrafe que he reservado, precisamente, al análisis pormenorizado de los elementos clave del nuevo régimen del contrato de concesión de obras públicas; a él me remito.

Siguiendo ahora con el comentario de los caracteres básicos de la figura, el Capítulo I finaliza con el art. 226 que se refiere a las obras públicas diferenciadas. Es de destacar a este respecto, el concepto obra pública diferenciada y en qué consiste la llamada “financiación cruzada en la fijación de tarifas”.

La obra pública diferenciada es aquella que, siendo distinta de otra obra pública objeto de contrato de concesión, mantiene con ésta una relación funcional. Ésa es, al menos, la definición contenida en el art. 226.1. Ahora bien, ¿qué significa relación funcional? FERNÁNDEZ ASTUDILLO⁵⁴ afirma que estaremos en presencia de una relación de esta naturaleza, y por tanto ante una obra pública diferenciada, cuando el funcionamiento correcto o incorrecto de una, tenga incidencia sobre la otra. Lo cual, no es de mucha utilidad, pues quedaría aún por resolver si basta cualquier tipo de incidencia, o es necesario que dicha incidencia lo sea de alguna clase o naturaleza. En todo caso, y según el art. 226, cuando dos o más obras públicas mantengan una relación funcional, el contrato de concesión de obras públicas no pierde su naturaleza por el mero hecho de que la utilización de una parte de las obras construidas no esté sujeta a remuneración. Si bien para ello es necesario: a) que dicha parte sea, asimismo, competencia de la Administración concedente, y b) que incida en la explotación de la concesión.

En cuanto a la llamada “financiación cruzada en la fijación de tarifas”, el art. 226.3 obliga a que, para la determinación de las tarifas, se tenga en cuenta el importe total de las obras realizadas. Así pues, la fijación de las tarifas de una obra pública objeto del contrato de concesión de obra pública no viene determinada, exclusivamente, por dicha obra, sino también por la de aquellas otras con las que mantenga una relación funcional.

(52) Art. 223.1 del TRLCAP.

(53) Como tendremos ocasión de comentar más adelante, una vez resuelto el contrato de concesión, y en lo referido a las zonas de explotación comercial y complementarias (art. 266.5), el órgano de contratación podrá acordar la resolución de estos contratos (abonando la indemnización correspondiente); o bien, ofrecer a los obligados la posibilidad de seguir ejerciéndolos frente al órgano de contratación.

(54) FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *ibidem*.

c) Régimen de la construcción de las obras objeto de concesión

La construcción de las obras que serán objeto del posterior contrato de concesión, se desarrolla en tres fases principales:

A) actuaciones previas; B) adjudicación del contrato, y C) ejecución de las obras.

A) Fase de actuación previas. Las actuaciones previas comprenden⁵⁵:

a) El estudio de viabilidad⁵⁶, a cuya definición y contenidos está dedicado el art. 227⁵⁷. Destacan en relación con esta materia, la regulación del procedimiento de tramitación de la solicitud; el sentido negativo del silencio; así como la eventual sustitución motivada del estudio de viabilidad por un estudio de viabilidad económico-financiera.

b) El anteproyecto de construcción y explotación, en su caso⁵⁸. Un anteproyecto que se elaborará una vez aprobado el estudio de viabilidad anterior y que no será preceptivo, salvo que así lo exija: a) el grado de complejidad de la obra, b) el grado de definición de sus características, o c) la Administración concedente. El anteproyecto se someterá a un período de información pública con el que se entiende cumplido, en su caso, el exigido por la legislación de impacto ambiental. El contenido mínimo del anteproyecto será el establecido en las previsiones del apartado 2 del art. 228.

c) El proyecto de obra⁵⁹. Éste se elaborará una vez definidas, en todos sus elementos, las obras objeto del contrato. Un proyecto que, cuando no existiera anteproyecto, se someterá antes de su aprobación definitiva a los trámites regulados en el art. 228 (en particular, el de información pública)⁶⁰. El concesionario

**LA CONSTRUCCIÓN
DE LAS OBRAS OBJETO
DEL POSTERIOR CONTRATO
DE CONCESIÓN
SE DESARROLLA EN TRES
FASES PRINCIPALES:
LA FASE DE ACTUACIONES
PREVIAS, LA DE
ADJUDICACIÓN
DEL CONTRATO Y LA DE
EJECUCIÓN DE LAS OBRAS**

(55) Sección 1ª del Capítulo II, arts. 227 a 234.

(56) Téngase en cuenta que, cuando el estudio de viabilidad lo realice la propia Administración, aquél podrá llevarse a cabo a través de los medios materiales y personales de la propia Administración, pero también mediante la forma de contrato de consultoría y asistencia. Véanse los artículos 202.1 y ss. del TRLCAP.

(57) Recuérdese aquí que en el supuesto que la iniciativa del contrato corresponda a los particulares serán éstos, y no la Administración, los que elaborarán el estudio de viabilidad que acompañará a la propuesta correspondiente (véase, comentario al art. 222).

(58) Art. 228.

(59) Art. 229.

(60) A este respecto, las Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, obligan a remitir el proyecto a la Administración urbanística para que evacue el correspondiente informe. Informe preceptivo, pero en modo

responderá por los daños derivados de los defectos del proyecto cuando le corresponda su presentación, o haya introducido mejoras. Responsabilidad que se extenderá a los daños debidos a los defectos del proyecto en la fase de conservación y explotación de la obra pública.

d) Los pliegos de cláusulas administrativas. Estos pliegos deberán reunir, al menos, los contenidos a los que se refiere el art. 230 y, en todo caso, los comprendidos en el art. 232.1 (referido a los medios para acreditar la solvencia del licitador). También se podrá incluir en el pliego, dependiendo de la complejidad y naturaleza de éste, un plazo para solicitar aclaraciones, cuyas respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas.

e) La convocatoria de licitación⁶¹. Se trata del acto mediante el que se procede a la apertura del procedimiento de adjudicación propiamente dicho. Con carácter previo a la convocatoria de licitación, se comprobará el cumplimiento de todos los trámites anteriores y se aprobará el expediente de contratación; lo que llevará implícita, la aprobación del pliego de cláusulas administrativas. La convocatoria de licitación deberá ser publicada, teniendo en cuenta que, cuando se trate de un procedimiento restringido, el plazo de publicación no podrá ser inferior a 52 días. Junto con el anuncio de convocatoria, se pondrán a disposición de los interesados una serie de documentos e información complementaria⁶². Además, también se facilitará a los interesados el pliego de cláusulas administrativas⁶³, excepción hecha de los procedimientos restringidos o negociados, en el que dicho pliego sólo se facilitará a los candidatos seleccionados.

f) El examen de los licitadores y de sus propuestas⁶⁴. En la fase de actuaciones previas, se comprueba también el cumplimiento por parte de los licitadores de los requisitos de capacidad y solvencia económica, así como su incursión o no, en alguno de los supuestos de prohibición para contratar del art. 20 de la Ley de Contratos. Se exige además, la constitución de una garantía provisional en la cuantía que se determine en el pliego de cláusulas administrativas, y que no será nunca inferior al 2 por ciento del presupuesto estimado de inversión. Comprobados los anteriores extremos, se verificará así mismo, la corrección de las proposiciones de los licitadores, que deberán ajustarse en todo caso a los contenidos exigidos en el art. 233. Los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren oportunas, siempre y cuando no se refieran a la ubicación de la obra pública. Se regula, además, el régimen de las empresas vinculadas⁶⁵. La ley exige en estos supues-

alguno vinculante. Es más, en caso de colisión prevalecerá el primero sobre el segundo. Véase en este mismo artículo los comentarios al epígrafe dedicado al estudio de las Disposiciones Adicionales de la Ley.

(61) Art. 231.

(62) Art. 231.3 del TRLCAP.

(63) Art. 231.4 del TRLCAP.

(64) Arts. 232, 233 y 234 del TRLCAP.

(65) Art. 234 del TRLCAP.

tos⁶⁶ que se acompañe a la proposición una lista exhaustiva de las empresas dependientes⁶⁷, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de las empresas vinculadas en el caso de presentación de proposiciones diferentes entre sí. En este último caso, y sólo si la vinculación sobreviniera a la presentación de proposiciones, las empresas no serán excluidas si son capaces de presentar una única oferta de común acuerdo.

B) Fase de adjudicación del contrato. Con la convocatoria de licitación, y una vez examinada la corrección de las ofertas, así como el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos por los licitadores, se inicia la segunda fase del procedimiento de construcción de la obra pública⁶⁸.

La adjudicación de las concesiones se llevará a cabo a través de tres procedimientos alternativos: a) procedimiento abierto; b) procedimiento restringido, y c) procedimiento negociado. Para el examen de las propuestas presentadas el órgano de contratación estará asistido por una mesa, sólo y en los casos previstos en esta Ley.

Mención aparte, merece el plazo de adjudicación y formalización⁶⁹. Dichos plazos serán recogidos en el pliego de cláusulas particulares, y no podrán ser superiores a 6 meses para la adjudicación, ni a 3 para la formalización. Sin embargo, según la redacción dada a este precepto y sólo respecto de los plazos de adjudicación, este último podrá ser objeto de ampliación por tiempo no superior a 3 meses, cuando así se acuerde de manera motivada.

C) Fase de ejecución de obras. Realizadas las actuaciones previas, convocada la licitación y adjudicado el contrato, comienza la fase de ejecución de las obras⁷⁰. La Ley regula detalladamente los contenidos y vicisitudes principales de esta fase, a saber:

a) Modalidades de ejecución⁷¹. La ejecución de la obra pública objeto del contrato deberá llevarse a cabo por el concesionario, que podrá, bien enteramente, bien en parte, contratar con un tercero la ejecución material de la obra. Puede contar para ello, con o sin la ayuda de la Administración. La ejecución de la obra se realizará conforme al proyecto y los plazos establecidos en las cláusulas administrativas. La ayuda de la Administración, si existe, consistirá: bien en la ejecución de parte de la obra, bien en la financiación parcial de la misma. En el primer caso, se exige recepción formal posterior. Mientras que en el segundo, se establece que el pago podrá realizarse antes o después de la conclusión de las

(66) Art. 234.3 y 4 del TRLCAP.

(67) Art. 234.3 del TRLCAP.

(68) Sección 2ª, Capítulo II, Título V, art. 235 del TRLCAP.

(69) Art. 235.3 del TRLCAP.

(70) Sección 3ª, Capítulo II, Título V, arts. 236 a 241.

(71) Art. 236 del TRLCAP.

obras. Cuando el concesionario vaya a ejecutar la obra, deberá ponerlo en conocimiento del órgano de contratación, y aportar toda la documentación requerida por aquél. Al órgano de contratación le corresponde el control de la ejecución de la obra en los términos previstos en el pliego de prescripciones técnicas.

b) Ejecución de las obras por terceros y régimen de responsabilidad⁷². En principio, el concesionario es libre de elegir si contrata o no con un tercero la ejecución de la obra pública. Sin embargo⁷³, la Administración podrá imponer al concesionario que subcontrate, al menos, un 30 por ciento del valor de las obras (previendo la norma que este porcentaje pueda ser incrementado)⁷⁴. El concesionario deberá someter los contratos con terceros a las normas generales sobre publicidad⁷⁵, así como a las específicas de cada uno de los procedimientos (abierto, restringido y negociado), previstas en los arts. 137, 140 y 141 de la Ley de Contratos. Sin embargo, no serán de aplicación dichas normas sobre publicidad, esto es, no serán consideradas terceros, a las empresas que se hayan agrupados para obtener la concesión, ni las empresas vinculadas⁷⁶. En lo que concierne al plazo de recepción de las solicitudes de participación y de recepción de ofertas, si el concesionario es alguna Administración, ésta deberá acomodarse íntegramente a lo previsto en la Ley. Si el concesionario no es Administración, o cuando se trate de procedimiento restringido, el plazo de recepción de las solicitudes de participación no será inferior a 37 días y el de recepción de ofertas a 40 días; a partir de la fecha del envío del anuncio, o de la invita-

(72) Arts. 237 y 238 del TRLCAP.

(73) Art. 237.1 del TRLCAP.

(74) Es curioso como en este tipo de contrato, y a diferencia de lo que ocurre en el contrato de obra (donde la Ley impone la asunción de la financiación por el contratista), la propia norma obliga a una subcontratación del 30 por ciento del valor de las obras a realizar. La explicación deriva de la propia naturaleza y objeto del contrato de concesión de obras públicas. En efecto, al ser el contrato de obras públicas un contrato diseñado para la ejecución de grandes obras e infraestructuras, ello requiere de un saber, de una técnica y de unos medios muy especializados que, difícilmente, encontramos en la figura de un solo sujeto concesionario. De ahí que se prefiera e incluso que se imponga, la comparecencia de varios sujetos en la ejecución de la obra. Habitualmente bajo la forma de subcontrata.

(75) Art. 135.2 del TRLCAP. En virtud de esas normas de publicidad, el concesionario deberá someter los contratos que celebre con un tercero a las normas de publicidad establecidas en el artículo 135.2, salvo cuando mediere cualquiera de las circunstancias siguientes: a) Que el precio del contrato sea inferior a 6.242.028 euros, equivalentes a 5.000.000 de derechos especiales de giro, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido. b) Que el procedimiento utilizado para su adjudicación sea el negociado sin publicidad. En este punto, la norma reproduce, casi literalmente, lo contenido en la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre contratos públicos de obras.

(76) Art. 237.2 *in fine* del TRLCAP. En relación con el concepto de empresas vinculadas, el art. 234 establece que: "Se entienden por empresas vinculadas aquellas en las que el concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante o aquellas que puedan ejercerla sobre él o que, del mismo modo que el concesionario, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulen. 2. Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, con relación a otra: a) Esté en posesión de la mayoría del capital suscrito. b) Disponga de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa. c) Pueda designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o control de la empresa. 3. Las empresas que presenten ofertas para la concesión y que se hallen en las circunstancias expresadas anteriormente deberán acompañar a aquellas una lista exhaustiva de las empresas vinculadas. 4. La presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas". Se trata en todo caso, de una concreción de la *regard doctrine*, esto es, de la doctrina del corrimiento o descubrimiento del velo de la personalidad jurídica. Doctrina frecuentemente utilizada en otros sectores del ordenamiento como el Derecho del Trabajo.

ción a presentar una oferta. Quede claro en todo caso, que la responsabilidad ante el órgano de contratación derivada de la ejecución o resolución de los contratos con terceros, y frente a éstos por las mismas contingencias, corresponde siempre al concesionario⁷⁷. Del mismo modo⁷⁸, también corresponde al concesionario el control y efectivo cumplimiento de la parte de la obra contratada con terceros. Para lo cual, la Ley le autoriza expresamente a recabar información sobre la marcha de las obras y a girar visitas de inspección.

c) El principio de riesgo y ventura⁷⁹. Se trata de uno de los caracteres fundamentales del contrato de concesión de obra pública, así como de su nuevo régimen jurídico. Por ello, será objeto de comentario en el epígrafe final de este estudio. Baste decir ahora que la regla general es la de asunción del riesgo y ventura por parte del concesionario.

d) La eventual modificación del proyecto⁸⁰. El órgano de contratación podrá modificar el proyecto, una vez perfeccionado el contrato. Sin embargo y en ese caso, deberá tener en cuenta lo siguiente: 1) que sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público que sean debidas a necesidades nuevas o imprevistos; 2) que deberá justificarlas adecuadamente; 3) que se obligará a modificar así mismo el plan económico-financiero de la concesión, y 4) que el concesionario estará facultado para resolver el contrato, aunque sólo en los siguientes casos: a) cuando el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por ciento del importe total inicialmente previsto, y b) cuando representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

e) Momento de terminación de las obras. Dicho momento aparece regulado en el art. 241. Se deberá proceder en ese instante al levantamiento de un acta de comprobación y un acta de recepción formal. Así mismo, se elaborarán, en su caso, el documento de valoración y la declaración del cumplimiento de las condiciones impuestas por la declaración de impacto

**EL CONCESIONARIO,
SI CONTRATA CON UN
TERCERO LA EJECUCIÓN
DE LA OBRA PÚBLICA,
DEBERÁ SOMETER TALES
CONTRATOS A LAS
NORMAS GENERALES DE
PUBLICIDAD, ASÍ COMO
A LAS ESPECÍFICAS
DE CADA UNO DE LOS
PROCEDIMIENTOS
(ABIERTO, RESTRINGIDO Y
NEGOCIADO)**

(77) Art. 238.2 del TRLCAP.

(78) Art. 238.1 del TRLCAP.

(79) Art. 239 del TRLCAP.

(80) Art. 240 del TRLCAP.

ambiental. Estos últimos, acompañarán al acta de comprobación. El acta de recepción formal⁸¹ se levantará al término de la concesión, cuando se proceda a la entrega de bienes e instalaciones al órgano de contratación. Particular relevancia adquiere el acta de comprobación, pues la aprobación de la misma lleva implícita: a) la autorización para la apertura de las mismas al uso público, b) el inicio del plazo de garantía de la obra (cuando haya sido ejecutada por terceros) y c) el comienzo de la fase de explotación.

Expuesto el procedimiento de adjudicación del contrato de concesión de obra pública, así como la realización de la obra en sí, la Ley dedica el Capítulo III, Título V, arts. 242 a 252, a la sistematización de los derechos y obligaciones del concesionario.

d) Derechos y obligaciones del concesionario

Los derechos y obligaciones del concesionario aparecen regulados en los arts. 242 y 243, respectivamente⁸².

Entre los derechos, destacan los siguientes: a) el de explotar la obra pública y recibir la retribución económica prevista⁸³; b) el de mantenimiento del equilibrio económico⁸⁴; c) el de poder utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción⁸⁵, y d) “Cualesquiera otros que le sean reconocidos por ésta u otras leyes o por los pliegos de condiciones”⁸⁶. Fórmula que amplía, considerablemente, el catálogo de derechos que asisten al concesionario.

De entre las obligaciones, es necesario señalar: a) la genérica de cumplimiento de los términos del contrato⁸⁷; b) las obligaciones de ejecución, explotación, indemnización y

(81) Art. 241.1 del TRLCAP.

(82) A los efectos del contrato de concesión de obras públicas, el concesionario tiene la consideración de *dominus operis*, esto es, señor de la obra. En otras palabras, el catálogo de derechos y obligaciones del concesionario lo convierten en el sujeto que pasa a ocupar el puesto de la Administración en todos aquellos aspectos que podríamos denominar “de gestión ordinaria”. Ahora bien, eso no afecta en absoluto a la naturaleza del contrato de concesión de obras públicas, que sigue siendo privada. Se trata de una cuestión que sólo incide en los modos de gestión y financiación. En torno a esta cuestión, algunos autores sostienen que los actos dictados por los concesionarios en uso de estas atribuciones, en cuanto delegados y subrogados a la Administración, son actos administrativos. Véase en torno a esta interesante cuestión RUIZ OJEDA, A., y BERNALDO DE QUIRÓS, J.G., *ob.cit.*, pág. 567.

(83) Art. 242.a) del TRLCAP.

(84) Art. 242.b), al que también se refiere el art. 248 del TRLCAP.

(85) Es importante señalar que ello lleva aparejada la utilización de las aguas que afloren y los materiales que aparezcan durante su ejecución, previa autorización de la Administración competente en cada caso para la gestión del dominio público correspondiente.

(86) Art. 242.g) del TRLCAP.

(87) Art. 243.a) del TRLCAP.

cuidado del buen orden, y de la calidad⁸⁸ de la obra pública⁸⁹ (cuyo alcance concreta posteriormente el art. 244); c) el admitir la utilización de la obra pública por todo usuario⁹⁰; d) proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión (en particular, en lo que se refiere a la defensa de los valores ecológicos); e) así como cualquier otra prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pero también en ésta u otra Ley. Puntualización esta que, como ocurriera con el correlativo derecho, ensancha considerablemente el inventario de obligaciones a cumplir por el concesionario.

El art. 244 desarrolla las previsiones del artículo anterior en lo concerniente al deber de uso y conservación de la obra pública. Destaca por su interés, el apartado 4, donde se establece la obligación a la que deberá hacer frente el concesionario de: “(...) mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”. En realidad, estamos ante lo que en varios sectores del ordenamiento administrativo (por ejemplo, Derecho ambiental) se conoce como “cláusula de progreso”.

Una cláusula que resulta lógica, habida cuenta de la duración que puede llegar a tener el contrato (60 años), y que se traduce en la necesaria inversión económica que permita la incorporación de los mejores medios tecnológicos disponibles; obligación que no lo es en términos absolutos, sino relativos. En cualquier caso, ello puede tener importantes consecuencias en cuanto a la eventual rescisión del contrato, y consecuentemente, en el derecho del concesionario a recibir o no indemnización. Cuestión esta de gran interés, pero sobre la que me resulta imposible detenerme en este momento.

e) El régimen económico-financiero de la concesión

El régimen económico-financiero de la concesión⁹¹ está integrado por: a) las aportaciones públicas a la construcción⁹²; b) la retribución por la utilización de la obra⁹³, y c) las aportaciones públicas a la explotación⁹⁴.

(88) Con relación a esta apelación a la calidad, es necesario subrayar que con ello se amplía considerablemente el deber de cuidado del concesionario. En efecto, el concesionario no está obligado exclusivamente a cuidar de la obra pública desde un punto de vista material (buen estado de conservación, mantenimiento de instalaciones, etc.), sino también desde un punto de vista cualitativo; lo que incluye, por ejemplo, que la forma en la que se preste el servicio esté también suficientemente cuidada. A esta precisión se la denomina “cláusula de calidad”. Véase FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., ob.cit., pág. 245.

(89) Art. 243.b) y d) del TRLCAP.

(90) Art. 243.c) del TRLCAP.

(91) Sección 2ª, Capítulo III del Título V del TRLCAP.

(92) Art. 245 del TRLCAP.

(93) Art. 246 del TRLCAP.

(94) Art. 247 del TRLCAP.

La primera de ellas (retribución por la utilización de la obra), ya fue objeto de comentario en el apartado correspondiente, al que ahora nos remitimos. Centrémonos pues, en las otras dos: las aportaciones públicas a la explotación y las aportaciones públicas a la construcción.

En cuanto a las aportaciones públicas a la construcción, debe quedar claro que las Administraciones públicas pueden contribuir a la financiación de la obra, mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución, la fase de conclusión o al término de la concesión. En los dos últimos supuestos⁹⁵, resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total (salvo en lo concerniente a la posibilidad de fraccionar el pago). Las aportaciones públicas también podrán consistir en aportaciones no dinerarias⁹⁶. En el caso de entrega de bienes inmuebles en concepto de aportación, éstos se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión destinándose al uso previsto, y revirtiendo a la Administración en el momento de la extinción de aquélla.

Las aportaciones públicas a la explotación de la obra revisten dos modalidades⁹⁷: subvenciones y ayudas. En cualquier caso, su finalidad será la de garantizar la viabilidad económica de la explotación. Dentro de la primera categoría están encuadradas: las subvenciones al precio, los anticipos reintegrables, los préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza. Las ayudas se concederán sólo excepcionalmente, y en los casos en que (por razones de interés público) resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra, antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.

Regula la Ley a continuación (Sección 3ª, Capítulo III del Título V, art. 248), el denominado “equilibrio económico del contrato”. Pero, como ya ocurriera con otros elementos del régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas, es éste un contenido que, debido a su trascendencia, abordaré en la última parte de este estudio, a cuya lectura nos remitimos aquí.

f) Prerrogativas y Derechos de la Administración

La Sección 4ª, Capítulo III del Título V, arts. 249 a 252, regula las prerrogativas y derechos de la Administración. La Ley opta por recoger en un primer listado⁹⁸, el catálogo de prerrogativas y derechos que corresponden a la Administración con carácter general, y, a continuación⁹⁹, se ocupa de alguno de ellos en particular.

(95) Art. 245.1 del TRLCAP.

(96) Art. 245.2 del TRLCAP.

(97) Art. 247.a) y b) del TRLCAP.

(98) Art. 259 del TRLCAP.

(99) Arts. 250, 251 y 252 del TRLCAP.

Entre los primeros, y sin ánimo de ser exhaustivos, se encuentran los siguientes: a) interpretar, modificar y restablecer el equilibrio económico de los contratos; b) acordar la resolución en su caso; c) establecer las tarifas máximas; d) vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario (para lo cual tiene reconocidas amplias facultades de inspección); e) asumir la explotación de la obra en caso de secuestro de la concesión; f) imponer las correspondientes penalidades; g) ejercer las funciones de policía, y h) imponer las condiciones de utilización de la obra, siempre con carácter temporal y ante situaciones excepcionales. El catálogo de derechos y prerrogativas concluye con una fórmula casi ritual: “Cualesquiera otros derechos reconocidos en ésta o en otras leyes”. En el ejercicio de tales prerrogativas, la Administración se someterá a lo dispuesto en las leyes correspondientes.

Particularmente interesante resulta la previsión contenida en el art. 249. 2 *in fine*. Según este artículo, para aquellas modificaciones a las que se refiere el art. 240.2 de la Ley de Contratos, esto es, aquellas impuestas por el órgano de contratación que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por ciento del importe total inicial, o las que representen una alteración sustancial del proyecto inicial, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Lo mismo se prevé para los casos de interpretación, nulidad y resolución del contrato, siempre y cuando se formule oposición por parte del concesionario. No aclara la norma el carácter vinculante o no del dictamen, aunque parece evidente la intención del legislador de limitar de algún modo las prerrogativas contractuales a favor de la Administración; por lo que habrá que interpretar que dicho dictamen posee, cuando menos, carácter ostativo.

Como ya indicábamos anteriormente, algunos de los derechos enumerados en el art. 249 son objeto de precisión en cuanto a su contenido y alcance, en los arts. 250, 251 y 252.

El art. 250 fija las condiciones para el ejercicio y los contenidos del derecho de modificación del contrato del que dispone el órgano de contratación. Así, para acordar la modificación o la ampliación de la obra pública, o la realización de obras complementarias, será necesario: 1) que se trate de una exigencia derivada del interés público; 2) que se proceda a la revisión del plan económico-financiero, y 3) que se garantice, en todo caso, el equilibrio económico del contrato en los

**PARA AQUELLAS
MODIFICACIONES
QUE INCREMENTEN O
DISMINUYAN LA OBRA EN
UN PORCENTAJE SUPERIOR
AL 20 POR CIENTO DEL
IMPORTE INICIAL, SERÁ
PRECEPTIVO EL DICTAMEN
DEL CONSEJO DE ESTADO
U ÓRGANO CONSULTIVO
EQUIVALENTE DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA**

términos previstos en el art. 248. Debe puntualizarse, además, que las modificaciones que permitan su explotación independiente no están incluidas dentro del derecho de modificación, por lo que deberán ser objeto de nueva licitación¹⁰⁰. Distinto es el caso de las obras complementarias, pues, a los efectos del ejercicio del derecho de modificación, forman parte integrante de aquél¹⁰¹.

El art. 251 está referido al secuestro de la concesión. Se trata de una figura prevista para los siguientes supuestos: a) grave incumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario, que además ponga en peligro la explotación; b) imposibilidad temporal por parte del concesionario para hacer frente a la explotación de la obra pública, acompañada de grave daño social, y c) para los demás casos expresamente previstos en la Ley (por ejemplo, art. 252.4). Antes de acordar el secuestro, el órgano de contratación notificará su intención al concesionario para que éste, dentro de un plazo determinado, corrija la deficiencia observada. De no hacerlo, y previa audiencia al mismo, se podrá acordar el secuestro.

Durante el secuestro, el órgano de contratación podrá utilizar el mismo personal y material del concesionario¹⁰². Así mismo, designará uno o varios interventores, si bien la explotación de la obra pública se seguirá llevando a cabo por cuenta y riesgo del concesionario. El secuestro tendrá siempre carácter temporal¹⁰³ y su duración será la determinada por el órgano de contratación, no pudiendo superar en ningún caso el plazo de 3 años (incluidas todas las posibles prórrogas). El cese del secuestro se podrá acordar en cualquier momento antes del plazo fijado, bien de oficio, o a petición del concesionario¹⁰⁴. En este segundo caso, el concesionario deberá acreditar la desaparición de las causas que lo justificaron y demostrar que se encuentra en condiciones de continuar con la explotación. Si el plazo de secuestro concluye sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión¹⁰⁵. La resolución en este caso tiene un marcado carácter imperativo.

La Administración tiene también la prerrogativa de imponer penalidades en los casos de incumplimiento contractual por parte del concesionario. El régimen de las penalidades por incumplimiento se halla recogido en el art. 252 del TRLCAP.

En realidad, las penalidades por incumplimiento del concesionario son una suerte de sanción administrativa. Los incumplimientos que darán lugar a penalidad son los

(100) Art. 250.3 del TRLCAP.

(101) Art. 250.1 del TRLCAP.

(102) Art. 251.2 del TRLCAP.

(103) Art. 251.3 del TRLCAP.

(104) Art. 251. 3 del TRLCAP.

(105) Art. 251.3 *in fine* del TRLCAP.

determinados *ex lege* y los establecidos en cada contrato, en el denominado “catálogo de incumplimientos”. Los incumplimientos *ex lege*, y que llevan aparejada penalización en todo caso, son¹⁰⁶: a) el incumplimiento total o parcial de las prohibiciones establecidas en esta Ley; b) la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ella y, en particular, el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras; c) la negligencia del concesionario en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública; d) la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y e) el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente previstas. A las anteriores hay que añadir el resto de incumplimientos recogidos en el catálogo correspondiente de cada contrato y que acarrearán igualmente penalidad.

Para que se produzca la imposición de una penalidad de carácter económico¹⁰⁷, es necesario que ésta haya sido establecida en los pliegos y que sea proporcional al tipo de incumplimiento, así como a su trascendencia económica. En estos casos, el límite máximo de la cuantía a imponer variará a resultas de la fase del contrato en la que nos encontremos¹⁰⁸.

Es importante señalar que los incumplimientos graves darán lugar a la resolución de la concesión¹⁰⁹. Como también, que en los pliegos deberá especificarse qué incumplimientos graves pueden dar lugar al secuestro temporal de la concesión¹¹⁰. Y que, según lo dispuesto en el art. 252.6 y con independencia de la aplicación del régimen de penalidades antes expuesto, la Administración podrá imponer también multas coercitivas¹¹¹.

El Capítulo IV se refiere a continuación (arts. 253 a 260) a uno de los grandes contenidos de la reforma: el régimen de financiación privada del contrato de concesión de obras públicas. Tal y como he advertido en reiteradas ocasiones, y puesto que forma parte de los elementos claves del nuevo régimen del contrato de concesión, el régimen de financiación privada será objeto de comentario en el epígrafe cuarto de este estudio.

Concluye el Capítulo IV con el establecimiento del régimen de la extinción de las concesiones, arts. 261 a 266 del TRLCAP. Son objeto de regulación en estos artículos: a) los modos de extinción; b) el plazo de las concesiones; c) las causas de resolución; d) el modo en el que se aplicarán las anteriores, y e) la determinación de los efectos de la resolución.

(106) Art. 252.1 del TRLCAP.

(107) Art. 252.2 del TRLCAP.

(108) En la fase de construcción, la penalidad no podrá exceder del 10 por ciento del presupuesto total de la obra. Mientras que en la fase de explotación, el límite máximo no podrá exceder del 20 por ciento de los ingresos obtenidos el año anterior. Sin embargo, en la fase de ejecución, no será de aplicación el régimen previsto en este art. 252, sino el contenido en el art. 95 de la Ley de Contratos.

(109) Art. 252.3 del TRLCAP.

(110) Art. 252.4 del TRLCAP.

(111) Multas que, a falta de determinación, tendrán un importe diario de 3.000/día.

Los modos de extinción de la concesión de obra pública son dos: el cumplimiento del contrato, o transcurso del plazo y la resolución¹¹². Cualquiera que sea el modo de extinción, ésta llevará implícita la reversión en favor de la Administración, tanto de la obra pública concedida como de las zonas complementarias anexas y de los bienes e instalaciones, incluidos en las zonas de explotación comercial caso de haberlas.

En lo que concierne a la extinción por cumplimiento, o transcurso del plazo¹¹³, el concesionario quedará obligado a hacer entrega a la Administración concedente —en buen estado de conservación y uso— de las obras, los bienes e instalaciones necesarios para su explotación, al igual que los bienes e instalaciones incluidos en la zona de explotación comercial. Todo lo anterior quedará reflejado en la correspondiente acta de recepción. En virtud del art. 262.4, todos los contratos vinculados a la concesión y a la explotación de sus zonas comerciales quedarán extinguidos.

En el art. 263 se establecen los plazos de las concesiones, que dependerán del tipo de concesión de que se trate. Así, para las concesiones de construcción y explotación¹¹⁴, el plazo será el que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas, y siempre con el límite máximo de 40 años. Si la concesión es de explotación¹¹⁵, el plazo será también el acordado en el pliego de cláusulas administrativas, pero, en este caso, el plazo máximo de la misma no podrá superar los 20 años, debiendo justificarse adecuadamente cualquier concesión de este tipo que supere los 15 años. Estos plazos podrán ser prorrogados o reducidos de acuerdo a las reglas establecidas en el art. 263.3.

Resulta llamativa la posibilidad de prórroga contenida en el art. 263.4, pues establece que los plazos fijados en los pliegos de condiciones podrán ser prorrogados, potestativamente, hasta los 60 y 25 años, respectivamente. Ahora bien, esta prórroga extraordinaria y discrecional, que amplía de forma considerable la duración de las concesiones, sólo será admitida en los siguientes casos: 1) para reestablecer el equilibrio económico del contrato y 2) excepcionalmente, para satisfacer los derechos de eventuales acreedores. Cuestión esta relacionada con el régimen de financiación privada de la concesión, de la que nos ocuparemos más adelante.

Las causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas aparecen recogidas en el art. 264, mientras que el modo en que deberán ser aplicadas es objeto de regulación por el art. 265.

(112) Art. 261 del TRLCAP.

(113) Art. 262 del TRLCAP.

(114) Art. 263.1 del TRLCAP.

(115) Art. 263.2 del TRLCAP.

De entre las causas de resolución del art. 264, y además de las “generales”¹¹⁶, se deben destacar: a) la ejecución hipotecaria declarada desierta, o en la que sea imposible iniciar el procedimiento de ejecución, b) el mutuo acuerdo, c) el secuestro de la concesión, d) la demora superior a 6 meses en la entrega al concesionario de la prestación, y e) el rescate de la explotación.

En cuanto a la ejecución hipotecaria declarada desierta, o los supuestos en los que sea imposible iniciar el procedimiento de ejecución, desearía hacer un breve comentario. A mi modo de ver, el mero reconocimiento de la ejecución hipotecaria como causa de resolución del contrato, tiene un efecto “disuasorio” en lo que concierne a su utilización como fuente de financiación privada. En otras palabras, el concesionario que constituye una hipoteca sobre la concesión, es sabedor de que no sólo se encuentra expuesto a las eventuales acciones civiles de los acreedores hipotecarios¹¹⁷, sino también a la más que probable acción de resolución por parte de la Administración competente. Sin duda, ello puede determinar que el concesionario escoja otra vía de financiación privada (por ejemplo, la emisión de obligaciones o la incorporación a títulos negociables), antes que recurrir a la hipoteca sobre la concesión. ¿Por qué el legislador ha configurado la ejecución hipotecaria como causa de resolución en estos términos? Quizás, porque el legislador prefiere otras fuentes de financiación —entre ellas la pública— que garanticen mejor, la continuidad y la estabilidad de la obra, así como la del contrato de concesión. En todo caso, debe advertirse que la ejecución hipotecaria desierta forma parte de una temática mucho más amplia y compleja, como es el régimen de financiación privada del contrato de concesión. Por ello, y para resolver los interrogantes que aquí han quedado planteados, se volverá sobre esta cuestión en el epígrafe correspondiente.

También el mutuo acuerdo es causa de resolución¹¹⁸. Ahora bien, la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar

**CUALQUIERA QUE SEA
EL MODO DE EXTINCIÓN
DE LA CONCESIÓN
(CUMPLIMIENTO O
RESOLUCIÓN DEL
CONTRATO) LLEVARÁ
IMPLÍCITO LA REVERSIÓN
A FAVOR DE
LA ADMINISTRACIÓN
TANTO DE LA OBRA
PÚBLICA CONCEDIDA
COMO DE LAS ZONAS,
BIENES E INSTALACIONES
COMPLEMENTARIAS
ANEXAS**

(116) Estas causas, enumeradas en el art. 264 del TRLCAP y que aquí se han denominado “generales”, son: muerte o discapacidad de la persona física, extinción de la persona jurídica, declaración de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores, insolvente fallido, acuerdo de quita y espera, supresión de la explotación por razones de interés público, imposibilidad de explotación como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, abandono, renuncia unilateral, incumplimiento del concesionario.

(117) Arts. 256 y 257 de la Ley de Contratos, en relación con la opción prevista en el art. 671 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

(118) Art. 264.d) del TRLCAP.

si se cumplen dos condiciones, a saber: 1) que la concesión no se encuentre sometida a secuestro por infracción grave del concesionario y 2) que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la continuación del contrato. El secuestro de la concesión como causa de resolución o extinción de la concesión, aparece ya contemplado en el art. 251.3 *in fine*. Ahora bien, nótese que el art. 264.e) toma como término de referencia el “plazo superior al establecido como máximo” (3 años), mientras que el art. 251.3 *in fine* sanciona con la resolución “el transcurso del plazo fijado para el secuestro”. Uno y otro no tienen necesariamente por qué coincidir, lo que plantea algunas dudas de naturaleza interpretativa¹¹⁹.

Siguiendo con el análisis de las causas de resolución, entre ellas se encuentra¹²⁰ la demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación a la que se obligó según contrato. A este respecto téngase en cuenta el art. 266.2, en el que se le reconoce al concesionario la posibilidad de optar en estos casos entre: a) la resolución del contrato y b) exigir el abono de los intereses legales de las cantidades debidas, o los valores económicos convenidos. De lo cual se deduce que la demora superior a seis meses no opera como causa de resolución o extinción automática, sino que será en este caso el concesionario, quien decida acerca de la resolución o no del contrato.

El apartado g) del art. 264 establece también como causa de resolución, el rescate de la explotación de la obra pública por parte del órgano de contratación. En torno a esta cuestión es importante distinguir entre rescate y secuestro. En el caso de secuestro, el órgano de contratación sólo podrá proceder a aquél previa notificación y audiencia del concesionario y sólo en los casos previstos en la Ley (imposibilidad temporal de explotación con grave daño social e incumplimiento obligacional grave). Sin embargo, el rescate se configura en términos mucho más amplios, pues el órgano de contratación podrá proceder al mismo, sobre la base de una declaración unilateral, en cualquier momento y sin necesidad de razones que lo justifiquen (“discrecionalmente adoptada”), incluso en el supuesto de buena gestión por parte del concesionario. En definitiva, el rescate como causa de resolución del contrato se asemeja bastante a la mera rescisión del contrato por decisión unilateral de la Administración.

Ahora bien, téngase en cuenta que, en caso de rescate y además del abono al concesionario del importe de las inversiones realizadas (tanto por causa de la expropiación de

(119) En efecto, uno y otro término no son sinónimos en todos los casos. Obviamente, cuando el plazo fijado para el secuestro sea de 3 años, plazo superior al establecido como máximo y transcurso del plazo para el secuestro coincidirán. Pero podría no ser así. Bastaría para ello que el plazo fijado para el secuestro sea inferior a 3 años, por ejemplo, 1 año. En este caso, el plazo fijado para el secuestro sería de 1 año, y el plazo superior al establecido como máximo de 3. La solución interpretativa de este problema que se me antoja más probable, es la de que basta el mero transcurso del plazo fijado en el secuestro, para entender que estamos ante una causa de resolución. Y que, en todo caso, pasados 3 años desde que se acordó el secuestro la Administración estaría facultada para resolver el contrato.

(120) Art. 264.f) del TRLCAP.

terrenos, como por la ejecución de obras de construcción o la adquisición de aquellos bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión), se le deberá indemnizar también por los daños y perjuicios que sufridos¹²¹. Lo cual no hace sino confirmar la tesis antes expuesta, esto es, que la resolución por rescate equivale a la resolución por voluntad unilateral de la Administración. De lo contrario, no se entiende esta suerte de derecho de indemnización a favor del concesionario, en tales supuestos.

El art. 265, por su parte, establece el modo en el que deberán aplicarse las causas de resolución contenidas en el art. 264. Puesto que algunas de ellas ya han sido tratadas con profusión en los párrafos anteriores, me detendré tan sólo en aquellos que revisten un especial interés; así por ejemplo, la forma en la que se acordará la resolución del contrato.

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, bien de oficio, bien a instancia del concesionario, y siempre de acuerdo al procedimiento legalmente previsto en el TRLCAP¹²². Es importante señalar a este respecto que el legislador ha optado por la no-instauración de un procedimiento específico de resolución del contrato de concesión, sometiéndolo así a las reglas generales, tanto en lo concerniente a la iniciación, como a la tramitación y posterior resolución de dicho procedimiento. Ello parece obedecer a esa pretendida vocación de aplicabilidad general de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, a la que se hizo alusión en su momento.

A estos efectos, resulta especialmente interesante la regla contenida en el art. 265.b), sobre la base de la cual se puede determinar el carácter, facultativo o no, de la acción de resolución. Así, para la parte (concesionario o Administración) a la que no resulte imputable la causa de resolución, en los supuestos comprendidos en los párrafos a), c), d), f), j) y k) del artículo anterior (incluida la suspensión de pagos), la acción de resolución tendrá carácter potestativo. Mientras que, en relación con el resto de supuestos [apartados b), e), g), h) e i) del art. 264, excepción hecha de la suspensión de pagos], la regla será justamente la inversa: conllevarán siempre la resolución del contrato.

Los apartados 3 y 4 del art. 265 se refieren a la forma en la que deberán ser aplicadas las causas a) y d) del artículo 264, esto es, la muerte o invalidez, y el mutuo acuerdo, respectivamente. En caso de muerte o invalidez, la Administración podrá continuar el contrato con los herederos o sucesores, siempre que éstos se comprometan a cumplir las obligaciones asumidas por el concesionario. El mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar si la concesión no se encuentra sometida a secuestro por infracción grave y cuando razones de interés público lo aconsejen.

Por su parte, los apartados 5 y 6 del mismo artículo resuelven cuestiones relacionadas con la fusión, escisión, aportación y transmisión de empresas. En el primer caso, y cuando la empresa concesionaria participe en la fusión, será necesaria la obtención de una previa

(121) Art. 266.3 del TRLCAP.

(122) Art. 265.a) del TRLCAP.

autorización administrativa para que la entidad absorbente pueda continuar el contrato; quedando subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes de aquélla. En los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas, sólo se podrá continuar el contrato con la entidad resultante, en el caso de expresa autorización por el órgano de contratación. Como se puede comprobar, en ambos casos se trata de salvaguardar —en la medida de lo posible— el contrato de concesión de los hipotéticos devenires del tráfico entre empresas. Lo que, indirectamente, repercute en la continuidad de la obra y la explotación, así como en su utilización y disfrute por parte de los usuarios.

Estudiadas hasta aquí las causas de resolución y su forma de aplicación, ¿qué efectos se derivan de dicha resolución? A esta pregunta responde el art. 266 del TRLCAP.

La resolución del contrato de concesión puede producirse: a) por voluntad de la Administración¹²³, b) por el ejercicio por parte del concesionario de la opción contemplada en el art. 266.2, o c) por mutuo acuerdo¹²⁴.

En caso de resolución del contrato por voluntad de la Administración, u órgano de contratación, la regla general (art. 266.1) es que se deberá abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de expropiación, ejecución de obras y adquisición de bienes necesarios para la explotación. Para el cálculo y abono de estas cantidades se tendrán en cuenta las siguientes reglas¹²⁵: 1) se deberá valorar en el grado de amortización y lo establecido en el plan económico-financiero; 2) la cantidad resultante se fijará en el plazo de 6 meses, salvo que se estableciera otro distinto en el pliego de cláusulas particulares, y 3) si el concesionario hubiese contado con financiación de particulares, sólo se le abonará el sobrante que resulte del abono de las cantidades utilizadas para la satisfacción previa de las obligaciones que se contrajeron con aquéllos. Aparte de esta regla general, existen también varias reglas particulares, en función de cuál haya sido la concreta causa de resolución del contrato de concesión, contempladas en el art. 266.3 del TRLCAP¹²⁶.

(123) Art. 266.1, 3, 4 y 5 del TRLCAP.

(124) Art. 266.6 del TRLCAP.

(125) Art. 266.1, in fine, del TRLCAP.

(126) Cuando la resolución del contrato se funde en los supuestos comprendidos en los apartados g) h) e i) del art. 264 (rescate, supresión por razón de interés público, o imposibilidad sobrevenida de explotación), y sin perjuicio de la aplicación de la regla general, se indemnizará al concesionario por los daños que se le causen. Para cuantificar dichos daños se tendrán en cuenta, no sólo los perjuicios causados (daño emergente), sino también los previsibles beneficios futuros (lucro cesante, cuyo cálculo se hará conforme a los resultados obtenidos en los últimos 15 años si así fuera posible), así como la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no vayan a ser entregadas, teniendo en cuenta su grado de amortización. Siguiendo con las reglas particulares, téngase en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en el art. 266.5, la Administración, en el momento de la resolución del contrato principal de concesión, podrá acordar también la resolución de los contratos accesorios o secundarios otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias de explotación comercial; abonando, en ese caso, la indemnización correspondiente. Ahora bien, es necesario precisar que: 1) Esta indemnización correrá por cuenta del concesionario si la resolución se produce por causa a él imputable, y 2) La Administración puede optar por no resolver dichos contratos accesorios. En este último caso, y excepción hecha del supuesto de revisión por mutuo acuerdo (Administración y obligados deciden, pese a todo, resolver los contratos), los obligados frente al concesionario pasarían a estarlo frente al órgano de contratación.

Un supuesto especial de resolución por voluntad de la Administración es el recogido en el art. 266.4, en el que se establece que: “Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”. Supuesto en el que, como es lógico y teniendo presente que la causa de resolución es imputable al concesionario, no será la Administración quien abone cantidad alguna al concesionario, sino al revés.

En cuanto a las zonas complementarias de explotación, evóquese ahora la regla contenida en el art. 266.5:

“El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato.”

Pero el contrato de concesión también puede ser resuelto por el concesionario, según establece el art. 266.2. Es éste el único supuesto de resolución por voluntad del concesionario, si bien hay que dejar claro que al concesionario no se le reconoce un derecho a la resolución del contrato, sino una opción para ejercerlo en un supuesto concreto. Así, y sólo cuando la causa de resolución sea la mora del órgano de contratación por plazo superior a 6 meses, el concesionario podrá optar entre la resolución del contrato, o el cobro de una suerte de suma económica adicional. Si opta por la resolución, le será de aplicación lo prevenido en el art. 266.1 (abono del importe de las inversiones, más las cantidades que resulten del cálculo del lucro cesante y del daño emergente) y en el art. 266.3 (reglas particulares). Por el contrario, si opta por continuar con el contrato, se le abonará al concesionario una suma adicional consistente en el abono de los intereses legales de las canti-

**EN CASO DE RESOLUCIÓN
DEL CONTRATO POR
VOLUNTAD DE LA
ADMINISTRACIÓN
DEBERÁ ABONAR AL
CONCESIONARIO EL
IMPORTE
DE LAS INVERSIONES
REALIZADAS POR RAZÓN
DE EXPROPIACIÓN,
EJECUCIÓN DE OBRAS Y
ADQUISICIÓN DE BIENES
NECESARIOS PARA LA
EXPLOTACIÓN**

dades debidas, o los valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento de la contraprestación.

El art. 266.6, con el que se pone punto final a este Capítulo V y al nuevo Título V de la Ley de Contratos, regula la resolución por mutuo acuerdo. Para lo cual, simplemente establece que: “Cuando el contrato se resuelva por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre ellas”. Es pues, la voluntad de concesionario y Administración, y no la Ley, la que determinará los efectos de esta forma de resolución.

h) Estudio singular de las Disposiciones Adicionales de la Ley 13/2003, de 23 de mayo

Si importantes son los contenidos presentes en el articulado de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, no lo son menos aquellos otros comprendidos en sus disposiciones adicionales.

A efectos puramente metodológicos, se van a agrupar las disposiciones adicionales (un total de 13), en torno a tres grupos o categorías principales: a) disposiciones adicionales competenciales, b) disposiciones adicionales modificativas o de reforma, y c) disposiciones adicionales heterogéneas.

Al primer grupo pertenecerían las Disposiciones Adicionales Segunda, Tercera y Quinta, que tienen por objetivo ordenar el sistema de distribución de competencias en la materia. El segundo estaría integrado por las Disposiciones Adicionales Octava, Décima y Undécima mediante las que se introducen las reformas necesarias en la legislación sectorial afectada, evitando así posibles divergencias legislativas. Del último grupo formarían parte las Disposiciones Adicionales Primera, Cuarta, Sexta, Séptima, Novena, Duodécima y Decimotercera, o lo que es lo mismo, aquellas disposiciones adicionales que no tienen acomodo en ninguna de las categorías anteriores.

Encabeza el grupo de las Disposiciones Adicionales competenciales, la Disposición Adicional Segunda.

Esta Disposición Adicional tiene como objetivo expresamente declarado, fijar los modos y formas de coordinación y colaboración entre las Administraciones Públicas interesadas en la materia. En su apartado 1, se insta a la colaboración entre ellas, y en virtud del cual, las tres Administraciones territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales) están obligadas a informar, colaborar y cooperar entre sí.

En su segundo párrafo se puntualiza que: “Si los procedimientos de colaboración resultaran ineficaces, y cuando se justifique por la incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, el Estado, en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre

las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, podrá coordinar los planes de obras públicas competencia de las Comunidades Autónomas con los planes de obras públicas de interés general”. En síntesis, al Estado, y aun con matices, se le reserva la potestad de coordinación general.

En el apartado 2 se obliga a aquél (Estado) a colaborar con el resto de Administraciones públicas, a fin de elaborar y armonizar los instrumentos de planificación y construcción de las obras de interés general, con los instrumentos de planificación y ordenación territoriales y urbanísticos.

En este mismo apartado 2, pero en su párrafo 2, se establece una cláusula de prevalencia a favor del Estado, en los siguientes términos: cuando no se llegue a un acuerdo en cuanto a los instrumentos de planificación territorial y urbanística, y sin perjuicio de lo previsto en la legislación medioambiental, los planes y proyectos de obras públicas de competencia del Estado prevalecerán sobre cualquier instrumento, en lo que concierne a las competencias estatales exclusivas. En tal caso, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales deberán incorporar necesariamente en sus respectivos instrumentos de ordenación las rectificaciones indispensables para acomodar sus determinaciones a aquéllos.

Siguiendo con la Disposición Adicional Segunda, pero ya en su apartado 4, se obliga a las Administraciones públicas autonómica y local a recabar un informe de la Administración General del Estado antes de proceder a la aprobación, modificación y revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística, cuando aquéllos puedan afectar al ejercicio de competencias estatales. Un informe previo, que lo es vinculante y que deberá ser evacuado en el plazo máximo de 2 meses, tras haber intentado llegar a una solución negociada sin éxito. El sentido del silencio será en tal caso positivo, salvo que afecte al dominio o al servicio público de titularidad estatal.

A continuación, la Disposición Adicional Tercera hace referencia a las obras públicas de interés general, estableciendo (apartado 1) que los proyectos de obras públicas de interés general se remitirán a la Administración urbanística competente (autonómica o local), para que emita un informe sobre la adaptación de los mismos al planeamiento urbanístico. Este informe se evacuará en el plazo de 1 mes, siendo su sentido favorable en caso de silencio administrativo.

El apartado 2 de esta Disposición Adicional —y al igual que ocurriera en la Disposición Adicional Segunda—, introduce una cláusula de prevalencia a favor del Estado. Así, en el supuesto de que las obras públicas de interés general vayan a construirse sobre terrenos no reservados por el planeamiento urbanístico y siempre que no sea posible resolver las eventuales discrepancias mediante acuerdo, la decisión estatal respecto a la ejecución del proyecto prevalecerá sobre el planeamiento urbanístico. El contenido de este último deberá acomodarse a las determinaciones de aquélla.

Por su parte, en sus apartados 3 y 4 se establece respectivamente, de un lado, la “innecesariedad” de licencia o de cualquier otro control preventivo municipal para este tipo de obras, y de otro, la improcedencia de la suspensión por órganos urbanísticos, de la ejecución de las obras públicas de interés general en los casos en los que se respeten el procedimiento y las competencias previstas, o cuando se trate de obras de emergencia.

Cierra el grupo de las disposiciones adicionales aquí denominadas “competenciales” la Disposición Adicional Quinta, que obliga, tanto a la Administración del Estado, como a la Administraciones Autonómicas y Entes Locales, a recabar un informe del Ministerio de Defensa con carácter previo a la aprobación de los estudios de viabilidad, bien cuando se trate de obras que incidan sobre zonas declaradas de interés para la defensa nacional; o bien, cuando afecten a terrenos, instalaciones y edificaciones incluidas en sus zonas de seguridad y vinculadas a la defensa nacional. Este informe tendrá carácter vinculante, deberá ser evacuado en un plazo de 2 meses y se entenderá negativo el sentido del silencio.

A mi juicio, y si por algo se caracteriza esté primer grupo de disposiciones adicionales, es por el hecho de estar diseñado, fundamentalmente, para salvaguardar las competencias y la posición de la Administración del Estado, frente a aquellas otras que pudieran corresponder a las Administraciones autonómica y local. Al menos eso parece, si atendemos a la redacción de algunos de sus contenidos, tales como: la reserva de la potestad de coordinación general contenida en la Disposición Adicional Segunda, apartado 1; la cláusula de prevalencia¹²⁷ de la Disposición Adicional Segunda, apartado 2; el informe obligatorio y vinculante¹²⁸ estatal de la Disposición Adicional Segunda, apartado 4; la segunda cláusula de prevalencia del apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera¹²⁹; o la innecesariedad de la licencia municipal¹³⁰ para los supuestos contemplados en esta misma Disposición Adicional, apartados 3 y 4.

(127) Es cierto que la aparente severidad de la cláusula de prevalencia se ve matizada por el hecho de que sólo recae sobre aquellos instrumentos de planificación, u ordenación urbanística, que sean de competencia exclusiva estatal. Sin embargo, en nuestra opinión, hubiese sido deseable –cuando no exigible– que el legislador se abstuviese de incluir una cláusula en estos términos. Sobre todo, porque, si sólo puede activarse respecto de ámbitos donde el legislador estatal ya goza de una competencia (exclusiva) que desplaza cualesquiera otras, la cláusula de prevalencia pierde gran parte de su significado. Habría que preguntarse, pues, cuál era la intención del legislador en el momento de redactar este apartado.

(128) Un Informe de naturaleza controvertida y que, por el contrario, se niega a las Comunidades Autónomas y entidades locales. Naturaleza controvertida pues su emisión tiene carácter preceptivo y vinculante, mientras su no-emisión debe ser interpretada en sentido favorable. Un informe que, como se deduce del apartado 1 de la Disposición Adicional Tercera, se niega de contrario. En efecto, según lo previsto en la Disposición Adicional Tercera, apartado 1, el informe de las Comunidades autónomas y de las entidades locales que el Estado deberá recabar en el caso de afectar al planeamiento territorial o urbanístico, no tendrá carácter vinculante y su sentido será positivo en caso de silencio. De otro modo: cuando quienes deban emitir un informe similar sean las Comunidades autónomas o las entidades locales en uso de sus competencias urbanísticas, dicho informe carecerá de fuerza vinculante, se emita o no en plazo. La balanza competencial parece inclinarse claramente a favor del Estado.

(129) Lo mismo que dijimos en relación con la cláusula de prevalencia contenida en la Disposición Adicional Segunda vale también para la Disposición Adicional Tercera, apartado 2, donde, en caso de conflicto entre los proyectos de obras públicas de interés general del Estado y el planeamiento urbanístico autonómico o local, la solución adoptada es la misma: prevalencia a favor de los primeros sobre el segundo.

(130) Ni que decir tiene, que ésta (la no-sujeción a licencia o control previo municipal del apartado 3 de la Disposición Adicional Tercera), pero también la regla general de la no-suspensión de la ejecución de obras públicas de interés general del Estado por parte de los órganos urbanísticos, o el necesario informe vinculante del Ministerio de Defensa en los supuestos contemplados en la Disposición Adicional Quinta, refuerzan aún más si cabe, la tesis que aquí se viene manteniendo, en cuanto a que el legislador ha tratado de salvaguardar la posición de la Administración del Estado frente a la de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

En mi opinión, el mero reconocimiento de un tan amplio abanico de prerrogativas a favor de la Administración del Estado, deja casi sin sentido el pretendido espíritu de colaboración y cooperación recíprocas al que alude la Disposición Adicional Segunda, en su apartado 1, pues se hace difícil afirmar la existencia de un deber general de colaboración y cooperación entre Administraciones públicas, allí donde —como aquí ocurre— la voluntad de una de ellas prevalece sobre la de las demás. No se olvide que, al mismo tiempo y en virtud de la Disposición Final Primera, todas ellas (salvo la Disposición Adicional Quinta) tienen el carácter de legislación básica, cuando no de preceptos de aplicabilidad plena. Pero dejo a un lado esta cuestión, para centrarme ahora en el comentario a las disposiciones adicionales modificativas o de reforma.

Como ya señalé al comienzo, están encuadradas en este grupo las Disposiciones Adicionales Octava, Décima y Undécima. Su objetivo no es otro que el de introducir las reformas oportunas en la legislación sectorial afectada por la incorporación de este nuevo régimen contractual. Todas ellas tienen el carácter de legislación básica, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera.

La Disposición Adicional Octava modifica los arts. 2, 23 y 36 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión. Resultado de lo anterior: a) se somete aquel tipo de concesiones al nuevo régimen del contrato de concesión de obras públicas del TRLCAP, b) se establece un régimen de penalidades muy similar al contemplado en el TRLCAP, y c) se redefinen las funciones del Delegado del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje.

La Disposición Adicional Décima por su parte, reforma los arts. 54 y 84. 6 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. De una parte, para dar cabida a la figura del contrato de concesión de obras públicas en este ámbito concreto; y de otra, para establecer la no exención de las Comunidades Autónomas, ni de las Entidades Locales, del pago del canon de ocupación cuando las concesiones y autorizaciones a las que se refiere el art. 54 de la Ley de Costas, sean directamente explotadas por terceros.

Pone fin a este segundo grupo de disposiciones adicionales de reforma, la Disposición Adicional Undécima, relativa a las

EL PRIMER GRUPO DE DISPOSICIONES ADICIONALES SE CARACTERIZA POR ESTAR DISEÑADO PARA SALVAGUARDAR LAS COMPETENCIAS Y LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO FRENTE A AQUELLAS OTRAS QUE PUDIERAN CORRESPONDER A LAS ADMINISTRACIONES AUTÓNOMICA Y LOCAL

obras públicas hidráulicas y al Texto Refundido de la Ley de Aguas¹³¹. En su virtud, se da una nueva redacción al art. 125.3, lo que permite la creación de un nuevo tipo contractual: el contrato de concesión de obras hidráulicas. Obras hidráulicas cuyo régimen queda establecido en un nuevo Capítulo III, Título VIII, arts. 133 a 135, y que, salvo en lo relativo a los plazos¹³² y al contenido del pliego de condiciones¹³³, será el mismo que el contenido en el Libro II, Título V del TRLCAP.

El último grupo de disposiciones adicionales es el de las “disposiciones adicionales heterogéneas”. Integran esta categoría aquellas disposiciones adicionales que no pertenecen a ninguna de las anteriores, siendo poseedoras también del carácter de legislación básica.

Encabeza este grupo la Disposición Adicional Primera, referida a la planificación, y en virtud de la cual: “Las Administraciones públicas podrán aprobar planes sectoriales de obras u otros tipos de planes establecidos legalmente que incluyan las obras a realizar, que serán preceptivos cuando así lo exija la legislación general o la específica reguladora de cada clase de obras. En este supuesto, los planes podrán incluir las obras susceptibles de ser objeto del contrato de concesión”.

También forma parte de esta categoría la Disposición Adicional Cuarta, y según la cual, las obras públicas que se constituyan mediante contrato de concesión de obras públicas, también estarán sometidas al procedimiento de evaluación ambiental. Remitiéndose a este respecto a lo que disponga la propia legislación sectorial afectada.

Por su parte, la Disposición Adicional Sexta estipula que la declaración de utilidad pública de las obras objeto de un contrato de concesión de obra pública se ajustará a lo dispuesto en la correspondiente legislación específica. Y también, que la aprobación del proyecto de las obras y el consiguiente acuerdo de adjudicación del contrato de concesión, llevarán aparejados la necesidad de la ocupación de los bienes y adquisición de derechos necesarios para su ejecución, a los fines de la expropiación forzosa y ocupación temporal. En estos casos, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario.

A las anteriores se añade la Disposición Adicional Séptima, que regula aspectos concretos relativos al procedimiento y al reparto de competencias orgánicas al interno de la Administración del Estado. Así, y cuando se trate de concesiones de obras públicas de competencia estatal: 1) se requerirá previo informe del Ministerio de Hacienda para la aprobación por el órgano de contratación del expediente de contratación previsto en el artículo 231.1, en los supuestos contemplados en los artículos 130 a 134 y 226, o cuando en la financiación de un contrato se prevea cualquier forma de ayuda o aportación

(131) Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

(132) Art. 134 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

(133) Art. 135 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

estatal, o en la modificación de los referidos contratos, y 2) las competencias reconocidas al órgano de contratación se entenderán atribuidas siempre al titular del departamento, si con anterioridad a su entrada en vigor correspondían al Consejo de Ministros, en virtud de lo dispuesto en una norma de carácter sectorial, aunque con alguna salvedad de interés¹³⁴.

También la Disposición Adicional Novena forma parte del grupo de disposiciones adicionales heterogéneas. En su virtud, se establece que el Gobierno aprobará la reglamentación técnica que permita la interoperabilidad de los sistemas de cobro electrónico de peajes sin detención del vehículo, utilizados por los concesionarios de autopistas.

Completa el régimen el contrato de concesión de obras públicas lo establecido en la Disposición Adicional Duodécima, referida a las infraestructuras del sector energético. De acuerdo a esta disposición, la regla general en lo concerniente a las obras e instalaciones relacionadas con el sistema de transporte y distribución de energía eléctrica, las telecomunicaciones, el gas y los hidrocarburos se regirán por su legislación específica. Ahora bien:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, será de aplicación a las instalaciones de la red de transporte de energía eléctrica reguladas en el artículo 35 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, así como a las instalaciones de la red básica de transporte de gas natural reguladas por el artículo 59 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, cuyas autorizaciones sean competencia de la Administración General del Estado, lo dispuesto en las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera de esta Ley.”

En los apartados 2 y 3 de esta Disposición Adicional, el legislador insiste, una vez más, en salvaguardar las competencias propias de la Administración del Estado, al establecer: a) que el informe a que se refiere el apartado 1 de la Disposición Adicional Tercera, se remitirá y obtendrá en el seno de los procedimientos establecidos y regulados en la legislación sectorial aplicable, y b) que las decisiones que finalmente se adopten sobre la ejecución de las instalaciones mencionadas en los apartados 2 y 3, se comunicarán por el Ministerio de Economía a las Comunidades Autónomas y entidades locales afectadas; a fin de que procedan, en su caso, a modificar en lo que sea preciso los planes territoriales y urbanísticos correspondientes.

El punto y final al grupo de disposiciones adicionales heterogéneas lo pone la Disposición Adicional Decimotercera, que regula una cuestión singular, pero en modo alguno intrasendente: la garantía de estabilidad para personas con discapacidad y personas mayores. En virtud de esta disposición, se obliga a que las obras públicas construidas sobre la base de la figura del contrato de concesión, incluidas las zonas de explotación comercial y

(134) La salvedad no es otra que la excepción contenida en el apartado 2 de la Disposición Adicional Séptima: “(...) Ello no obstante, las resoluciones que el Ministro adopte como consecuencia de la asunción de estas nuevas competencias exigirán la autorización previa del Consejo de Ministros”.

complementarias del art. 233, observen la normativa en materia de eliminación de barreras y promoción de la accesibilidad. De modo, que se asegura así su uso en condiciones de comodidad y seguridad por parte de las personas anteriormente señaladas.

Analizado hasta aquí el articulado de la Ley, así como sus disposiciones adicionales, me dispongo a abordar ahora aquellos contenidos que dejé aparcados en páginas anteriores y que conforman los contenidos más destacados del nuevo régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas. A saber: el principio de riesgo y ventura, la regla del equilibrio económico y el régimen de financiación.

V. RIESGO Y VENTURA, EQUILIBRIO ECONÓMICO Y EL RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

El principio de riesgo y ventura, el principio de equilibrio económico del contrato y el régimen financiero de la concesión de obras públicas son, sin lugar a dudas, los tres contenidos capitales del nuevo régimen jurídico del contrato de concesión establecido por el nuevo Título V de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

El principio de riesgo y ventura es delineado en sus elementos fundamentales por el art. 220.2 del TRLCAP, que comienza por establecer con meridiana claridad que: “La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley (...)”. De lo que se desprende que la asunción del riesgo económico derivado del contrato es una obligación a soportar por el concesionario que se añade a las otras muchas derivadas de la asunción de los riesgos intrínsecos a la construcción, y explotación (por ejemplo, indemnización por daños a terceros). Una obligación añadida que, sin embargo, no se establece en términos absolutos, sino relativos y con un alcance limitado.

El art. 220.2 precisa que la asunción del riesgo y ventura por parte del concesionario: “(...) será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente”. En otras palabras, el principio de riesgo y ventura no puede ser configurado en términos tales que imposibilite la elección por parte del concesionario del sistema de financiación de la obra, o que limite las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración. Esta afirmación modula el alcance y contenido del riesgo y ventura, que no será nunca absoluto o ilimitado, sino relativo y proporcionado.

Pero el legislador insiste en concretar el alcance y contenido de este principio. Así, el art. 239, partiendo de la regla general del art. 220 (asunción de riesgo y ventura por el concesionario) y excepción hecha del supuesto del art. 236.2 (ejecución parcial de la obra

por parte de la administración), contempla tres supuestos de retraso distintos, respecto de los cuales el principio de riesgo y ventura opera de forma diferente. Los supuestos a los que me refiero son: a) el retraso por fuerza mayor, b) el retraso por causa imputable a la Administración, y c) el retraso por causa imputable al concesionario. En los dos primeros casos, el retraso en la ejecución de la obra es ajeno por completo a la voluntad del concesionario, mientras que en el tercero, el retraso se debe precisamente a causa imputable a aquél. Pues bien, sobre la base del mayor o menor grado de imputabilidad al concesionario del motivo del retraso, el principio de riesgo y ventura se aplica con un mayor o menor grado de rigurosidad¹³⁵. Lo que viene a demostrar que el principio de riesgo y ventura no opera en términos absolutos, ni es diseñado por el legislador como una obligación inexcusable a cargo del concesionario.

En suma, la lectura conjunta de los arts. 220 y 239 nos indica que existe una regla general según la cual, el concesionario asume siempre los riesgos derivados de la ejecución y explotación del contrato de concesión de obras públicas. Pero también, que esta regla general tiene matices y excepciones (fuerza mayor, responsabilidad exclusiva de la Administración, y la regla prevista en el art. 239.1, para el supuesto de ejecución parcial pública de la obra). Matices y excepciones que modulan el contenido, alcance y significado del principio de riesgo y ventura.

En cuanto al principio de equilibrio económico, es uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el entero diseño del contrato de concesión de obra pública, siendo regulado en el art. 248 del TRLCAP.

**EL PRINCIPIO DE RIESGO
Y VENTURA, EL DE
EQUILIBRIO ECONÓMICO
DEL CONTRATO Y
EL RÉGIMEN FINANCIERO
DE LA CONCESIÓN DE
OBRAS PÚBLICAS SON
LOS TRES CONTENIDOS
CAPITALES DEL NUEVO
RÉGIMEN JURÍDICO DEL
CONTRATO DE CONCESIÓN
ESTABLECIDO POR
EL TÍTULO V DE LA LEY
13/2003**

(135) Así, tanto si el retraso lo es por fuerza mayor como por causa imputable a la Administración, al concesionario se le concederá una prórroga del plazo de ejecución y, correlativa y acumulativamente, una prórroga del plazo de concesión. Es más, para el caso de fuerza mayor, deberán tenerse en cuenta además las previsiones contenidas en el apartado 3 de este artículo, a saber: 1) si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario, a pesar de la prórroga, se procederá a ajustar el plan económico-financiero, y 2) si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras, se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros. Parece pues evidente que la inimputabilidad del retraso al concesionario restringe de forma considerable el alcance y límites del principio de riesgo y ventura. Ahora bien, existe un tercer supuesto en el que dicho principio sí despliega toda su virtualidad: el retraso imputable al concesionario. En el supuesto de retraso imputable al concesionario, la consecuencia primera que de ello se deriva es la aplicación del régimen de penalidades previsto en la norma, sin que –lógicamente– en este caso pueda concederse prórroga alguna a favor de aquél. Sin embargo, conviene no olvidar que el incumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales es causa de resolución del contrato. Por lo que, si interpretamos que el retraso es un incumplimiento de los plazos previstos en el contrato y, por tanto, de sus obligaciones contractuales esenciales, el retraso podría ser también eventual causa de resolución del contrato.

Ya anticipábamos al comienzo que la idea de partida del contrato de concesión de obra pública es la de participación a cambio de explotación. En otras palabras, la incorporación de la iniciativa privada a cambio de una adecuada retribución económica, y de la explotación de la obra pública, durante el tiempo que dure la concesión. Pues bien, en opinión del legislador, esta situación de partida se debe mantener a lo largo del período de vigencia de la concesión; lo que se concreta en la afirmación del principio de equilibrio económico del contrato. Este principio significa¹³⁶ que el contrato de concesión de obras públicas debe mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación. Es más, en caso de que dicho equilibrio se rompa, la Administración está obligada a su restablecimiento.

Los motivos por los que el equilibrio económico del contrato puede quebrar son sólo los expresamente previstos en la norma, o lo que es lo mismo: a) por la modificación de las condiciones de explotación de la obra por parte de la Administración; b) por fuerza mayor (de acuerdo a lo establecido en el art. 144 del TRLCAP), y c) cuando se produzca alguno de los supuestos fijados en el propio contrato para su revisión. Y en cuanto a las medidas previstas para su restablecimiento, el art. 248 del TRLCAP contempla las siguientes: a) la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, b) la ampliación o reducción del plazo concesional (dentro de los límites fijados en el art. 263), y c) en general, cualquier otra modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Por último, queda comentar el que, ciertamente, es el más importante de los principios expuestos, así como de los contenidos de la reforma: el régimen de financiación del contrato de concesión de obras públicas. En efecto, si trascendentes eran los anteriores, más aun lo es éste, pues enlaza directamente con la finalidad última de la Ley: atraer la iniciativa privada hacia la ejecución y explotación de las grandes infraestructuras públicas. Lo cual se pretende conseguir, precisamente, a través de la flexibilización y ampliación de las fuentes de financiación. Única forma efectiva de hacer interesante la obra pública a la inversión privada.

Los elementos fundamentales del régimen de financiación del contrato de concesión de obras públicas se hallan contenidos, de un lado, en el art. 224, y de otro, en el Capítulo IV, arts. 253 a 269, del TRLCAP. En el primero se establecen los caracteres generales del régimen de financiación del contrato. Por su parte, el Capítulo IV regula los modos y formas de financiación privada en particular.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de todos y cada uno de sus contenidos, es necesario señalar que, una lectura en bloque de los mismos, revela la existencia de dos principios inspiradores que recorren el entero régimen de financiación; a saber: el principio de diversificación de fuentes¹³⁷ y el principio de fiscalización pública.

(136) Art. 248 del TRLCAP.

(137) En esta misma línea se sitúa la Unión Europea, como lo demuestra la Propuesta de la Comisión, COM 236 final 2000/0115, de 6 de mayo de 2002.

El principio de diversificación, o flexibilización, de fuentes garantiza la concurrencia de distintas formas y vías de financiación en lo que concierne a la ejecución y posterior explotación de la obra pública objeto del contrato de concesión. Ello se traduce en la existencia de fuentes de financiación públicas, pero también privadas, así como en un mayor grado de libertad a favor del concesionario en la elección de las mismas. Factores, todos ellos, considerados determinantes para favorecer la participación privada en las grandes infraestructuras públicas.

Por su parte, el principio de fiscalización pública se concreta en el reconocimiento y atribución de potestades de intervención y control a favor de la Administración, para garantizar la legalidad en el uso de las fuentes de financiación. Así por ejemplo, es la propia Administración, *ex lege*, la que establece cuáles serán las fuentes y los modos de financiación¹³⁸. En el mismo sentido, varios de los artículos comprendidos en el Capítulo IV del TRLCAP obligan al concesionario, con carácter previo a la utilización de las fuentes de financiación privadas, bien a comunicar¹³⁹, bien a obtener la previa autorización administrativa¹⁴⁰.

Éstos son, sintéticamente expuestos, los principios inspiradores del nuevo régimen de financiación del contrato de concesión de obras públicas. Ahora bien, ¿cuáles son los caracteres generales de este nuevo régimen? El nuevo régimen de financiación obedece a las siguientes reglas:

1. Las obras públicas deberán financiarse, total o parcialmente, por el concesionario quien, en todos los casos, asume el riesgo de la inversión¹⁴¹.

2. En caso de que la financiación lo sea parcial, el concesionario podrá acudir a las siguientes dos fuentes de financiación¹⁴²:

i. financiación privada.

ii. financiación pública.

3. En el caso de financiación privada:

a) El concesionario podrá recurrir a los medios y figuras contemplados en el Capítulo IV (emisiones de obligaciones y otros títulos, incorporación a títulos negociables de derechos de crédito del concesionario, la hipoteca de la concesión y los créditos participativos), amén de a la contratación de préstamos con entidades de crédito. En este último

(138) Art. 224 del TRLCAP.

(139) Art. 259 del TRLCAP.

(140) Arts. 254 y ss. del TRLCAP.

(141) Art. 224.1 del TRLCAP.

(142) Art. 224.2 y 3 del TRLCAP, respectivamente.

caso, se necesitará la previa comunicación al órgano de contratación y su sometimiento a la normativa sectorial vigente. Así mismo, se podrá acudir a cualesquiera otros medios de financiación privada, siempre que medie autorización administrativa previa. Los modos y formas de financiación privada contemplados en el TRLCAP conforman pues, un *numerus apertus*.

b) El concesionario está obligado, en todos los casos, bien a comunicar a la Administración, bien a obtener autorización administrativa previa, antes de poder utilizar cualesquiera medios de financiación privada. Existe pues, una suerte de deber general de sometimiento a control administrativo previo, que responde sin duda a ese principio de fiscalización administrativa al que antes me refería¹⁴³. Recuérdese a este respecto, que deber de comunicación y deber de obtención de previa autorización administrativa son deberes muy diferentes. Así, mientras el primero opera desde la libertad, pues se satisface con el mero anuncio a la Administración de la intención de utilizar alguno de los medios de financiación privada previstos en el Capítulo IV; el segundo imposibilita el uso de cualesquiera fuentes de financiación entretanto no se cuente con la previa aquiescencia administrativa; operando pues desde la dependencia.

4. En el caso de financiación pública:

a) La misma podrá provenir, tanto de la Administración concedente, como de otras administraciones distintas a la misma¹⁴⁴; e, incluso, de otros organismos nacionales e internacionales.

b) Sólo es posible la financiación pública de la obra allí donde concurren razones de rentabilidad económica, o social¹⁴⁵, o existan singulares exigencias derivadas del fin público o interés general, que la hagan posible¹⁴⁶.

c) La financiación pública de la obra adoptará la forma de “financiación conjunta”, y consistirá en aportaciones dinerarias o no-dinerarias, en subvenciones o préstamos reintegrables (con o sin interés), o en préstamos participativos; debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por parte del concesionario.

Éstas son las reglas básicas del régimen de financiación que se extraen de la lectura conjunta del art. 224 y los arts. 253 a 260. Ahora bien, el legislador dedica una atención especial a las fuentes de financiación privada. Atención especial que se traduce en una

(143) Art. 224.2, *in fine*, del TRLCAP.

(144) Art. 224.4 del TRLCAP.

(145) Es importante señalar, como para el legislador, la causa que justifica una eventual financiación pública de la obra sea la rentabilidad social. Esto abre la posibilidad de que la Administración financie obras públicas, incluso, cuando los parámetros financieros demuestren su no-rentabilidad en términos económicos.

(146) Art. 224.3 del TRLCAP.

pormenorizada y detallada regulación de los mismos, y sobre cuya razón de ser volveré más adelante.

En todo caso, el punto de partida en lo que concierne a las fuentes de financiación privada del contrato de concesión de obras públicas sigue siendo el art. 224. En él se contiene el elenco de los que serán los medios de financiación privada a disposición del concesionario, principal y preferentemente: a) la emisión de títulos; b) la incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario; c) la hipoteca sobre la concesión, y d) los créditos participativos. Tendrán carácter subsidiario a los anteriores los préstamos y los créditos con entidades de crédito (previa comunicación al órgano de contratación), así como cualesquiera otros, siempre que exista previa autorización administrativa. Cada uno de ellos aparece regulado a continuación en los arts. 253 a 260 del TRLCAP.

Antes de centrarme en el análisis del contenido sustantivo de cada uno de ellos, me gustaría llamar la atención sobre un dato formal, en apariencia intrascendente, pero en modo alguno irrelevante: el grado de detalle con el que han sido regulados por el legislador básico de contratos los medios y formas de financiación privada. Cuestión que ya señalé con anterioridad.

Mientras los créditos y préstamos con entidades de crédito, así como los medios de financiación privada no contemplados expresamente en la Ley, apenas son objeto de ordenación (salvo para exigir la previa comunicación o autorización administrativa), los medios de financiación privada han sido regulados con detenimiento; sobre todo, la figura de la hipoteca sobre la concesión y los créditos participativos. ¿A qué se debe esta especial atención reguladora por parte del legislador básico de contratos?

Desde mi punto de vista, la causa de lo anterior se encuentra en la dificultad que entraña para el legislador público de contratos, la regulación de modos y formas de financiación privada; más aun, al interno de una figura y de un sector típicamente públicos. Y ello, porque, en primer lugar, a la regulación de la financiación privada del contrato de concesión de obras públicas se anudan cuestiones tan importantes como la eventual traslación de figuras e intereses públicos (vía financiación privada) del ámbito de lo público al ámbito

**EL RÉGIMEN DE
FINANCIACIÓN DEL
CONTRATO DE CONCESIÓN
DE OBRAS PÚBLICAS
ENLAZA DIRECTAMENTE
CON LA FINALIDAD ÚLTIMA
DE LA LEY: ATRAER
LA INICIATIVA PRIVADA
HACIA LA EJECUCIÓN
Y EXPLOTACIÓN
DE LAS GRANDES
INFRAESTRUCTURAS
PÚBLICAS**

de lo privado; o lo que es lo mismo, el tránsito “de lo público a lo privado”, y más en concreto, al tráfico jurídico-mercantil entre particulares¹⁴⁷. Pero también, y en segundo lugar, porque en la regulación de las formas de financiación privada entran en conflicto, como en ningún otro momento, las vertientes pública y privada presentes en el régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas; ambas susceptibles de protección, y cuya armonización simultánea resulta harto complicada¹⁴⁸.

En conclusión, el legislador público de contratos ha dedicado una especial atención a las formas y medios de financiación privada del contrato de concesión de obras públicas. Lo que se evidencia en una regulación minuciosa y pormenorizada de las mismas, así como de sus posibles efectos y derivaciones; y se justifica, por la dificultad intrínseca que lleva aparejada la regulación normativa pública de este tipo de figuras típicamente privadas. La tensión público-privado alcanza aquí su cota más alta.

Con independencia de todo ello, es momento de volver al comentario y análisis del régimen de financiación privada del contrato de concesión de obras públicas, contenido en los arts. 253 a 260 del TRLCAP.

En el art. 253 se establece el régimen de la emisión de obligaciones, bonos y otros títulos. El derecho de emisión de títulos se configura en términos bastante generosos (se podrá acudir, tanto al mercado interno, como externo, incluyendo además, toda clase de obli-

(147) Sobre la problemática relativa a la paulatina traslación e imbricación de intereses privados y públicos que conlleva la confusión de la esfera privada y la pública, véase CHINCHILLA, C.: “Servicio Público: ¿Crisis o renovación?”, en AAVV, Régimen Jurídico de los Servicios Públicos, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 68 y ss.

(148) En efecto, la vertiente pública obliga al legislador a salvaguardar la obra pública y el servicio público al que aquella se encuentra afecta, de los eventuales efectos perniciosos derivados de la admisión de un sistema de financiación privada; así como del paulatino alejamiento de la obra pública de la esfera de decisión administrativa. No debe olvidarse, además, que la aceptación de modos y formas de financiación privados sitúa a la obra pública en el tráfico jurídico entre particulares. Un tráfico, en el que la obra pública y los servicios públicos o económicos a los que aquella se vincula, pasan a depender —sin pérdida de su naturaleza pública— de variables macro y microeconómicas derivadas del mercado; ajenas por completo al interés general y administrativo. Es más, si la financiación de la obra pública se hace depender de un concesionario, y éste a su vez (vía financiación privada) depende financieramente de otros particulares (empresas, entidades crediticias, otros particulares propietarios de títulos y obligaciones, etc.), serán estos otros particulares quienes con sus decisiones marquen el devenir de la obra pública, y del servicio público al que aquella se encuentra afecta. Decisiones que, en la mayoría de los casos, se adoptarán sobre la base de criterios e intereses particulares extraños por completo a la idea de la defensa del interés general. En consecuencia, la obra pública y el servicio público al que aquella se vincula se encontrarían cada vez más alejados de la esfera de decisión de la Administración, pasando a situarse dentro de la esfera de decisión privada, y del tráfico entre particulares. Por estas y otras razones, el legislador se ha mostrado reacio a la hora de admitir la participación de la iniciativa privada, no ya en la ejecución y explotación de la obra, sino en la admisión de medios y formas de financiación privada. Y ello, fundamentalmente, porque la financiación privada supone en esencia, la participación privada al interno de la propia iniciativa privada, lo que en determinados casos y circunstancias puede generar toda una serie de efectos perniciosos del sistema. Todo lo anterior explicaría, en parte, el porqué del grado de detalle con el que el legislador ha regulado esta cuestión. Y digo en parte, porque no se debe olvidar que existe otra vertiente de la regulación de las vías de financiación privada en modo alguno desdeñable: la vertiente privada, o lo que es lo mismo: la obligación de garantizar los derechos de los acreedores financieros del concesionario. La vertiente privada constriñe al legislador a velar también por los derechos de los particulares, pues, la traslación del contrato de concesión al tráfico jurídico entre particulares supone, en la mayoría de los casos, la constitución de derechos de crédito a favor de quienes participan en la financiación de la ejecución y explotación de la obra pública. Derechos de crédito frente al concesionario que también merecen ser protegidos. Por esta razón, la Ley establece toda una serie de mecanismos de garantía (por ejemplo, los derechos del acreedor hipotecario y el procedimiento de ejecución hipotecaria) y regula cuestiones en apariencia muy alejadas del Derecho administrativo (art. 260) tales como la atribución al orden jurisdiccional civil del conocimiento de este tipo de asuntos.

gaciones, bonos, etc.) Ahora bien, no podrán emitirse títulos cuyo plazo de reembolso, total o parcial, finalice en la fecha posterior al término de la concesión. Esto parece de todo punto lógico, pues lo contrario significaría prorrogar obligaciones vinculadas a un contrato principal ya extinto, y a las que la Administración debería hacer frente.

La emisión de obligaciones podrá contar con aval público¹⁴⁹, tanto del Estado, como de las Comunidades Autónomas, entidades locales y demás sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCAP. El otorgamiento de aval público se regulará por su normativa específica. Así mismo, se establece que la emisión de este tipo de obligaciones deberá ser comunicada al órgano de contratación¹⁵⁰ dentro del plazo máximo de un mes, a contar desde la fecha de emisión. Los apartados 4 y 5 del art. 253 ordenan cuestiones referidas al régimen de inscripción de este tipo de emisiones, remitiéndose para ello a la legislación sectorial aplicable¹⁵¹.

Por su parte, el art. 254 posibilita la incorporación de títulos negociables a los derechos de crédito del concesionario. En este caso, podrán emitirse valores que representen una participación en uno o varios de los derechos de crédito a favor del concesionario, consistentes en: a) el derecho al cobro de las tarifas; b) los ingresos que pueda obtener por la explotación de los elementos comerciales relacionados con la concesión, o c) los que correspondan a las aportaciones que, en su caso, deba realizar la Administración. La cesión de estos derechos se formalizará en escritura pública, que, en el supuesto de cesión de las aportaciones a efectuar por la Administración, se deberá notificar al órgano contratante. Téngase en cuenta que tanto las participaciones, como los derechos de crédito a que se refiere el primer párrafo de este apartado, podrán incorporarse a fondos de titulación de activos que se registrarán por su normativa específica¹⁵². La emisión de estos valores requerirá previa autorización administrativa por parte del órgano de contratación. Una autorización administrativa, en la que el motivo de denegación está tasado, pues sólo podrá denegarse cuando el buen fin de la concesión u otra razón de interés público relevante lo justifiquen. Esta disposición deberá ser leída junto con lo preceptuado en el apartado 7, en cuya virtud, se establece que las solicitudes referentes a las autorizaciones administrativas previstas en este artículo se resolverán por el órgano competente en el plazo de un mes; debiendo entenderse desestimadas, si no se resolvieran y notificaran en ese plazo.

A continuación, el art. 254 se encarga de equipar –allí donde sea posible– a los tenedores de este tipo de créditos, con los acreedores de créditos hipotecarios. Para conseguirlo establece las siguientes reglas: a) los créditos incorporados a valores de los contemplados en el apartado precedente, tendrán el carácter de separables en caso de quiebra del conce-

(149) Art. 253.2 del TRLCAP.

(150) Art. 253.3 del TRLCAP.

(151) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE de 29 de julio de 1988, núm. 181/1988), Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas (BOE de 30 de abril de 1986, núm. 103/1986) y Ley 211/1964, de 24 de diciembre, de Sociedades colectivas comanditarias o de Responsabilidad Limitada (BOE de 28 de diciembre de 1964, núm. 311/1964) en lo que se refiere a la regulación de la emisión de obligaciones por sociedades que no hayan adoptado forma de anónimas.

(152) Art. 254.1.3^{er} párrafo del TRLCAP.

sionario; b) los tenedores de los valores ocuparán el mismo lugar en la prelación que el acreedor hipotecario, con respecto a los créditos incorporados, y c) siempre que designen previamente a una persona física o jurídica que actúe como representante único ante la Administración, y a los solos efectos previstos en este apartado, los tenedores podrán ejercer las facultades que se atribuyen al acreedor hipotecario en el artículo 256.

Establece, a continuación (apartados 4 y 5), los supuestos que podrían dar lugar a la resolución de la concesión; lo que ocurriría en el caso de que los acreedores no hayan visto satisfechos sus créditos con la susodicha emisión de títulos. En relación con esta cuestión, se contemplan dos hipótesis distintas: 1ª) que la causa sea imputable al concesionario; y 2ª) que la causa no sea imputable al concesionario. En ambos casos, la Administración concedente podrá optar entre: a) el secuestro de la concesión conforme al art. 251 (salvo que las causas de extinción fuesen las previstas en el artículo 264.b) y excepción hecha de la suspensión de pagos), o b) la resolución de la misma.

En el caso de secuestro, éste tendrá los solos efectos de satisfacer los derechos de los acreedores, sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno. Si por el contrario, la Administración opta por la resolución de la concesión, se tratará de acordar con el representante de los acreedores la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de los acreedores de la menor de las siguientes cantidades: a) el importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el artículo 266 de esta Ley, o b) la diferencia entre el valor nominal de la emisión y las cantidades percibidas hasta el momento de resolución de la concesión, tanto en concepto de intereses, como de amortizaciones parciales. Ahora bien, si la opción de la Administración por la resolución tiene su origen en causa no imputable al concesionario, la Administración sólo quedará liberada con la puesta a disposición de la segunda de las cantidades propuestas; esto es, la diferencia entre el valor nominal de su inversión y las cantidades percibidas hasta el momento de resolución de la concesión, tanto en concepto de intereses como de amortizaciones parciales. Así pues, la diferencia entre la concurrencia de una causa u otra es, fundamentalmente, económica¹⁵³.

El art. 259 se encarga de establecer, dentro del apartado “otras fuentes de financiación”, el régimen jurídico de los denominados: créditos participativos.

La obtención de créditos participativos se configura como una opción más a disposición del concesionario dentro de las fuentes de financiación privada¹⁵⁴. Estas obtenciones de

(153) En caso de causa no imputable al concesionario y si la Administración opta por la resolución, la Administración se liberará sólo con la puesta a disposición de la segunda de las cantidades (la resultante de la diferencia entre el valor nominal de su inversión y las cantidades percibidas hasta el momento de resolución de la concesión tanto en concepto de intereses como de amortizaciones parciales). Mientras que en el caso de causa imputable al concesionario, se liberará mediante la puesta a disposición de la menor de cualquiera de las cantidades señaladas anteriormente. Lo que, sin duda, es más beneficioso para la Administración, pero también absolutamente lógico, pues la causa de la resolución es imputable al concesionario. Quede claro (art. 254.6), que siempre permanecerá a salvo la facultad de acordar la licitación de una nueva concesión una vez resuelta la anterior.

(154) Art. 259.1 del TRLCAP.

créditos participativos deberán ser simplemente comunicadas al órgano de contratación.

El aspecto más interesante del régimen de créditos participativos es la posibilidad de su otorgamiento privado, pero también público. En efecto, el concesionario puede obtener créditos participativos sobre sus ingresos, pudiendo amortizar anticipadamente el capital prestado en las condiciones pactadas¹⁵⁵. Pero también la Administración, con carácter excepcional, podrá contribuir a la financiación de la obra mediante el otorgamiento de créditos participativos. No obstante, en tales casos y salvo estipulación expresa en contrario, el concesionario no podrá amortizar anticipadamente el capital prestado; a no ser, que la amortización anticipada implique el abono por el concesionario del valor actual neto de los beneficios futuros esperados, según el plan económico-financiero revisado y aprobado por el órgano competente de la Administración en el momento de la devolución del capital.

He dejado para el final, la que es sin duda la figura más controvertida al interno del régimen de financiación privada, y, desde luego, para el propio Derecho Administrativo: la hipoteca de la concesión¹⁵⁶.

La hipoteca de la concesión es el medio de financiación privada al que mayor atención presta el legislador, dedicándole una entera sección formada por los arts. 255 a 258 del TRLCAP.

El art. 255 establece dos de los caracteres fundamentales de su régimen. El primero, que la hipoteca sobre la concesión se registrará por su legislación específica. Y el segundo, que la utilización de esta vía privada de financiación exige la previa obtención de autorización administrativa del órgano de contratación. Autorización que se resolverá en el plazo de un mes, debiendo entenderse negativo el sentido del silencio¹⁵⁷.

(155) Art. 259.2 del TRLCAP.

(156) Fundamentalmente, porque, como ya se advertía en su momento: estamos en presencia de una figura privada al interno de un sector predominantemente público. Sin embargo, ello no obsta para que pueda constituir un medio de financiación privada del contrato de concesión de obras públicas, tal y como reconoce el propio Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre, en el que se afirma expresamente como el derecho derivado de la constitución de un contrato de concesión sobre obra es un "(...) derecho susceptible de tráfico jurídico entre particulares para un fin cualquiera, incluida su afectación como garantía". En el mismo sentido, los Dictámenes núm. 2261 de 29 de enero de 1947; 10941, de 29 de noviembre de 1952; y 14933, de 9 de julio de 1954. Recuérdese, además, que como derecho de garantía, es susceptible de inscripción registral autónoma en el Registro de la Propiedad. Tal y como establece el art. 31 del Reglamento Hipotecario.

(157) Art. 255.2 del TRLCAP.

LA EMISIÓN DE OBLIGACIONES PODRÁ CONTAR CON AVAL PÚBLICO, TANTO DEL ESTADO, COMO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, ENTIDADES LOCALES Y DEMÁS SUJETOS INCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL TRLCAP

Cuestión a enfatizar es que no se admitirá la hipoteca de concesiones de obras públicas en garantía de deudas, cuando éstas no guarden relación con la concesión correspondiente.

En el art. 256 tienen cabida los derechos del acreedor hipotecario. En realidad, no se trata de un catálogo de derechos al uso, sino de una enumeración de las distintas garantías de las que dispondrá el acreedor hipotecario para satisfacer sus derechos de crédito, en los siguientes casos: a) que la concesión de la hipoteca sufriera grave deterioro por causa imputable al concesionario¹⁵⁸, y b) cuando procediera la resolución de la concesión, por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario¹⁵⁹. En ambos supuestos, cuando la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha y antes de promover el procedimiento de ejecución correspondiente, el acreedor hipotecario podrá ejercer las siguientes facultades, siempre que así se hubiera previsto en la correspondiente escritura de constitución de hipoteca:

a) Solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, disponga la asignación a la amortización de la deuda de una parte de la recaudación y de las cantidades que, en su caso, la Administración tuviese que hacer efectivas al concesionario. A tal efecto, se podrá (por cuenta y riesgo del acreedor) designar un interventor que compruebe los ingresos así obtenidos y se haga cargo de la parte que se haya señalado, que no podrá exceder del porcentaje o cuantía que previamente se determine.

b) Si existiesen bienes aptos para ello, solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia al concesionario, le otorgue la explotación durante un determinado período de tiempo de todas o de parte de las zonas complementarias de explotación comercial. En el caso de que estas zonas estuvieran siendo explotadas por un tercero en virtud de una relación jurídico-privada con el concesionario, la medida contemplada en este apartado deberá ser notificada a dicho tercero, con indicación de que queda obligado a efectuar los pagos que debiera hacer al concesionario al acreedor hipotecario.

La ejecución de la hipoteca a la que se refieren los artículos precedentes, aparece regulada en el art. 257. La idea subyacente es la de conservar el contrato de concesión, siempre que exista aquiescencia por parte de la Administración.

(158) Art. 256.1 del TRLCAP. En este caso (grave deterioro), el acreedor hipotecario podrá solicitar del órgano de contratación pronunciamiento sobre la existencia efectiva de dicho deterioro. Si éste se confirmara podrá, asimismo, solicitar de la Administración que –previa audiencia del concesionario–, ordene a éste hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño; sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de devastación prevista en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. No obstante, y en el caso de ejercitarse la acción administrativa prevista en este apartado, se entenderá que el acreedor hipotecario renuncia a la acción prevista en el citado artículo 117 de la Ley Hipotecaria. Aspecto este último de gran trascendencia y que evita el conocimiento y la sustanciación paralela de este tipo de asuntos, ante los distintos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la jurisdicción civil.

(159) Art. 256.2 del TRLCAP. En el caso de resolución por incumplimiento del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si éste ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión.

Así, el apartado 1 del art. 257 establece que el adjudicatario en el procedimiento de ejecución quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa, en los términos que se establecen en el apartado 2. En dicho apartado se estipula que todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor, o eventual adjudicatario (incluso el propio acreedor hipotecario si la legislación sectorial no lo impidiera), deberá comunicarlo previamente al órgano de contratación, a fin de obtener la oportuna autorización administrativa. Dicha autorización deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de 15 días, y sin ella no se le admitirá en el procedimiento. La autorización tiene carácter reglado y se otorgará siempre que el petionario cumpla los requisitos exigidos al concesionario. Si hubiera finalizado la fase de construcción, o ésta no formara parte del objeto de la concesión, sólo se exigirán al solicitante los requisitos necesarios para llevar a cabo la explotación de la obra.

¿Qué ocurre si la subasta se declara desierta, o no se obtiene la susodicha autorización? A ello responde el art. 257, disponiendo que, en esos casos, la Administración, y siempre que ningún acreedor hipotecario ejerza el derecho que le reconoce el art. 671 de la LEC¹⁶⁰, podrá optar entre: a) el secuestro de la concesión¹⁶¹ o b) la resolución de la misma¹⁶².

Concluye el Capítulo IV con una Sección Cuarta, art. 260, en la que se trata de solucionar uno de los problemas principales en torno a la financiación privada del contrato de concesión de obras públicas: el Orden Jurisdiccional competente para conocer de estas cuestiones.

En efecto, y como expuse en su momento, el reconocimiento de medios de financiación privada al interno de un contrato de concesión público, se enmarca dentro de una más vasta y enmarañada problemática: la adecuada incardinación de figuras típicas del Derecho privado, al interno de sectores característicos del Derecho público. Así ocurre en el presente caso, pues se regulan materias tales como la hipoteca, la emisión de obligaciones, etc. Ello plantea el lógico problema de la eventual superposición de órdenes jurisdiccionales distintos: el Contencioso-Administrativo de un lado, y el Civil de otro. ¿Cuál de los dos es el encargado de resolver las eventuales disputas en torno a estas materias?

Según lo dispuesto en el art. 260 del TRLCAP será el Orden Jurisdiccional Civil quien conozca de las cuestiones litigiosas que se susciten en el marco de la aplicación de

(160) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 8 de enero), cuyo art. 671 establece que, si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, puede al acreedor hipotecario en el plazo de 20 días, pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por ciento de su valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

(161) En caso de secuestro, se dará trámite de audiencia al acreedor hipotecario para ofrecerle la posibilidad de proponer un nuevo concesionario. Si la propuesta no se produjera, o el candidato propuesto no cumpliera los requisitos exigibles conforme a lo establecido en el apartado anterior, se procederá a la licitación de la misma concesión en el menor plazo posible.

(162) En caso de resolución, y previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, se fijará la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el art. 266 de esta Ley.

los preceptos contenidos en el Capítulo IV. Sin embargo, respecto de aquellas actuaciones que, en ejercicio de obligaciones y potestades administrativas se atribuyan a la Administración competente, su conocimiento y solución corresponderá al Orden Contencioso-Administrativo.

Se establece, pues, la regla del reparto de jurisdicción. Una regla que opera a favor del Orden Jurisdiccional Civil, pero que no excluye la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de determinados asuntos. Algo lógico, si se tiene en cuenta que —como ya se ha señalado— coexisten en el ámbito de la financiación privada del contrato de concesión, potestades y prerrogativas públicas junto con formas y figuras de naturaleza privada.

VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, es una Ley de modificación y reforma, mediante la cual se establece un nuevo régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas. Ley que pasa a formar parte de la legislación de contratos, con la inserción de un flamante Título V en el TRLCAP, arts. 220 a 266.

Una Ley cuyos objetivos fundamentales son: a) la puesta al día de la figura, b) la delimitación de sus rasgos esenciales, c) la articulación de un equilibrio mejor entre las partes y, sobre todo, d) conseguir hacer atractiva la obra pública a la inversión privada.

Analizado su articulado, comentadas sus disposiciones adicionales y examinados sus contenidos más relevantes, ¿qué valoración cabe hacer de la Ley 13/2003, de 23 de mayo? Positiva, en términos generales. Ahora bien, eso no la exime de tacha, pues tanto el régimen de financiación, como especialmente la ordenación del sistema de reparto de competencias plantean no pocas dudas e interrogantes.

En efecto, en cuanto a lo primero, es indudable que el legislador ha conseguido definir con más precisión los rasgos del contrato de concesión, así como actualizar sus contenidos. Pero no lo es menos que el régimen de financiación privada plantea evidentes problemas de ajuste con las reglas tradicionales de la contratación pública. En lo que concierne al sistema de distribución de competencias, se debe ser particularmente crítico, pues, del contenido de las disposiciones adicionales de la Ley, resulta un régimen en exceso favorable a la Administración estatal frente a la autonómica y local.

A este respecto, la tesis aquí mantenida es que las disposiciones adicionales competenciales, más que regular y ordenar el sistema de competencias en la materia o establecer instrumentos de coordinación entre ellas —tal y como reza el propio encabezamiento de la Disposición Adicional Segunda—, se transforman en instrumentos normativos tendentes a garantizar la posición de prevalencia del Estado, frente a la de las Comunidades

autónomas y Entidades Locales. Lo que, si bien puede estar plenamente justificado en determinados casos (por ejemplo, ejecución de obras públicas de interés general), no lo está en otros (por ejemplo, urbanismo y ordenación del territorio). El legislador debería haber puesto un mayor empeño en configurar y diseñar instrumentos que propiciasen el acuerdo entre las administraciones llamadas a intervenir en la materia, en lugar de centrarse sobremedida en la tutela de la posición del Estado y de sus competencias. Lo que —como ya ha quedado dicho— es especialmente censurable en aquellos ámbitos que, como el urbanismo y la ordenación del territorio, han pasado a formar parte, casi en exclusiva, de las competencias autonómicas y locales.

En todo caso, poco más de un año de la entrada en vigor de la Ley, es todavía demasiado pronto para realizar una valoración precisa y acabada de la misma, que vaya más allá de lo aquí apuntado. Así pues, habrá que esperar, pacientemente, a que el natural devenir aplicativo de la reforma confirme o desmienta los comentarios contenidos en este trabajo.

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, si bien en algunos casos introduce matices de interés en la aplicación de la jurisprudencia ya consolidada.

2. PRINCIPIOS GENERALES

La jurisprudencia comunitaria se apoya con frecuencia en los principios generales del Derecho para resolver los concretos litigios que se le plantean. La **STPI de 25 de mayo de 2004, en el asunto T-154/01, Distilleria F. Palma SpA**, en liquidación, con domicilio social en Nápoles (Italia), contra la **Comisión de las Comunidades Europeas**, analiza los supuestos incumplimientos de la Comisión en que se funda al recurso de indemnización interpuesto por la citada sociedad en relación con el procedimiento de licitación núm. 8/90 CE para la venta de 1,6 millones de hectolitros de alcohol, repartidos en cinco lotes de 320.000 hectolitros y procedentes de las destilaciones previstas en los artículos 35, 36 y 39 del Reglamento (CEE) núm. 822/87 del Consejo, de 16 de marzo de 1987, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola.

En primer lugar, a juicio de la demandante, la Comisión no tomó en consideración la existencia de un caso de fuerza mayor que exoneraba a Palma de su propio incumplimiento de la obligación de utilizar el alcohol efectivamente adjudicado dentro de un determinado plazo. De ello resulta una vulneración del efecto exoneratorio de los casos de fuerza mayor. En segundo lugar, Palma alega que la Comisión se negó a modificar de

nuevo las condiciones de utilización del alcohol efectivamente vendido, lo que constituye una violación del principio de proporcionalidad. En tercer lugar sostiene que la Comisión no justificó dicha negativa, lo que constituye un incumplimiento de la obligación de motivación que el artículo 253 CE impone a dicha institución.

Para el Tribunal, en lo que se refiere, en primer lugar, a la obligación de la Comisión de tener en cuenta la existencia de un caso de fuerza mayor, debe considerarse que dicha obligación vincula a la Comisión en virtud del contrato. En efecto, esta obligación resulta de las disposiciones contractuales previstas en el artículo 2 del Reglamento núm. 2710/93, así como en el artículo 3 de dicho Reglamento, en su versión modificada por el Reglamento núm. 416/96. Por consiguiente, el presunto incumplimiento de la obligación de tomar en consideración los casos de fuerza mayor forma parte del ámbito contractual y sólo puede generar, en su caso, una responsabilidad contractual de la Comunidad.

En segundo lugar, en cuanto a la presunta obligación de la Comisión de acceder a modificar las condiciones de utilización del alcohol efectivamente vendido, ya que dichas modificaciones vienen exigidas por el principio de proporcionalidad, debe considerarse que, aun suponiendo que exista, tal obligación únicamente puede imponerse a la Comisión en virtud del contrato.

Es cierto que el artículo 5 CE, párrafo tercero, que consagra el principio de proporcionalidad, está destinado a regular todas las formas de actuación de la Comunidad, sean o no contractuales. Sin embargo, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, que es un principio fundamental de todo ordenamiento jurídico (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1998, Racke, C-162/96, Rec. p. I-3655, apartado 49), el contrato celebrado entre la Comisión y Palma es, en principio, intangible. Por lo tanto, la eventual obligación para la Comisión de aceptar alguna de las modificaciones del contrato propuestas por Palma sólo puede derivarse del propio contrato o de los principios generales que rigen las relaciones contractuales, entre los que figura el principio de proporcionalidad. El presunto incumplimiento de esta obligación de modificar el contrato únicamente puede generar, en su caso, una responsabilidad contractual de la Comunidad.

3. FUENTES

Escasas novedades introduce el TJCE en el período de referencia a que se circunscribe este número de la Revista *Justicia Administrativa* pudiéndose, con todo, destacar los siguientes pronunciamientos, si bien en una línea jurisprudencial continuista.

En primer lugar, la STJCE de 22 de junio de 2004, As. C-155/03, *Comisión c. República Francesa*, reitera aquella jurisprudencia según la cual los Estados miembros no pueden

invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento interno para justificar la no adaptación del Derecho interno al comunitario en los plazos señalados en una directiva.

En segundo término, deben citarse dos resoluciones en el mismo sentido dictadas, además, en la misma fecha, a saber: las SSTJCE de 15 de julio de 2004, As. C-139/03 y C-118/03, **Comisión c. República Federal de Alemania** (en ambos casos). Tales pronunciamientos destacan que un Estado miembro no puede, si una disposición del Tratado no lo autoriza de forma expresa, invocar eficazmente la ilegalidad de una decisión de la que es destinatario como motivo de oposición frente a un recurso por incumplimiento basado en la inobservancia de dicha decisión; como tampoco puede invocar la ilegalidad de una directiva cuyo incumplimiento le impute la Comisión.

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se circunscribe la presente crónica el número de sentencias recaídas en asuntos de anulación y de omisión no ha disminuido sino que aumenta progresivamente, asociado todo ello a la frenética actuación de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia; especialmente, en relación con sus sentencias recaídas sobre la elección de la base jurídica de las disposiciones normativas.

Aun dado este gran número de sentencias no han aparecido referencias dignas de destacar sobremanera. Entre otras sentencias hay que recordar el fundamento jurídico vigésimo séptimo de la STJ de 30 de marzo de 2004, asunto C-167/02 P, en el cual el Tribunal de Justicia sostuvo que “el alcance general y, por consiguiente, la naturaleza normativa de un acto no se pone en tela de juicio por la posibilidad de determinar con mayor o menor precisión el número o incluso la identidad de los sujetos de Derecho a los que se aplica en un momento dado, siempre que conste que dicha aplicación se hace en virtud de una situación objetiva de hecho o de Derecho definida por el acto en relación con la finalidad de éste”. Esto conllevó que en su fallo se determinara que los miembros del Parlamento Europeo no se encontraban, en cuanto a los derechos y deberes que caracterizan su estatuto y que invocaban, en una situación específica que permitiera distinguirlos de las demás personas afectadas por el acto impugnado, pues este acto solamente se les aplicaba y les afectaba debido a su pertenencia a una categoría de personas definida de manera general y abstracta, a saber, como miembros, presentes o futuros, del Parlamento Europeo.

El Tribunal de Justicia en el fundamento jurídico quincuagésimo noveno de su sentencia de 23 de marzo de 2004, asunto C-234/02 P, señaló que “mientras que los recursos de anulación y por omisión persiguen declarar la ilegalidad o la falta de adopción de un acto jurídicamente vinculante, el recurso por responsabilidad tiene por objeto la solicitud de reparación de un perjuicio causado por un acto o un comportamiento ilícito imputable a una institución o a un órgano comunitario”. Por su parte el Tribunal de Justicia (Sala

Sexta) en el fundamento jurídico sexagésimo tercero de su sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, determinó que las infracciones del derecho cometidas por la entidad adjudicataria con posterioridad a la adjudicación del contrato, pero que tuvieran por efecto poner en tela de juicio la legalidad del procedimiento de licitación en su conjunto, podrían ser sancionadas si afectan a la situación del adjudicatario o adjudicatarios pues “el artículo 173, párrafo cuarto, del tratado, garantiza una vía de recurso a los particulares afectados directa e individualmente por el acto impugnado”, así como determina que “también sería incompatible con el principio fundamental según el cual, en una comunidad de Derecho, debe garantizarse debidamente el respeto de la legalidad”. Por lo tanto, en este supuesto concreto, la entidad adjudicatoria no podía tras la adjudicación del contrato, y además mediante una decisión cuyo contenido derogaba las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse. Una exigencia de individualización que ha supuesto que el Tribunal de Justicia en el fundamento jurídico trigésimo tercero de su sentencia de 1 de abril de 2004, asunto C-263/02 P, haya afirmado que “no cabría que interponga un recurso de anulación ante el juez comunitario un particular que impugne un acto de alcance general como un reglamento que no le individualice de manera análoga a la de un destinatario aunque quedara demostrado, tras un examen concreto de las normas procesales nacionales por parte de dicho juez, que estas normas no autorizan al particular a interponer un recurso que le permita cuestionar la validez del acto comunitario impugnado. En efecto, tal régimen exigiría que, en cada caso concreto, el juez comunitario examinara e interpretara el Derecho procesal nacional, lo que excedería de su competencia en el marco del control de la legalidad de los actos comunitarios”. Respecto el recurso de omisión, aun siendo una pequeña mención, hay que señalar que el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 19 de febrero de 2004, asuntos acumulados T-297/01 y T-298/01, puso de relieve cómo el artículo 232 se refiere a la omisión consistente en no haber adoptado una decisión o una posición y no a la adopción de un acto diferente del que dicha parte habría deseado o considerado necesario. Para el Tribunal de Justicia el recurso por omisión constituye la vía apropiada para impugnar una discrepancia sobre la cuestión de determinar si, además de la sustitución del acto anulado, la institución también estaba obligada, en virtud del artículo 233 CE, a adoptar otras medidas relativas a otros actos que no habían sido impugnados en el marco del recurso de anulación inicial. Finalmente, cabe destacar cómo el Tribunal de Primera Instancia en el fundamento jurídico quincuagésimo tercero de esta su sentencia de 19 de febrero de 2004 determinó que “un acto que no puede ser objeto de un recurso de anulación puede constituir una adopción de posición que ponga fin a la omisión, si constituye la premisa necesaria para el desarrollo de un procedimiento que debe dar lugar a un acto jurídico que, por su parte, puede ser objeto de recurso de anulación”.

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

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

D) Cuestiones prejudiciales

Durante el excepcional y breve lapso de tiempo transcurrido entre esta crónica y la anterior, no se han verificado cambios significativos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en torno a las materias objeto aquí de estudio.

Ahora bien, ello no resta un ápice de interés a lo que a continuación se reseña, pues se da cumplida noticia de las novedades y variaciones más importantes en la jurisprudencia del Tribunal, a la vez que se abordan contenidos ya clásicos como lo son las causas de admisibilidad.

Al primer grupo pertenecen las SSTJUE de 17 de junio de 2004, *Recheio-Cash & Carry*, As. C-30/02 y de 15 de julio, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'Etang de Berre y de la région*, As. C-213/03.

En la STJUE *Cash & Carry*, una de las partes en el proceso (*Recheio*) solicita la reapertura de la fase oral, basándose en una interpretación “manifiestamente incorrecta” (apartado 11 de la Sentencia) del Derecho portugués por parte del Abogado General en sus conclusiones.

Es cierto que, según el artículo 61 del Reglamento de Procedimiento, a instancia de las partes puede solicitarse la reapertura de la fase oral. Pero no lo es menos, que esta opción procesal no suele ejercerse. En la mayoría de los casos, porque los abogados de las partes son conscientes de lo difícil que es que tal solicitud prospere, pues el Tribunal de Justicia ha hecho, las más de las veces, una interpretación restrictiva de los dos motivos de admisibilidad contemplados en la norma, a saber: a) el considerar que no está suficientemente informado, o b) que el asunto deba dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes. Así ha ocurrido también en este asunto concreto.

El Tribunal de Justicia, sin entrar en el fondo de la solicitud planteada, afirma que ninguno de los dos motivos anteriores comparecen en este caso y que, por consiguiente, debe desestimarse la pretensión formulada.

Sin entrar a valorar lo acertado o no de tal fallo, considero censurable la ausencia de motivación dada por el Tribunal al respecto. Es de todos conocido el colapso procedimental que padece el Tribunal de Justicia, más aun en lo concerniente a la resolución de cuestiones prejudiciales. Sin embargo, ello no justifica la cada vez más extendida práctica procesal del Tribunal de denegar las solicitudes de reapertura de la fase oral del procedimiento sin revelar razón alguna; salvo la genérica alusión a la no-concurrencia de los motivos previstos en el artículo 61 del Reglamento de Procedimiento.

La STJUE, *Syndicat professionnel*, de 15 de julio, supone una novedad en el colmo contexto de las resoluciones prejudiciales: la pertinencia, o no, de la interpretación prejudicial de una norma que todavía no ha entrado en vigor.

El supuesto es ciertamente interesante, pues la cuestión prejudicial versa sobre la interpretación de un precepto (artículo 6.1) del Protocolo Revisado que aún no ha entrado en vigor. Con relación a este extremo, el Gobierno Francés aduce que la cuestión prejudicial resulta impertinente (apartado 26 de la Sentencia), sobre la base, precisamente, de que se está inquiriendo al Tribunal acerca de la concreta interpretación de una norma comunitaria que todavía no está en vigor.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia —después de recordar que el procedimiento prejudicial es un mecanismo de cooperación judicial en el que corresponde al juez nacional decidir acerca tanto de la pertinencia como de la necesidad de pronunciamiento prejudicial (apartado 28 de la Sentencia)—, declara que la cuestión prejudicial es de todo punto procedente, debiendo ser contestada. Y ello, no sólo en razón del argumento de la naturaleza “cooperativa” del procedimiento prejudicial, sino sobre todo porque es previsible que el artículo 6.1 del Protocolo Revisado y sobre el que ahora se interroga al Tribunal, esté en vigor cuando el órgano jurisdiccional interno de casación deba decidir sobre el fondo del asunto.

Así las cosas, nos encontramos ante una suerte de admisibilidad presente con base en una norma de aplicación futura. En mi opinión, esta lógica argumentativa puede resultar correcta en este caso concreto, pues es previsible que el proceso principal concluya en sede de casación y que en dicha sede sea útil contar con la interpretación prejudicial ahora facilitada por el Tribunal Europeo. Sin embargo, esta forma de razonar plantea notables inconvenientes, ya que la admisibilidad de una cuestión prejudicial sobre una norma comunitaria parecería depender, no del momento de su interposición, sino del momento de su más o menos cierta y futura entrada en vigor. De hecho, y siguiendo la lógica aquí utilizada por el Tribunal, serían admisibles un buen número de cuestiones prejudiciales que actualmente vienen siendo inadmitidas con base a su carácter meramente hipotético, o su ausencia de relación con el procedimiento principal por éste o similar motivo.

La STJUE de 8 de julio de 2004, *Gaumanin-Cerri*, As. C-31/02; la STJUE de 15 de julio, *Lenz*, As. C-315/02, y de la misma fecha, la STJUE, *Douwe Egberts*, As. C-239/02, pertenecen al segundo grupo de pronunciamientos prejudiciales al que anteriormente me refería; esto es, a las decisiones prejudiciales referidas a las causas de admisibilidad.

Como es harto conocido por todos, desde la década de los noventa, el Tribunal de Justicia viene reduciendo su permisibilidad inicial en cuanto a la admisión de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales internos. De un lado, porque —en opinión del Tribunal de Justicia— los jueces nacionales deberían tener ya un mejor conocimiento del instrumento prejudicial. De otro, porque se quería descargar de trabajo al saturado Tribunal.

I. Derecho Comunitario

Aquella reducción de la permisibilidad inicial se lleva a cabo mediante la fijación de una serie de motivos, o causas de inadmisión, entre las que se encuentran las siguientes: a) incompetencia manifiesta del propio Tribunal de Justicia; b) el carácter hipotético de la cuestión planteada (litigio no existente o falta absoluta de relación con el objeto de la controversia), c) que aquélla no sea objetivamente necesaria para la resolución del proceso principal y d) la insuficiencia de la motivación de la resolución de remisión. Pues bien, algunas de ellas han sido utilizadas en estas sentencias.

En la *STJUE Gaumanin-Cerri*, el Tribunal de Justicia se limita, simplemente, a recordarnos la naturaleza cooperativa del procedimiento prejudicial y a la que ya antes me he referido. Así en el apartado 15 del fallo encontramos la siguiente declaración:

“Tal como ha subrayado el Tribunal de Justicia en varias ocasiones, el procedimiento previsto en el artículo 234 CE es un instrumento de cooperación entre el propio Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales que le permite suministrarles los elementos de interpretación del Derecho comunitario necesarios para la solución de los litigios de que deben conocer. Por el contrario, no corresponde al Tribunal de Justicia interpretar, en el marco de este procedimiento, el Derecho interno de un Estado miembro y, salvo casos excepcionales, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único que conoce directamente los hechos del asunto y las alegaciones formuladas por las partes, y el que debe asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse, apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de Derecho suscitadas por el litigio de que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial para poder emitir su fallo (...)”

Más interesante resulta, sin duda, la *STJUE Lenz*. Pues aquí sí, el Tribunal de Justicia inadmite la cuestión prejudicial planteada, algo que, pese a lo afirmado con anterioridad, no es habitual. De hecho, no es el Tribunal de Justicia el que argumenta a favor de tal inadmisión, sino que simplemente la declara, adhiriéndose al motivo esgrimido por la propia Sra. Lenz y por la Comisión (apartado 51 de la Sentencia). Motivo que no es otro que el siguiente: la cuestión planteada “(...) carece de relevancia para la solución del litigio principal ya que se refiere a un régimen fiscal que no está en vigor en Austria”.

A este respecto el Tribunal asienta que (apartado 52 de la Sentencia):

“según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema es de naturaleza hipotética (...)”

Añadiendo a continuación que (apartado 53 de la Sentencia):

“(...) las disposiciones a las que se refiere la resolución de remisión no prevén la posibilidad de deducir en Austria el impuesto de sociedades abonado en otro Estado miembro. Al instarle el Tribunal de Justicia a aportar precisiones sobre este extremo, el Gobierno austriaco confirmó que la legislación fiscal vigente en la fecha de los hechos del litigio

principal no permitía identificar una deducción como la indicada por el órgano jurisdiccional remitente, ni siquiera realizando una interpretación amplia de la ley”.

Evidentemente, y en buena lógica, no procede responder a la cuestión planteada.

Es éste un claro ejemplo, del modo de argumentar del Tribunal de Justicia para justificar la inadmisión de una cuestión prejudicial, sobre la base de su falta de relación con el procedimiento principal. Estamos pues, ante una cuestión prejudicial hipotética que deberá ser inadmitida.

Opuesta es la solución a la que llega el Tribunal de Justicia en la Sentencia Douwe Egberts, y en la que se invoca la misma causa de inadmisión: cuestión prejudicial hipotética.

En este asunto, el Gobierno belga, el Parlamento y el Consejo manifiestan algunas dudas en cuanto a la naturaleza del producto “DynaSvelte Café”, lo que podría impedir la aplicabilidad en el presente asunto de la Directiva 1999/4 a interpretar. Por su parte, la Comisión señala que, si este producto no es un producto alimenticio de consumo corriente sino un producto alimenticio destinado a una alimentación especial, no estará comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/13.

Pues bien, en el presente asunto el Tribunal de Justicia inadmite el motivo de inadmisión. Es decir, niega que comparezca la causa de inadmisión fundada en el carácter hipotético de la cuestión planteada. Alega el Tribunal de Justicia, una vez más, que la naturaleza del producto del que podría depender la aplicación de la norma comunitaria cuya interpretación se solicita, es un extremo que corresponde resolver al órgano jurisdiccional interno (apartado 19 de la Sentencia). Y siendo ello verdad, la solución a la que arriba el Tribunal de Justicia no es otra que la declaración de procedencia y admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada.

Poco más cabe decir en torno a los pronunciamientos prejudiciales del Tribunal de Justicia. Salvo quizá, que en la **STJUE de 15 de julio de 2004, Di Lenardo, As. ac., C-37/02 y C-38/92**, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de resolver una cuestión prejudicial de validez; algo no demasiado frecuente.

En concreto, y mediante sendas resoluciones de 16 de enero de 2002, recibidas en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 13 de febrero siguiente, el *Tribunale amministrativo regionale per il Veneto* planteó, con arreglo al artículo 234 CE, cuatro cuestiones prejudiciales sobre la validez de los artículos 1, 3, 4, 5, 6 y 31 del Reglamento (CE) núm. 896/2001 de la Comisión, de 7 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 404/93 del Consejo en lo relativo al régimen de importación de plátanos en la Comunidad.

La respuesta del Tribunal de Justicia ha sido la acostumbrada en los casos en los que se le interroga acerca de la validez de una prescripción comunitaria: “El examen de las cuestiones prejudiciales no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez (...)”.

Obvio comentar las razones de fondo en las que se basa el Tribunal para llegar a esta conclusión, pues a buen seguro serán objeto de estudio en otras secciones de esta Revista. Baste decir ahora que sea como fuere son contadas las ocasiones en las que el Tribunal de Justicia, ante una cuestión prejudicial sobre la validez, declara la invalidez del precepto o preceptos controvertidos. A veces, y sin ser éste el caso, con base en una más que discutible argumentación jurídica. Dato este último sobre el que merecería la pena reflexionar.

E) Medidas cautelares

Nada nuevo se vislumbra en el apacible horizonte de la jurisprudencia comunitaria en torno a esta materia. Ni una sola de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia durante este período alude a este tópico.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

Antes de comenzar con el comentario jurisprudencial propiamente dicho, debemos hacer mención nuevamente al Proyecto de Constitución Europea. En este lento proceso, hemos de dar cuenta de las modificaciones añadidas al Proyecto inicialmente presentado por la Convención que han tenido lugar muy recientemente en la Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno que tuvo lugar en Bruselas los días 17 y 18 de junio de 2004, en la que fueron aprobados los textos modificados de la Constitución Europea que constituyen el resultado de la Conferencia Intergubernamental. No obstante, advertimos igualmente que en ninguno de los apartados objeto de nuestro análisis (libre circulación de mercancías, libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento) se ha producido cambio alguno, por lo que se mantiene el tenor del texto adoptado por la Convención.

Volviendo al tema de la libre circulación de mercancías señalamos nuevamente que esta materia se relega en el Proyecto de Constitución a la Sección Tercera (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 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-36 a III-44 del Proyecto de Constitución. Consideramos por ello conveniente continuar realizando doble remisión (que se indicará entre paréntesis) que permita al lector, cuando analicemos alguna Sentencia, localizar el artículo enjuiciado en el nuevo Proyecto de Constitución Europea (que abreviaremos como PCE, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

Para facilitar esta tarea, e ir acostumbrando al lector a la doble cita de artículos ofrecemos una tabla orientativa de las equivalencias entre el texto del actual TCE y el PCE:

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Proyecto de Constitución Europea (PCE)
Art. 23 TCE (ex art. 9)	Art. III-36 PCE
Art. 24 TCE (ex art. 10)	Art. III-37 PCE
Art. 25 TCE (ex art. 12)	Art. III-38 PCE
Art. 26 TCE (ex art. 28)	Art. III-39 PCE
Art. 27 TCE (ex art. 29)	Art. III-40 PCE
Art. 135 TCE (ex art. 116)	Art. III-41 PCE
Art. 28 TCE (ex art. 30)	Art. III-42 PCE
Art. 30 TCE (ex art. 36)	Art. III-43 PCE
Art. 31 TCE (ex art. 37)	Art. III-44 PCE

En el período objeto de análisis (mayo a julio de 2004) tan sólo se han dictado dos sentencias en esta materia. La primera de ellas la **STJCE (Sala Quinta) de 17 de junio de 2004, As. C-255/03, Comisión contra Bélgica**, declaró el incumplimiento del artículo 28 TCE por parte de Bélgica, al haber adoptado y mantenido en vigor una normativa que concede la “etiqueta de calidad valona” a unos productos acabados de una calidad determinada fabricados o transformados en Valonia. Esta etiqueta era una “marca colectiva determinada por el Ejecutivo regional valón, que acredita que un producto fabricado o transformado en Valonia posee un conjunto distinto de cualidades y características concretas previamente fijadas y que determinan un nivel de calidad”. La Comisión informó a Bélgica que consideraba que la etiqueta de calidad valona era contraria al artículo 30 del TCE (actual artículo 28), en la medida en que, entre los requisitos para la obtención de la etiqueta, figura la obligación de transformación o de fabricación en Valonia, siendo así que las exigencias que dan acceso a una denominación de calidad deben referirse exclusivamente a las características intrínsecas del producto, con exclusión de cualquier referencia a su origen geográfico.

Para el Tribunal, según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y que los cambios producidos posteriormente no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia (Sentencia de 16 de enero de 2003, Comisión/Bélgica, C-122/02, Rec. p. I-833). Dicha etiqueta pone de manifiesto en esencia que el producto sobre el cual aparece fue fabricado en Valonia y tiene determinadas características. Sostiene que las referidas disposiciones nacionales pueden afectar a la libre circulación de mercancías en la medida en que favorecen la comercialización de las mercancías de origen nacional en detrimento de las mercancías importantes. Por consiguiente, constituyen una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación contraria al artículo 28 TCE.

La segunda de las sentencias a las que haremos referencia es la **STJCE (Sala Segunda) de 8 de julio de 2004, As. C-166/03, Comisión contra República Francesa**, en la que se enjuiciaba la comercialización de objetos fabricados con metales preciosos bajo las deno-

minaciones “oro” y “aleación de oro”, al haber reservado Francia la denominación “oro” a los objetos con una ley de 750 milésimas, mientras que los objetos que tengan una ley de 375 o de 585 milésimas deben llevar la denominación “aleación de oro”. Para el TJCE, cualquier medida que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, efectiva o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas y, por este motivo, prohibida por el artículo 28 TCE (Sentencias de 11 de julio de 1974, Dassonville, 8/74, Rec. p. 837, y de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Rec. p. I-0000).

Los objetos que contienen oro de una ley de 375 o de 585 milésimas se comercializan legalmente bajo la denominación “oro” en algunos Estados miembros distintos de Francia. Consta que la denominación “aleación de oro” resulta menos atractiva para los consumidores que la denominación “oro”. En estas circunstancias, puede obstaculizar el comercio intracomunitario la obligación de vender tales objetos con la denominación “aleación de oro”, impuesta por la normativa francesa, siendo así que, en sus países de origen, dichos objetos se comercializan con la denominación “oro”. De ello el Tribunal considera que la legislación francesa sobre pureza del oro debe considerarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación a efectos del artículo 28 TCE, sin que sea necesario presentar la prueba de que ha producido un efecto sensible sobre los intercambios intracomunitarios.

El Tribunal recuerda que, según la jurisprudencia, una normativa nacional, adoptada a falta de normas comunes o armonizadas y aplicable indistintamente a los productos nacionales y a los importados de otros Estados miembros, puede ser compatible con el Tratado en la medida en que sea necesaria para satisfacer exigencias imperativas relativas, especialmente, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores, siempre que sea proporcionada al objetivo perseguido y que este objetivo no haya podido lograrse aplicando medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios (véase la sentencia de 5 de diciembre de 2000, Guimont, C-448/98, Rec. p. I-10663).

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

Con carácter previo y como ya hiciéramos en los números anteriores de esta Revista advertimos al lector que el Proyecto de Constitución Europea relega la libre prestación de servicios la Subsección 3ª (llamada precisamente “Libertad de prestación de servicios”) de la Sección 2 (“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 Proyecto de Constitución. Consideramos por ello conveniente empezar a hacer una doble remisión (que se indicará entre paréntesis) que permita al lector, cuando analicemos alguna Sentencia, localizar el artículo enjuiciado en el nuevo Proyecto de Constitución Europea (que abreviaremos como PCE, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

Por ello, para facilitar esta tarea, e ir acostumbrando al lector a la doble cita de Artículos ofrecemos una tabla orientativa de las equivalencias entre el texto del actual TCE y el PCE:

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Proyecto de Constitución Europea (PCE)
Art. 49 TCE (ex art. 59)	Art. III-29 PCE
Art. 50 TCE (ex art. 60)	Art. III-30 PCE
Art. 51 TCE (ex art. 61)	Art. III-31 PCE
Art. 52 TCE (ex art. 63)	Art. III-32 PCE
Art. 53 TCE (ex art. 64)	Art. III-33 PCE
Art. 54 TCE (ex art. 65)	Art. III-34 PCE
Art. 55 TCE (ex art. 66)	Art. III-35 PCE

En el período analizado (mayo a julio de 2004) tan sólo se han dictado otras dos sentencias sobre este tema. La primera de ellas, no obstante se trata de una sentencia de especial interés, la **STJCE (Gran Sala) de 13 de julio de 2004, As. C-429/02**, en la que se decide una cuestión prejudicial entre la empresa de bebidas alcohólicas Bacardi y la emisora *Télévision française 1 SA (TF1)*. En esta sentencia se analiza la Directiva 89/552/CEE sobre Televisión sin fronteras y el problema que plantea una medida nacional que prohíbe la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas comercializadas en este Estado, en la medida en que afecta a la publicidad televisiva indirecta resultante de la aparición en pantalla de vallas visibles durante la retransmisión de determinados acontecimientos deportivos.

La Directiva 89/552 persigue suprimir las restricciones a la libre prestación de los servicios de emisión de programas de televisión. Para ello, sienta el principio de la libertad de recepción y de difusión de emisiones transfronterizas y coordina las leyes aplicables a éstas en los distintos Estados miembros en ámbitos como el de la publicidad televisiva. Según el sistema que establece esta Directiva, corresponde al Estado miembro de origen regular y controlar las emisiones transfronterizas, respetando las reglas mínimas que impone. En cambio, en los ámbitos coordinados por la Directiva, los Estados miembros de destino en principio ya no son competentes. El concepto de “publicidad televisiva” se define en el artículo 1.b) de la Directiva 89/552 como “cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, la prestación de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”.

La Ley francesa núm. 91-32, de 10 de enero de 1991, relativa a la lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo, “Ley Évini”, modificó el Código francés sobre venta de bebidas, limitando la publicidad de determinadas bebidas alcohólicas, a saber, las bebidas con un contenido

alcohólico superior a 1,2°. Según estas disposiciones, está prohibida la publicidad televisiva directa o indirecta de bebidas alcohólicas. Por el contrario, otras formas de publicidad están autorizadas por la normativa francesa. Así, por ejemplo, se permite hacer publicidad de bebidas alcohólicas en la prensa escrita, en la radio (salvo a determinadas horas) o en carteles y rótulos, incluidas las vallas publicitarias colocadas en instalaciones deportivas.

Las autoridades francesas, a saber, y las cadenas de televisión francesas elaboraron un Código de buena conducta (no normativo), en el que se interpretaban las normas de la Ley Évin en relación con su aplicación a la difusión por televisión de acontecimientos deportivos que tengan lugar en el extranjero (es decir, de transmisiones en directo o de retransmisiones), durante los cuales sea visible publicidad de bebidas alcohólicas, por ejemplo, en vallas publicitarias o en las camisetas de los deportistas, y que, por consiguiente, puedan contener publicidad televisiva indirecta de bebidas alcohólicas en el sentido de la citada Ley.

Para el Tribunal:

“1) El artículo 2, apartado 2, párrafo primero, primera frase, de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, no se opone a que un Estado miembro prohíba la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas comercializadas en este Estado, en la medida en que afecta a la publicidad televisiva indirecta resultante de la aparición en pantalla de vallas visibles durante la retransmisión de acontecimientos deportivos binacionales que tengan lugar en el territorio de otros Estados miembros.

Esta publicidad televisiva indirecta no debe calificarse de ‘publicidad televisiva’ en el sentido de los artículos 1.b), 10 y 11 de la citada Directiva.

2) El artículo 59 TCE (actual artículo 49 TCE) no se opone a que un Estado miembro prohíba la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas comercializadas en este Estado, en la medida en que afecta a la publicidad televisiva indirecta resultante de la aparición en pantalla de vallas visibles durante la retransmisión de acontecimientos deportivos binacionales que tengan lugar en el territorio de otros Estados miembros.”

La segunda de las sentencias a las que hemos de hacer referencia trata sobre la misma normativa que la Sentencia anterior. Se trata de la **STJCE (Gran Sala) de 13 de julio de 2004, As. C-262/02, Comisión contra República Francesa**. El TJCE desestimó nuevamente el recurso presentado. La Comisión alegaba un motivo único, basado en la incompatibilidad con el artículo 59 del TCE de la normativa francesa que prohíbe la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas comercializadas en Francia, en la medida en que afecta a la publicidad televisiva indirecta derivada de la aparición en pantalla de vallas visibles durante la retransmisión de acontecimientos deportivos binacionales que tengan lugar en el territorio de otros Estados miembros.

Para el Tribunal, el artículo 59 TCE exige la supresión de 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 u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (las sentencias de 25 de julio de 1991, *Säger*, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 12, y de 3 de octubre de 2000, *Corsten*, C-58/98, Rec. p. I-7919). Por otra parte, la libertad de prestación de servicios beneficia tanto al prestador como al destinatario de los servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone*, asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377).

No obstante, cuando no existen medidas comunitarias de armonización, la libre prestación de servicios puede verse limitada por normativas nacionales que estén justificadas por las razones mencionadas en el artículo 56.1 TCE, en relación con el artículo 66 de éste, o por razones imperiosas de interés general (Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli* y otros, C-243/01, Rec. p. I-0000). En tales circunstancias, corresponde a los Estados miembros decidir en qué nivel pretenden asegurar la protección de la salud pública y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Ahora bien, sólo pueden hacerlo dentro de los límites trazados por el Tratado y, en concreto, respetando el principio de proporcionalidad (Sentencia de 25 de julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia*, asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151), que exige que las medidas adoptadas sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (Sentencias *Säger*, antes citada, de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453; *Corsten*, antes citada, y de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec. p. I-607).

El régimen francés de publicidad televisiva persigue un objetivo de protección de la salud pública en el sentido del artículo 56.1 TCE. En efecto, las medidas que limitan las posibilidades de hacer publicidad de bebidas alcohólicas, como medio de combatir el alcoholismo, responden a las preocupaciones de la salud pública (sentencias de 10 de julio de 1980, *Comisión/Francia*, 152/78, Rec. p. 2299, y de 8 de marzo de 2001, *Gourmet International Products*, C-405/98, Rec. p. I-1795).

Para el Tribunal, el régimen francés de publicidad televisiva es adecuado para garantizar la realización del objetivo de protección de la salud pública que persigue. Por otra parte, no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. En efecto, este régimen limita las situaciones en que pueden verse en televisión vallas publicitarias que anuncien bebidas alcohólicas y, por tanto, puede restringir la difusión de estos mensajes, reduciendo así las ocasiones en las que los telespectadores podrían verse incitados a consumir bebidas alcohólicas.

b) Libertad de establecimiento

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

Tratado de la Comunidad Europea	Proyecto de Constitución Europea
Art. 43 TCE (ex art. 52)	Art. III-22 PCE
Art. 44 TCE (ex art. 54)	Art. III-23 PCE
Art. 45 TCE (ex art. 55)	Art. III-24 PCE
Art. 46 TCE (ex art. 56)	Art. III-25 PCE
Art. 47 TCE (ex art. 57)	Art. III-26 PCE
Art. 48 TCE (ex art. 58)	Art. III-27 PCE
Novedad del PCE	Art. III-28 PCE

No se ha producido jurisprudencia sobre este tema en el período analizado (mayo a julio de 2004).

C) Libre circulación de trabajadores

a) Contenido jurídico: Igualdad de trato

En el período objeto de análisis se han dictado dos sentencias en relación con el contenido jurídico de la libre circulación de personas, en su aspecto de igualdad de trato. Dichas sentencias se han dictado en el marco de sendos procedimientos prejudiciales, versando la primera de ellas sobre reconocimiento de títulos y la segunda sobre el impuesto sobre la renta.

Así, en primer lugar, la **STJCE de 29 de abril de 2004, Beuttenmüller, As. C-102/02**, trata de determinar si un nacional de un Estado miembro que dispone de una capacitación para el acceso a la profesión docente, obtenida en su Estado miembro de origen sobre la base de una formación de dos años puede invocar directamente las disposiciones de la Directiva 89/48 o de la Directiva 92/51 con objeto de que la autoridad competente del Estado miembro de acogida le reconozca el derecho a ejercer la docencia en las escuelas de este Estado en las mismas condiciones que los nacionales de éste. Mediante esta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 89/48 debe interpretarse en el sentido de que la capacitación para la profesión docente obtenida en Austria sobre la base de una formación de dos años es equiparable a un título en el sentido del párrafo primero de la misma disposición, si las autoridades competentes de dicho Estado miembro certifican que el diploma obtenido tras una formación de dos años se considera equivalente al diploma concedido en la actualidad tras estudios de una duración de tres años y confiere, en dicho Estado miembro, los mismos derechos por lo que respecta al acceso a la profesión docente o a su ejercicio. Pues bien, en relación con ello el Tribunal de Justicia responde que:

Esta interpretación del artículo 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 89/48, que resulta directamente del tenor literal de esta disposición, queda por lo demás corroborada por el “Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de aplicación del sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior –realizado de con-

formidad con el artículo 13 de la Directiva 89/48/CEE [COM(96) 46 final]”, presentado por la Comisión el 15 de febrero de 1996. Según el punto III, inciso v), de este Informe, el artículo 1, letra a), párrafo segundo de dicha Directiva se introdujo con objeto de tener en cuenta a las personas que no han completado un ciclo de estudios superiores de tres años, pero que poseen una capacitación que les confiere los mismos derechos profesionales que si hubieran realizado dicho ciclo. De este mismo punto III, inciso vi), se desprende que tales situaciones existen en varios Estados miembros. Se desprende, además, que esta disposición se aplica también cuando, en un Estado miembro, un ciclo de formación no incluido en el ámbito de aplicación de dicho artículo 1, letra a), párrafo primero, es reemplazado por un ciclo de formación sancionado por un título en el sentido de este párrafo, siempre que la legislación nacional reconozca expresamente que la antigua formación era de un nivel equivalente al de la nueva formación y confiera a los poseedores de los antiguos títulos los mismos derechos de acceso o de ejercicio de la profesión en cuestión que aquéllos de que gozan los poseedores de los nuevos títulos (apartado 42).

Por otro lado, la legislación nacional aplicable al caso supedita el reconocimiento de una capacitación para la profesión docente al requisito de que la formación adquirida en otro Estado miembro comprenda al menos dos de las materias exigidas en el Estado miembro de acogida, aun cuando el solicitante sólo desee enseñar una materia comprendida en su formación. Pues bien, el Tribunal de Justicia declara (apartado 53) que este requisito puede impedir a un gran número de nacionales comunitarios acceder a la profesión docente en el Estado miembro de acogida de que se trata, aunque dispongan de la capacitación necesaria para ejercer esa profesión en su Estado miembro de origen. Además, viene a exigir que la formación obtenida en un Estado miembro distinto del de acogida sea análoga o comparable a la impartida en éste, lo que resulta manifiestamente contrario al sistema de reconocimiento de títulos establecido por la Directiva 89/48 y al claro tenor literal de su artículo 3, letra a).

Por otro lado, la STJCE de 1 de julio de 2004, Wallentin, As. C-1963/03, que recoge jurisprudencia anterior, declara que el artículo 39 CE se opone a que la legislación de un Estado miembro disponga que las personas físicas que no tengan su domicilio fiscal en ese Estado miembro, pero que perciban allí rendimientos del trabajo, (1) tributen mediante una retención en la fuente configurada de tal modo que excluya la concesión de la reducción general o de cualesquiera otras reducciones o deducciones vinculadas a la situación personal del contribuyente, (2) pese a que los contribuyentes domiciliados en ese mismo Estado tienen derecho a tales reducciones o deducciones en la tributación general de los ingresos que hayan percibido en ese mismo Estado y en el extranjero, (3) cuando los no residentes en el Estado de imposición sólo hayan percibido en su propio Estado de residencia ingresos que, por su naturaleza, están exentos del impuesto sobre la renta.

b) Límites

Como es sabido, la libre circulación de trabajadores puede verse limitada por razones de orden público, seguridad y salud pública (artículo 39.3 CE). Pues bien, en el período exa-

I. Derecho Comunitario

minado el Tribunal de Justicia ha dictado la STJCE de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos, As. ac. C-482/01 y C-493/01, donde se analizan ciertos aspectos de este límite a la libre circulación de personas en relación con la expulsión de ciudadanos comunitarios que han residido durante muchos años en el Estado de acogida con su familia, habiendo estado las órdenes de expulsión motivadas por la comisión de hechos delictivos.

La sentencia resuelve los asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, que tienen por objeto sendas cuestiones prejudiciales dirigidas al Tribunal de Justicia. En el primero de los asuntos citados, mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la limitación de la libre circulación, impuesta a un ciudadano comunitario que lleva muchos años residiendo en el Estado miembro de acogida, es conforme al Derecho comunitario cuando, a la vista de su comportamiento personal, está justificada la expectativa de que vuelva a delinquir y si no cabe esperar razonablemente que el cónyuge de dicho ciudadano comunitario y sus hijos puedan vivir en el Estado de origen del mismo. Para resolver esta cuestión, el Tribunal de Justicia subraya la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad. Y así, señala que (apartado 99):

“Para apreciar si la injerencia considerada es proporcionada con el fin legítimo que se persigue, en este caso la protección del orden público, hay que tener en cuenta en particular la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el interesado, la duración de sus estancia en el Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde que se cometió la infracción, la situación familiar del interesado y la gravedad de las dificultades que pueden atravesar el cónyuge del interesado y, en su caso, los hijos de ambos, en el país de origen de éste.”

Habida cuenta de este razonamiento, el Tribunal de Justicia concluye que el artículo 39 CE y la Directiva 64/221 no se oponen a la expulsión de un nacional de un Estado miembro que haya sido condenado a una determinada pena por ciertos delitos y que, por una parte, constituye una amenaza actual para el orden público y, por otra, ha residido durante muchos años en el Estado miembro de acogida y puede alegar circunstancias de carácter familiar contra dicha expulsión, siempre que la apreciación efectuada caso a caso por las autoridades nacionales acerca de dónde se sitúa el justo equilibrio entre los intereses legítimos en presencia se haga dentro del respeto a los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, teniendo debidamente en cuenta el respeto a los derechos fundamentales, como la protección de la vida familiar.

Por otro lado, en relación con este mismo asunto, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 64/221 se opone a una disposición de un Estado miembro que no contempla ni recurso administrativo ni contencioso-administrativo, que impliquen también un examen de la oportunidad, contra una decisión de expulsión de un nacional de otro Estado miembro adoptada por una autoridad administrativa, cuando no se haya establecido ninguna autoridad independiente de ésta.

Por su parte, el asunto C-493/01 versa sobre la orden de expulsión de un ciudadano italiano que ha residido durante toda su vida en Alemania y que ha cometido numerosos delitos. Además, se da la circunstancia de que este ciudadano italiano es toxicómano y ha

contraído el virus del sida. Pues bien, mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si los artículos 39 CE, apartado 3, y 3 de la Directiva 64/221 se oponen a una normativa nacional que obliga a las autoridades competentes a expulsar a los nacionales de otros Estados miembros que hayan sido condenados a determinadas penas por ciertos delitos. El Tribunal de Justicia observa que, en tales circunstancias, la expulsión del territorio se dicta de forma automática a raíz de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público, lo que vulnera el Derecho comunitario. Como se desprende de la STJCE de 19 de enero de 1999, Calfa, apartados 22 a 24, el Tribunal de Justicia declara que “si bien un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes, la excepción de orden público debe, sin embargo, interpretarse de forma restrictiva, de manera que la existencia de una condena penal sólo puede justificar una expulsión en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público”.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 3 de la Directiva 64/221 se opone a una práctica nacional conforme a la cual se considera que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no tienen que tener en cuenta, al examinar la legalidad de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, ni los hechos alegados ni una evolución positiva de dicho ciudadano, posteriores a la última resolución administrativa. En el supuesto, con posterioridad a la orden de expulsión, el servicio médico del centro penitenciario donde cumplía la condena el interesado hizo saber que el mismo se encontraba gravemente enfermo y que pronto debería fallecer como consecuencia de su enfermedad. Pues bien, para resolver esta cuestión, el Tribunal de Justicia parte de que en la práctica, no puede excluirse la posibilidad de que entre la fecha de la resolución de expulsión, por una parte, y la de su examen por el órgano jurisdiccional competente, por otra, surjan circunstancias que impliquen la desaparición o una considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona que haya sido objeto de una resolución de expulsión. En este sentido, el Tribunal de Justicia resalta que las excepciones al principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse de forma restrictiva, de forma que el requisito de la existencia de una amenaza actual debe concurrir, en principio, en el momento en que se produce la expulsión (apartado 79). Por ello concluye que una práctica nacional como la descrita en la resolución de remisión puede vulnerar el derecho a la libre circulación de que gozan los nacionales de los Estados miembros y, en particular, su derecho a no ser objeto de medidas de expulsión sino en los casos extremos previstos en la Directiva 64/221. Esta afirmación —añade el Tribunal de Justicia— vale muy especialmente cuando haya transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de la resolución de expulsión del interesado, por una parte, y la del examen de dicha resolución por el órgano jurisdiccional competente, por otra (apartado 81).

D) Libre circulación de capitales

Durante el período analizado no se ha producido jurisprudencia de interés 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 CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

Sumario:

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de amparo. a) Agotamiento de los recursos [art. 44.1.a) LOTC] en materia de nulidad de elecciones sindicales. b) Sólo se debe apreciar falta de agotamiento, ex art. 44.1.a) LOTC, cuando exista error judicial que declare improcedencia del recurso. c) La notificación es determinante para el cómputo de plazos en amparo (art. 44.2 LOTC). d) Excepción al carácter esencialmente subjetivo del amparo por interposición de recurso de acogedores de una menor sin representación legal. e) Extensión del amparo a las personas jurídico-públicas. f) Concesión de amparo por inaplicación de norma legal sin previo planteamiento de cuestión prejudicial apartándose de la interpretación jurisprudencial previa. g) El amparo electoral del artículo 49 LOREG es inconstitucional pues vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías. B) Conflictos competenciales. a) Desaparición del objeto de conflicto con posterioridad a la controversia competencial. C) Cuestión de inconstitucionalidad. a) Juicio de relevancia y norma que no se encuentra ya en vigor (sucesión de normas). b) Actuación *ultra vires* del ejecutivo en el ejercicio de una delegación legislativa. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Garantía de la autonomía local mediante cuestiones de inconstitucionalidad: competencias en materia de urbanismo de interés estrictamente municipal. B) Subvenciones en materia de comercio interior. C) Actividades prestacionales autonómicas en materia sanitaria: precios de referencia en productos farmacéuticos. D) Igualdad en las condiciones básicas de acceso a las prestaciones sanitarias: tres concepciones radicalmente distintas.

1. INTRODUCCIÓN

En este período debe destacarse como pronunciamiento singular el contenido en la STC 58/2004, de 19 de abril, en el que no sólo se reconoce legitimación activa a la Administración para recurrir en amparo la inaplicación de una norma legal por ser considerada

contraria al Derecho comunitario sin planteamiento previo de cuestión de inconstitucionalidad, ni de cuestión prejudicial, sino la concesión del propio amparo por infracción de los derechos del recurrente al haber inaplicado una norma legal autonómica apartándose de la doctrina jurisprudencial (española y europea) en la interpretación del derecho comunitario sin el previo planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Desde el punto de vista de las controversias competenciales sólo merece la pena destacar la ausencia de unanimidad en el Tribunal respecto a la comprensión y alcance de la cláusula de igualdad de todos los ciudadanos en el Estado Autonómico.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Agotamiento de los recursos [artículo 44.1.a) LOTC] en materia de nulidad de elecciones sindicales

Durante este período el TC ha emitido una serie de Sentencias referidas a amparos contra Sentencias de juzgados sociales que declaran nulas elecciones sindicales: SSTC 60/2004, de 19 de abril; 64/2004, de 19 de abril; 66/2004, de 19 de abril, y 103/2004, de 2 de junio, entre otras. Refiriéndonos a esta última, dictada por la Sala Segunda, el TC, en su FJ 2º, reitera su jurisprudencia en el sentido de que los defectos insubsanables del recurso de amparo no quedan automáticamente subsanados por la admisión a trámite del mismo, siendo uno de ellos el que deviene de la exigencia de agotar todos los recursos utilizables en vía ordinaria. Sin embargo, en esos casos, y en el que nos ocupa, la causa de inadmisión debe de ser rechazada pues la Sentencia del Juzgado de lo Social no es susceptible de recurso alguno de conformidad con lo previsto en el art. 132.1.b) de la Ley de Procedimiento laboral, aprobado su texto refundido por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. En consecuencia, ante la inexistencia de un recurso en la vía judicial a través del cual obtener la reparación del derecho fundamental que se entiende vulnerado, no cabe apreciar la infracción del principio de subsidiariedad del amparo denunciado.

b) Sólo se debe apreciar falta de agotamiento, ex artículo 44.1.a) LOTC, cuando exista error judicial que declare improcedencia del recurso

En la STC 79/2004, de 5 de mayo, Sala Segunda, el TC estima amparo contra Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia y despeja óbice procesal, en su FJ 2º, al determinar acerca de que el recurrente no interpuso en su día recurso de apelación, lo que obliga al TC a examinar si el recurso era razonablemente exigible, es decir, pertinente sin necesidad de complejos análisis jurídicos, como ha manifestado reiteradamente en su Jurisprudencia. Doctrina que se consolida en caso de que se derive la falta de agotamiento por error judicial en la indicación o advertencia del recurso utilizable, lo que exime de la imputación de negligencia o pasividad al hipotético recurrente. En el

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

presente caso, el Tribunal competente incurrió en error, manifestando la improcedencia de dicho recurso, lo que unido a que el tenor del art. 81 LJCA exige una interpretación en conjunción con otros preceptos de la misma norma, conduce al TC, de acuerdo con el principio *pro actione* a la inadmisión de la falta de agotamiento.

c) La notificación es determinante para el cómputo de plazos en amparo (artículo 44.2 LOTC)

En la **STC 69/2004, de 19 de abril**, Sala Segunda, se inadmite amparo por extemporaneidad contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo. Para el TC, en su FJ 2º, se observa esta tacha procesal pues se notificó la Sentencia recurrida al representante procesal, que es el plazo a computar, con independencia de que se haya realizado la notificación personal. El hecho de la admisión a trámite (FJ 3º) no impide que el TC pueda comprobar posteriormente los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción, presupuestos que pueden reabordarse o reconsiderarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el art. 53 LOTC.

d) Excepción al carácter esencialmente subjetivo del amparo por interposición de recurso de acogedores de una menor sin representación legal

En la **STC 71/2004, de 19 de abril**, Sala Segunda, se estima parcialmente amparo contra Auto que ordenó cesación de acogimiento de una menor. En este caso se plantea el óbice procesal de que los acogedores no están legitimados para interponer amparo, pues la representación legal la tiene la madre biológica por decisión judicial firme, salvo en lo determinante a la tutela judicial, pero no en lo relativo a la vulneración de los derechos de la menor, pues ha de entenderse que el amparo es interpuesto por los acogedores en nombre propio y no como acogedores de la niña. Bien es verdad que los recurrentes no encabezan la demanda en nombre de la menor, pero ello no es óbice para plantear un problema de disociación entre legitimación y titularidad del derecho fundamental. Evidentemente, es un supuesto que genera una muy singular excepción a la regla del carácter subjetivo del recurso, pues los derechos en juego, son, indiscutiblemente, de la menor (integridad física y moral y derecho de la menor a ser oída en el proceso). El TC apuesta, en su FJ 2º, por establecer un carácter indiferenciable entre el interés de los acogedores del interés del menor por cuya guardia y custodia litigan, por lo que hay que entender que es indiferente que los derechos aducidos correspondan a los recurrentes (tutela judicial en la medida de que han sido parte en el proceso judicial previo) o a la menor (integridad física y moral) a los efectos de ser valorados por el TC, sin que el ámbito de la legitimación para recurrir lo impida.

e) Extensión del amparo a las personas jurídico-públicas

En la importante **STC 58/2004, de 19 de abril**, Sala Segunda, se otorga amparo promovido por la Generalidad de Cataluña contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que deja inaplicada ley autonómica

vigente y no plantea cuestión de inconstitucionalidad ni cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (tasa fiscal sobre juego). En el FJ 5º se plantea si la recurrente en amparo en cuanto administración pública que impetra el auxilio de la jurisdicción constitucional en defensa de un acto dictado en ejercicio de sus potestades administrativas, carece del derecho a la tutela judicial en toda su extensión, conforme a la reiterada doctrina del TC, al poseer únicamente las facultades inherentes a la condición de parte en el proceso contenidas en el art. 24 CE. Para el TC, el acto administrativo anulado se produce por una Sentencia que inaplica la norma autonómica y estatal que daban cobertura a dicho acto de la Administración autonómica, por lo que está en juego la protección de principios básicos del sistema democrático cual es la dignidad de las leyes aprobadas en un parlamento, tanto estatal como autonómico, en la medida de que han sido inaplicadas por un tribunal ordinario sin acudir al proceso establecido al efecto, por lo que legitima activamente a la Administración recurrente para impetrar la defensa de su limitado derecho a la tutela judicial efectiva, así como la defensa de su derecho a un proceso con todas las garantías.

f) Concesión de amparo por inaplicación de norma legal sin previo planteamiento de cuestión prejudicial apartándose de la interpretación jurisprudencial previa

En la misma **STC 58/2004**, por primera vez, se concede el amparo como consecuencia de la negativa del órgano jurisdiccional al planteamiento de una cuestión prejudicial antes de proceder a la inaplicación de una norma legal cuando ello supone apartarse de la interpretación realizada tanto en las instancias jurisdiccionales nacionales, como europeas. En tal sentido el FJ 9º declara con claridad que “debe apreciarse en este caso la lesión del derecho de la Administración demandante de amparo a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Y ello porque, (...), la decisión de inaplicar el Derecho interno (la Ley 5/1990) por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario (el art. 33 de la sexta Directiva) sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, antiguo art. 177 TCEE), adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias–, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, pues esta otra preterición del sistema de fuentes era absolutamente imprevisible para la demandante de amparo”.

g) El amparo electoral del artículo 49 LOREG es inconstitucional pues vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías

En la **STC 99/2004**, de 27 de mayo, Sala Primera, se desestima amparo electoral promovido por la agrupación de electores HZ frente a Sentencias de la “Sala del 61” del TS en aplicación de la Ley de Partidos Políticos que anularon su candidatura a las elecciones al Parlamento Europeo. El demandante de amparo plantea que la brevedad de plazos de am-

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

paro electoral contenido en el art. 49 LOREG vulnera, entre otros, el principio de igualdad de armas que debe presidir un proceso equitativo. El TC en el FJ 5º hace un recordatorio de la doctrina constitucional a fin de desestimar los reproches de inconstitucionalidad manifestados por los recurrentes. Así, por ejemplo, en relación a la perentoriedad de plazos, el TC recuerda que aunque el art. 49 LOREG “no configura un específico trámite de alegaciones para que los afectados puedan oponerse a las pretensiones ejercitables en el recurso, los principios procesales de contradicción e igualdad de armas procesal exigen que se confiera un trámite que permita a los interesados efectuar las alegaciones que consideren oportunas, y a ellas se acompañen los elementos probatorios en que funden su derecho”.

B) Conflictos competenciales

a) Desaparición del objeto de conflicto con posterioridad a la controversia competencial

En la **STC 77/2004, de 29 de abril**, se plantea conflicto positivo de competencia promovido por la Generalidad de Cataluña contra la Orden del Ministerio de Comercio y Turismo de 6 de febrero de 1996, relativa a concesión de ayudas para modernización del comercio interior. En el FJ 2º, el TC se pronuncia acerca de la desaparición del objeto del conflicto pues la Orden recurrida agotaba sus efectos en el año 2000. Para el TC la desaparición de la pérdida del objeto del proceso dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma y no podrá resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos, como así lo apreció en la **STC 190/2000**, entre otras, pues lo relevante no es tanto la expulsión de la concreta norma impugnada del Ordenamiento cuanto determinar si con esta expulsión ha cesado o no la controversia competencial. Como ya advirtió el TC, en la **STC 126/2002**, el agotamiento de los efectos económicos de una Orden impugnada no resulta determinante para concluir que la controversia ha perdido su vigencia, pues pueden seguir vivas las disputas competenciales “cuando las modificaciones o derogaciones operadas en dichas normas dejaban subsistentes o irresueltas las cuestiones debatidas y las partes mantuvieron su interés en encontrar una respuesta a sus pretensiones, como se puso de relieve al no haber desistido del conflicto la parte actora ni tampoco haberse allanado la parte demandada”, por lo que el conflicto subsiste al no haber desaparecido su objeto.

C) Cuestión de inconstitucionalidad

a) Juicio de relevancia y norma que no se encuentra ya en vigor (sucesión de normas)

En la **STC 53/2004, de 15 de abril**, se sustancia Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha contra Disposición Adicional del Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo, de medidas adicionales de carácter social y artículo del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En el FJ 1º, el TC se plantea el

problema de que la primera disposición ha sido derogada por la segunda y, sin embargo, es el precepto clave y que, de modo necesario, debe aplicar para resolver la pretensión del proceso, pues la denegación del subsidio a un mayor de 58 años trabajador fijo discontinuo fue anterior a la entrada en vigor del Decreto legislativo, por lo que ha de entenderse el cuestionamiento extendido a sus disposiciones, pues forma parte de su contenido lo dispuesto en el Decreto-ley derogado. Dado que no cabe plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una disposición legal distinta a la aplicable en el proceso *a quo* ha de afirmarse, a la luz del juicio de aplicabilidad y relevancia efectuado por el órgano judicial proponente, que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad sólo está constituido por el precepto del Decreto-ley, sin que el hecho de que éste no se encuentre ya en vigor prive de contenido a la cuestión de inconstitucionalidad, al resultar aplicable al precepto enjuiciado. De este modo, no resulta alterado el objeto del proceso de inconstitucionalidad porque la nueva disposición vigente (el Decreto Legislativo) tenga una disposición idéntica a la norma derogada, pues, como ya se manifestó en la STC 332/1993, “el objeto de los procesos de declaración de inconstitucionalidad no es la norma, incluso en el supuesto de sucesión de normas en el tiempo, sino la Ley, el texto legal o vehículo formal como signo sensible a través del cual se manifiesta el mandato normativo”.

b) Actuación *ultra vires* del ejecutivo en el ejercicio de una delegación legislativa

Una de las cuestiones planteadas por las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por diversas secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia de Cataluña contra la Disposición Transitoria Octava del Decreto Legislativo 1/1990, en el que se refunde la legislación vigente en materia urbanística en Cataluña, es el posible exceso en el ejercicio de la delegación legislativa realizado por el gobierno catalán.

En este sentido el TC entiende que el precepto supone un “añadido subjetivo a los titulares de la competencia de que se trata” al reconocer capacidad de iniciativa de modificación de planes urbanísticos, en determinados casos, a un órgano de la administración autonómica, pues tal órgano carecía, en los textos objeto de la refundición, de tal competencia, reconocida en exclusiva a los entes locales. Ello, por tanto, supone una modificación que va más allá del ámbito de delegación permitido por el Estatuto de autonomía catalán para los textos refundidos.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Durante el período objeto de la crónica se han dictado tres Sentencias que resuelven controversias competenciales. Entre ellas merece destacarse el caso de la Sentencia 51/2004 que bajo la forma de 4 cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas resuelve un verdadero conflicto en defensa de la autonomía local utilizando el único cauce existente en la época en que fueron planteadas (años 1997 a 1999) para la tutela de las competencias de los entes locales. Por su parte las Sentencias 77/2004 y 98/2004 insisten en líneas

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

jurisprudenciales ya iniciadas o consolidadas en materia de subvenciones y de extensión de las garantías mínimas prestacionales, en este caso en materia de sanidad y precios de referencia en productos farmacéuticos. Debe destacarse, sin embargo, que en esta última decisión comienza a eclosionar de forma más clara una tensión conceptual en el seno del Tribunal relativa a cómo resolver el conflicto entre las necesidades de respeto a la igualdad de todos los ciudadanos y el autogobierno de las CCAA.

A) Garantía de la autonomía local mediante cuestiones de inconstitucionalidad: competencias en materia de urbanismo de interés estrictamente municipal

La **STC 51/2004, de 13 de abril**, resuelve cuatro cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por dos secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia de Cataluña contra la Disposición Transitoria Octava del Decreto Legislativo 1/1990 en el que se refunde la legislación vigente en materia urbanística en Cataluña.

En este supuesto se presenta como cuestión previa la diferente redacción del precepto en lengua catalana y castellana. En la versión catalana aparece el adverbio *també* que no tiene su correlato en la versión castellana de la norma. El asunto no es baladí en la medida en que el sentido de la norma cambia sustancialmente. La presencia del citado término implica el reconocimiento a la Comisión de Urbanismo de Barcelona (órgano desconcentrado de la Comunidad Autónoma) de la competencia de iniciativa, concurrentemente con las entidades locales afectadas, para la modificación de planes urbanísticos afectantes a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal. El Tribunal no entra a valorar los efectos posibles de las diferencias entre las dos versiones del texto en cuanto que el único precepto impugnado lo ha sido en su redacción en lengua catalana, por lo que centra la controversia competencial en el significado de esta norma.

Tres son las cuestiones objeto de valoración en la sentencia: la posible actuación *ultra vires* del ejecutivo catalán al excederse en el ejercicio de la delegación legislativa (examinada en el anterior apartado de la presente crónica); la posible lesión a la garantía constitucional de la autonomía local por lesión a competencias de las entidades locales y, por último, la lesión a la citada autonomía por aplicar un régimen transitorio no sometido a término claro.

El TC examina el contexto en el que la norma impugnada es aprobada, especialmente en lo que se refiere a la regulación de las peculiaridades urbanísticas de la zona metropolitana de Barcelona objeto de la regulación que abarca varias comarcas y municipios.

Entrando en el análisis sustancial de la cuestión, el TC procede a examinar el asunto desde la perspectiva de la garantía constitucional de la autonomía local. Para ello, recuerda, en primer lugar, su jurisprudencia sobre la materia (en especial la STC 159/2001), destacando la necesidad de que abarque aquellos elementos esenciales o núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales que debe ser necesariamente respetado para que sean reconocibles como entes dotados de autogobierno.

En particular se reitera que en la citada STC 159/2001 se consideró que las Comunidades Autónomas pueden determinar el nivel de participación de los municipios en la elaboración de los instrumentos de planeamiento siempre que tal nivel participativo sea suficientemente relevante como para respetar el ámbito de autogobierno local. Por ello, los supuestos de modificaciones del Plan general metropolitano que afectaran a intereses supralocales podían requerir no sólo la autorización de los órganos autonómicos, sino también su presencia en la iniciativa para su modificación. Sin embargo, tal conclusión no es posible en el supuesto objeto de enjuiciamiento porque se trata de modificaciones que afectan a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal. En tales casos no cabe reconocer la competencia de iniciativa atribuida a un órgano de la Comunidad Autónoma que es, quien, además, ostenta la última decisión sobre su aprobación.

Si bien la Comunidad Autónoma puede regular las relaciones interadministrativas, ello no puede “oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio y que la intervención de otras Administraciones se justifica sólo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a Administraciones supraordenadas sobre las inferiores”. En el caso objeto de enjuiciamiento no concurre ninguna justificación para la competencia de iniciativa reconocida a la Comunidad Autónoma.

En último lugar, el TC rechaza la duda de inconstitucionalidad suscitada por la ausencia de un término claro de vigencia del régimen transitorio previsto en la norma impugnada, pues los intereses que pretende proteger (la aparición de regulaciones urbanísticas que resultaran sobrevenidamente contrarias a futuros instrumentos de regulación urbanística) constituyen razón suficiente para la normativa aprobada y, aunque, podría valorarse positivamente la fijación del término, su ausencia no puede considerarse, sin más, inconstitucional.

Tres magistrados discrepan de la solución de la mayoría tanto en lo referente al exceso en el ejercicio de la delegación, como en lo atinente a la lesión de la autonomía local por asentarse, a su juicio, en dos premisas inexactas. Por una parte, un incorrecto entendimiento de la norma cuestionada y por la otra, por una inadecuada identificación de régimen jurídico entre los Planes generales municipales de ordenación urbana y el Plan general metropolitano para la conurbación de Barcelona, motivo por el cual no puede trasladarse al segundo de los supuestos la distinción entre intereses municipales y supramunicipales como criterio para delimitar las competencias autonómicas y municipales.

B) Subvenciones en materia de comercio interior

En la STC 77/2004, de 29 de abril, se resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por el ejecutivo catalán frente una orden del Ministerio de Economía y Comer-

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

cio (de 1996) reguladora de la concesión de ayudas a las actividades relacionadas en los programas generales del Plan marco de modernización del comercio interior.

Para resolver la cuestión el TC recuerda su muy consolidada doctrina en materia de subvenciones incorporadas a los presupuestos generales del Estado. Doctrina que exige que la resolución de estas controversias tenga en cuenta la distribución interna de competencias. En el caso objeto de examen se trata de las competencias autonómicas en materia de comercio interior y las englobables con carácter general bajo el título estatal “ordenación general de la economía”. Respecto a este título el TC ha sostenido reiteradamente que esta competencia no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues lo contrario supondría un progresivo vaciamiento de las competencias autonómicas.

Para resolver el conflicto el TC recuerda el ya famoso FJ 8º de la STC 13/1992 en el que se identifican los cuatro supuestos fundamentales en cuanto a la delimitación competencial respecto al ejercicio de la potestad subvencional de gasto público. A partir de los principios establecidos en tal decisión analiza de forma detallada las normas contenidas en la citada Orden ministerial. Así declara contrario al orden de distribución de competencias las normas reguladoras de la convocatoria, la asunción por los poderes centrales de la gestión y evaluación en el caso de subvenciones a actividades de ámbito territorial supraautonómico, la fijación del ministerio como destinatario de las solicitudes (no así la fijación de un plazo uniforme para la presentación de las mismas), la ordenación de pagos y las tareas de control.

C) Actividades prestacionales autonómicas en materia sanitaria: precios de referencia en productos farmacéuticos

La STC 98/2004, de 25 de mayo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del gobierno contra el art. 51 de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de presupuestos generales, en el que se establecían diversas normas para conseguir un abaratamiento de los precios de los medicamentos recetados por el personal médico integrante del servicio canario de salud.

El TC primeramente recuerda el marco normativo de referencia en la cuestión y en concreto la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, en concreto los arts. 93 y 94, modificado este último por la Ley 16/2003.

A partir de tal marco el TC determina cuál es la materia competencial en disputa en lo referente a la fijación de los precios de referencia de las diferentes especialidades farmacéuticas. En tal sentido rechaza que sea encuadrable en el título competencial “legislación sobre productos farmacéuticos” pues no afecta a la ordenación de los medicamentos en cuanto sustancias sometidas a un régimen jurídico específico en su fabricación y comercialización. Igualmente, rechaza la aplicabilidad del título competencial “Seguridad Social”, pues el precepto impugnado no se circunscribe a la asistencia sanitaria dispensada

por el sistema de Seguridad Social, sino más ampliamente a la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento). En fin, para la mayoría del TC la cuestión debatida se encuadra en la materia compartida “sanidad” (art. 149.1.16ª).

Entrando ya en el campo del concreto conflicto planteado, el TC considera que el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen norma básica en materia de sanidad que suponen la garantía de una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre el ciudadano. Se asegura así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias, que puede ser mejorado por las CCAA en virtud de sus competencias y su autonomía financiera, siempre que ello no contravenga el principio de solidaridad.

Por último, el TC realiza una interpretación del precepto impugnado para salvar su constitucionalidad forzando, en exceso a juicio de los dos votos particulares, la literalidad del precepto para que éste sea entendido no como una negación de la normativa estatal, sino como una “mejora” respecto a aquella que entraría dentro de las competencias autonómicas.

D) Igualdad en las condiciones básicas de acceso a las prestaciones sanitarias: tres concepciones radicalmente distintas

Desde un punto de vista más teórico, la STC 98/2004 presenta un indudable interés por mostrar tres formas diferentes de resolver un conflicto inherente a la descentralización política en un Estado social. La necesidad de salvaguardar la igualdad entre los ciudadanos, por una parte, y la capacidad de autogobierno de los entes autonómicos que conduce a una evidente diferencia de trato a los ciudadanos, por la otra.

Una primera opción, adoptada por la mayoría y parcialmente por el primero de los votos particulares, es considerar que la garantía de tal igualdad se encuentra en los títulos competenciales estatales. Y, en concreto, en los casos de competencias compartidas en la fijación estatal de las bases. Ello lleva a la exclusión de la aplicabilidad del título competencial contenido en el primer número del art. 149.1.1ª, cosa que con cierta displicencia realiza, expresamente, la mayoría en el último fundamento jurídico de la sentencia.

Sin embargo, la tensión reaparece entre la mayoría y los firmantes del primer voto particular a la hora de valorar el alcance de las normas básicas tendentes a asegurar la garantía de la igualdad en las prestaciones farmacéuticas. Mientras que para los primeros ésta es una igualdad mínima susceptible de mejora por las CCAA, para los segundos ha de ser una igualdad absoluta no susceptible de tratos diferenciadores entre CCAA.

Finalmente el segundo de los Votos Particulares muestra la tercera opción respecto a la forma de resolver la tensión apuntada entre igualdad y descentralización: aplicar el art.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

149.1.1ª CE abogándose por entender que la fijación de los precios de referencia de las especialidades farmacéuticas en orden a su financiación pública, no es sólo el mínimo común denominador exigible en todo el territorio, sino una condición básica para todos los ciudadanos en el ejercicio de un derecho y por tanto, cualquier modificación normativa autonómica debía haber sido declarada inconstitucional.

Se trata de tres posiciones muy diferentes que, quizás por primera vez, se han manifestado de modo expreso en el seno del TC, pero que requieren una labor de clarificación aún no realizada ni en la jurisprudencia, ni entre los estudiosos del Estado autonómico.

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL PERELLÓ

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ MONEO

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos. A) Introducción. B) Derecho a la vida (art. 2 CEDH) y obligaciones positivas: responsabilidad del Estado por no custodiar la vida de los detenidos o no investigar los hechos. C) Tratos inhumanos: destrucción de la vivienda familiar (art. 3 CEDH).

D) Tratos inhumanos: una tentativa de fuga no exime automáticamente de la responsabilidad de las autoridades encargadas de la custodia (art. 3 CEDH). E) Detención preventiva y necesidad de ponderar otras medidas alternativas y preventivas menos restrictivas de derechos: la vigilancia policial (art. 5.3 CEDH). F) Derecho de acceso al proceso e inmunidad parlamentaria: la institución no cubre todos los actos políticos sino las actividades parlamentarias (art. 6.1 CEDH). G) Derecho a un proceso equitativo e igualdad de armas en el proceso en una cuestión de inconstitucionalidad (art. 6 CEDH). H) Vida privada y personas públicas: necesidad de que las fotografías que se publican contribuya a un tema de interés público (art. 8.1 CEDH). I) Vida privada y derecho al respeto del domicilio (art. 8.1 CEDH): la inactividad del Estado durante un litigio civil puede lesionarlo.

J) Vida privada y familiar: secreto de la correspondencia y duración excesiva de las medidas adoptadas en un procedimiento de quiebra (art. 8.1 CEDH). K) Vida familiar y protección de la vida de minorías étnicas en caravanas (art. 8.1 CEDH). L) Vida familiar y derechos de los padres naturales (art. 8.1 CEDH): derecho de visita. M) Vida familiar y derechos de los padres naturales (art. 8.1 CEDH): derecho a la participación en los procesos de decisión de la custodia de los menores. N) Vida familiar y padres adoptivos: sus derechos están limitados por los intereses de los adoptados (art. 8.1 CEDH).

O) Vida privada y familiar: expulsión de un joven extranjero condenado por un tribunal de menores como interferencia desproporcionada (art. 8.1 CEDH). P) La libertad religiosa no incluye el derecho a modificar los planes de urbanismo (art. 9 CEDH).

Q) Ingerencia desproporcionada en la libertad de expresión por la condena de una asociación ecologista ante la denuncia a las autoridades locales (art. 10 CEDH). R) Libertad

de expresión de los Abogados y sanciones por falta de respeto al Tribunal Constitucional (art. 10 CEDH). S) Derecho a unas elecciones libres: el sistema electoral de Chipre es contrario al Convenio ya que en la práctica excluye a la comunidad turco-chipriota que reside en la parte griega de la isla (art. 3 Protocolo 1).

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A) Igualdad (art. 14 CE). a) La garantía del art. 23.2 CE no se aplica al acceso a una plaza de personal laboral fijo, pero sí el artículo 14 CE. b) Igualdad en la aplicación de la ley y tutela judicial efectiva: garantía de indemnidad (arts. 14 y 24 CE). B) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (art. 24 CE). a) Error aritmético patente: lesiona la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). b) Indefensión: se produce cuando en la cesación del acogimiento de un menor éste no es escuchado en el proceso judicial. c) Acceso al proceso: legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios en materia tributaria. d) La discrecionalidad técnica de la Administración en los procesos de selección no está exenta de control judicial. C). Libertad religiosa de un policía obligado a tomar parte en una procesión católica (art. 16.1 CE). D) Acumulación de períodos de prisión provisional a los efectos de calcular el plazo máximo de dos años (art. 17.1 CE). E) Libertad de expresión y ejercicio de la defensa letrada: calificación de los contenidos de la Sentencia de instancia de falsedades y barbaridades [art. 20.1.a) CE]. F) Libertad de información [art. 20.1.d) CE]. a) El acceso de medios de captación y difusión de imágenes en las audiencias públicas forma parte del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información. b) Alcance del nivel de diligencia exigible a los periodistas en la comprobación de la información publicada. c) La libertad de información prima sobre el derecho al honor si estamos ante un reportaje neutral: teoría del titular de prensa. G) De nuevo acerca de candidaturas electorales anuladas. El caso de las elecciones europeas de 2004 (artículo 23.1 CE). H) Garantía de indemnidad de representante sindical destituido de un cargo de libre designación (art. 28.1 CE).

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Nacionalidad y libertad religiosa (art. 16 CE). B) Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE). a) La publicación de información veraz y de relevancia pública prima sobre el derecho al honor. b) El simple planteamiento de una demanda de responsabilidad civil no supone un atentado contra el derecho al honor profesional cuando ésta sea fundada. C) Impugnación del RD 178/2003, sobre entrada y permanencia en España de naciona-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

les de Estados miembros de la UE y de otros Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo. D) Denegación de prueba e indefensión (art. 24.2 CE). E) La protección de los derechos fundamentales es susceptible de ser controlada en los llamados “actos políticos”.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de abril y el 29 de junio de 2004, del Tribunal Constitucional desde la STC 51/2004, de 13 de abril, a la STC 103/2004, de 2 de junio, y del Tribunal Supremo de las Salas Primera y Tercera, dictadas entre abril y junio de 2004.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

En el segundo trimestre de 2004, el TEDH ha dictado un total de 167 sentencias, 32 de las cuales se limitan a constatar que el asunto ha sido tachado de la lista o se ha apreciado una objeción preliminar. Como es habitual, un importante número de asuntos constatan que se han producido *dilaciones indebidas* en los procesos nacionales. En este aspecto hay condenas a numerosos países, mayoritariamente en asuntos civiles: Alemania, Finlandia, Francia (9), Grecia (7), Moldavia (2), Polonia (11), República Checa (4), Turquía (1), España (1), Hungría (1), Eslovaquia (1), Portugal (1), Rusia (1).

También encontramos ejemplos en este trimestre, de dos de los habituales en estas crónicas: la vulneración del art. 6.1 por falta de imparcialidad de las Cortes marciales o Tribunales de seguridad en Turquía –Murat Yilmaz contra Turquía, de 24 de junio–, y la vulneración del derecho de propiedad en determinados procesos expropiatorios realizados en Turquía, teniendo en cuenta el retraso en el pago de la indemnización y la fuerte inflación del país –Kaya y otros contra Turquía, de 27 de mayo–.

Por último, es necesario resaltar dos asuntos importantes, uno de los cuales afecta a las normas electorales chipriotas –Aziz contra Chipre, de 22 de junio–, consideradas en parte contrarias al CEDH en lo que atañe al derecho a elecciones libres, y otro de los cuales se refiere a la inmunidad parlamentaria –De Jorio contra Italia, de 3 de junio–, que habrá de ser interpretada restrictivamente para no impedir el acceso a la justicia.

De las restantes sentencias, y siguiendo como siempre el orden del Convenio, las más interesantes son las siguientes:

B) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y obligaciones positivas: responsabilidad del Estado por no custodiar la vida de los detenidos o no investigar los hechos

El caso **Ahmet Ozkan y otros contra Turquía**, de 6 de abril de 2004, enjuicia unos gravísimos hechos acaecidos en el sureste de Turquía. Los recurrentes denuncian que en 1993 la villa de Ormaniçi fue atacada por las fuerzas de seguridad. A resultas de este ataque murieron dos niños, se incendiaron varias casas y la mayoría de los hombres fueron detenidos. Se trata de una larguísima sentencia con cierta complejidad en los hechos, pero no en la doctrina.

El caso **Ozalp y otros contra Turquía**, de 8 de abril de 2004, enjuicia la muerte de un ciudadano turco mientras estaba bajo la custodia de las fuerzas de seguridad de este país, así como la inexistencia de una investigación posterior que esclareciera lo acaecido. La Corte considera responsable al Estado turco por el incumplimiento de sus obligaciones positivas dada la ausencia de suficientes indicaciones de las medidas efectivas adoptadas para preservar la vida del actor mientras estaba detenido.

C) Tratos inhumanos: destrucción de la vivienda familiar (artículo 3 CEDH)

En **Altun contra Turquía**, de 1 de junio de 2004, se analiza un supuesto de destrucción de la vivienda familiar del recurrente en el contexto de la lucha contra los Kurdos, lo que teniendo en cuenta que se realizó ante los miembros de la familia, privándolos de su hogar y obligándoles a instalarse en otra parte del territorio, implica —siguiendo la doctrina sentada en los casos **Selçuk y Asker contra Turquía**— unos sufrimientos de la suficiente intensidad como para ser considerados tratos inhumanos contrarios al art. 3, así como a los arts. 8, 13 y 1 del Protocolo número 1.

D) Tratos inhumanos: una tentativa de fuga no exime automáticamente de la responsabilidad de las autoridades encargadas de la custodia (artículo 3 CEDH)

Rivas contra Francia, de 1 de abril de 2004, condena a Francia por violación del art. 3 CEDH en un supuesto de malos tratos infringidos por un policía durante un interrogatorio. El policía propinó una patada en los testículos a un menor detenido por hurto, provocándole una seria inflamación, dolores y sufrimientos psicológicos. El Gobierno se defendió alegando que el funcionario actuó de este modo para impedir que el menor escapara.

La Corte reitera su doctrina según la cual el art. 3 consagra un valor fundamental de las sociedades democráticas que no permite restricciones; que los malos tratos deben ponderarse en función de las circunstancias del caso y la gravedad de los mismos; y que las personas detenidas están en una situación de vulnerabilidad en la que las autoridades deben protegerlas. Respecto del supuesto de hecho, se resalta y pondera que el menor no había cometido actos de violencia y era poco corpulento, por lo que no parece razonable

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

alegar legítima defensa. Se concluye que la tentativa de fuga no era peligrosa ni exime, como regla general, de responsabilidad al Estado.

E) Detención preventiva y necesidad de ponderar otras medidas alternativas y preventivas menos restrictivas de derechos: la vigilancia policial (artículo 5.3 CEDH)

J.G. contra Polonia, de 6 de abril de 2004, reconoce la violación del art. 5.3 CEDH que se habría producido debido a la prolongada duración de la detención preventiva y a que las autoridades no tomaron en consideración ni ponderaron la posibilidad de dictar otras medidas preventivas de carácter alternativo que, igualmente, asegurasen la comparecencia del detenido en el juicio, como puede ser la vigilancia policial.

F) Derecho de acceso al proceso e inmunidad parlamentaria: la institución no cubre todos los actos políticos sino las actividades parlamentarias (artículo 6.1 CEDH)

De Jorio contra Italia, de 3 de junio de 2004, enjuicia un supuesto en el que el recurrente, candidato al Senado en las elecciones legislativas de 1996, inicia un pleito por difamación ante las declaraciones de otro candidato. Sin embargo, la Comisión de inmunidades parlamentarias estimó que se trataba de opiniones expresadas por un parlamentario en el marco de sus funciones y que, por tanto, estaban cubiertas por la inmunidad prevista en el art. 68.1 de la Constitución. El recurrente considera que el procedimiento penal no ha sido equitativo porque la Corte de casación no realizó ningún examen destinado a establecer si resultaba de aplicación la inmunidad del art. 68 de la Constitución. En este sentido, señala que, de acuerdo con la Corte Constitucional, la función parlamentaria no puede cubrir toda la actividad política del diputado o senador, máxime cuando ésta se desarrolla fuera de la Cámara.

La Corte de Estrasburgo afirma que, efectivamente, el recurrente ha sufrido una restricción de su derecho de acceso a un Tribunal, pero que esa restricción es una ingerencia prevista en el art. 68.1 de la Constitución, y persigue un fin legítimo como es la protección del libre debate parlamentario y el mantenimiento de la división de poderes. Sin embargo, el TEDH analiza la proporcionalidad de la ingerencia y señala que las declaraciones litigiosas no estaban ligadas al ejercicio de las funciones parlamentarias en sentido estricto, sino que más bien parecen inscribirse en el marco de una querella entre particulares, razón por la cual no resulta justificada una denegación de acceso a la justicia, aun cuando la discusión sea de naturaleza política o ligada a una actividad política. No existe una relación evidente entre las declaraciones y la actividad parlamentaria por lo que es preciso realizar una interpretación estricta de la noción de inmunidad. Se concluye que se ha producido vulneración del derecho de acceso al proceso del art. 6.1 de la Convención.

G) Derecho a un proceso equitativo e igualdad de armas en el proceso en una cuestión de inconstitucionalidad (artículo 6 CEDH)

El caso Gorraiz Lizarraga y otros contra España, de 27 de abril de 2004, suscita la cuestión de la igualdad de armas en el proceso (art. 6 CEDH), en un supuesto en que la Audiencia Nacional planteó una cuestión de inconstitucionalidad al no haber podido ser

oídos los recurrentes en el proceso judicial. Los actores, miembros de la llamada Coordinadora de Itoiz, una asociación opuesta a la construcción de un pantano en esa localidad por su impacto ambiental, invocaban la similitud del asunto con el caso de la expropiación de RUMASA, pues se trataba de un círculo restringido de personas.

Sin embargo, el TEDH estima que el asunto presenta diferencias debido a que, en el presente supuesto, no se trata de una ley *ad personam* sino de una ley autonómica con vocación general y, sobre todo, a que la Audiencia Nacional elevó la cuestión al Tribunal Constitucional acompañando la memoria de toda la documentación aportada por la asociación. Además, en el asunto RUMASA, la familia Ruiz Mateos solicitó ser oída por el Tribunal Constitucional, pretensión que fue rechazada, cosa que en ningún momento ocurrió en este supuesto. Por último, señala el TEDH, la sentencia constitucional dio cumplida respuesta a todos los argumentos presentados por los recurrentes.

Parece que en esta Sentencia el Tribunal de Estrasburgo llena de matices y excepciones —bien es verdad que debidamente ponderadas— la doctrina elaborada en el caso RUMASA.

H) Vida privada y personas públicas: necesidad de que las fotografías que se publican contribuya a un tema de interés público (artículo 8.1 CEDH)

El asunto **Von Hannover contra Alemania**, de 24 de junio de 2004, tiene notable interés pues supone un intento de racionalizar la actividad de la llamada prensa rosa o del corazón. En este asunto, la recurrente, Carolina Von Hannover (Carolina de Mónaco), discute la publicación de unas fotos, tomadas en lugares públicos, en las que aparece ella acompañada por Vincent Lindon o por Ernesto de Hannover, por considerarlo contrario a su vida familiar. Hay varias resoluciones sobre el asunto del Tribunal Constitucional alemán.

El TEDH considera que “el factor decisivo a la hora de realizar el balance entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión es la contribución que la publicación de las fotos o los artículos pueda hacer a un debate de interés general”. Parece claro que, en este caso, no existe tal contribución porque la recurrente no realizaba ninguna función oficial y las fotos y artículos se refieren exclusivamente a detalles de su vida privada. La Corte considera, así, que el público no tiene un interés legítimo en saber qué hace la recurrente en su vida privada, aunque sea una persona muy conocida y aparezca en lugares que no pueden ser descritos “como aislados”, por lo que declara la vulneración del art. 8 del CEDH.

I) Vida privada y derecho al respeto del domicilio (artículo 8.1 CEDH): la inactividad del Estado durante un litigio civil puede lesionarlo

Surugiu contra Rumanía, de 20 de abril de 2004, analiza una controversia sobre la obligación del Estado —a causa de su pasividad o inactividad— de hacer cesar las ingerencias

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

en el domicilio por parte de terceras personas durante un período de cinco años. El recurrente sufrió interferencias constantes en el ejercicio del derecho de propiedad sobre su domicilio por parte de un tercero que, habiendo recibido un título de propiedad de las autoridades administrativas sobre el terreno en el que se encontraba su casa, llegó incluso a amenazarle con derruir el edificio. Las decisiones judiciales recaídas sobre el asunto concedieron, sin embargo, la propiedad al recurrente. En suma, una controversia civil sobre la validez de un derecho de propiedad no exonera a los Estados de toda responsabilidad en la garantía del domicilio mientras el pleito dure.

J) Vida privada y familiar: secreto de la correspondencia y duración excesiva de las medidas adoptadas en un procedimiento de quiebra (artículo 8.1 CEDH)

Vadala contra Italia, de 20 de abril de 2004, estima violado el derecho a la vida privada y al respeto de la correspondencia y el art. 2 del protocolo 4 sobre libertad de circulación, entre otros. Declarada la quiebra de la sociedad del recurrente, el síndico de la quiebra, designado por el Juez, revisó toda la correspondencia del recurrente y le impidió alejarse de su domicilio durante un período prolongado de tiempo, lo cual sería contrario, según el recurrente, al art. 8 del CEDH. El TEDH pondera que la intervención duró la friolera de dieciséis años y nueve meses por lo que el procedimiento de quiebra rompió todo equilibrio entre intereses generales y privados.

Neroni contra Italia, de 22 de abril de 2004, plantea un supuesto semejante en que, por las mismas razones, considera violados los arts. 8 y 13 CEDH y el art. 2 del protocolo 4.

K) Vida familiar y protección de la vida de minorías étnicas en caravanas (artículo 8.1 CEDH)

Connors contra el Reino Unido, de 27 de mayo de 2004, estudia un asunto que no es nuevo en la jurisprudencia europea. Un grupo de gitanos protestan contra la decisión de las autoridades locales de impedir, mediante un procedimiento sumario, su modo tradicional de vida en caravanas.

La Corte considera que no hay duda sobre la seriedad de la demanda, en la medida en que el recurrente y su familia fueron desposeídos del lugar en el que habían vivido durante quince años, y tuvieron que superar graves obstáculos para encontrar un lugar legal para situar sus caravanas, con los consecuentes problemas para la atención educativa y sanitaria. Ante la seriedad de la interferencia en el derecho fundamental, se requieren razones particularmente poderosas de interés público y el margen de apreciación de las autoridades nacionales resulta estrecho, teniendo en cuenta además que la ocupación era legal y que sólo se solicita que se apliquen las mismas garantías procedimentales que se aplican en los casos de desposesión de otro tipo de viviendas. En definitiva la Corte no está persuadida de que el Gobierno haya demostrado de manera suficiente la necesidad de una evicción (expulsión, desposesión de bienes) sumaria sin asegurar a los usuarios de caravanas los mecanismos de garantía que poseen los propietarios del resto de las viviendas.

L) Vida familiar y derechos de los padres naturales (artículo 8.1 CEDH): derecho de visita

Lebbink contra Países Bajos, de 1 de junio de 2004, plantea un nuevo supuesto de reconocimiento del derecho a la vida familiar entre un padre y su hija nacida fuera del matrimonio, a pesar de que aquél nunca había convivido con la madre y de que tampoco había reconocido a la niña. El caso parece ser un avance ulterior en la doctrina sentada en Sahin contra Alemania.

M) Vida familiar y derechos de los padres naturales (artículo 8.1 CEDH): derecho a la participación en los procesos de decisión de la custodia de los menores

Haase contra Alemania, de 8 de abril de 2004, reconoce el derecho de los padres biológicos a los que se les revocó definitivamente la custodia de sus hijos —y cambió de colegios y domicilios, siendo una de ellos una recién nacida— por existir el riesgo de que les causaran daños. Las autoridades alemanas no ponderaron, al tomar la decisión, la posibilidad de dictar medidas alternativas y no justificaron la urgencia del asunto. El TEDH estima que todo ello no es proporcionado y que, en todo caso, debió reconocerse el derecho de los padres biológicos a participar y ser oídos en los procesos decisorios.

N) Vida familiar y padres adoptivos: sus derechos están limitados por los intereses de los adoptados (artículo 8.1 CEDH)

En Pini y otros contra Rumania, de 22 de junio de 2004, los recurrentes, de nacionalidad italiana, denuncian un atentado a su vida familiar ocasionado por la no ejecución de la decisión de un Tribunal rumano en materia de adopción de dos menores de esa nacionalidad, situación que les habría privado de todo contacto con los niños. Esta falta de ejecución se había producido por el expreso deseo de los menores de continuar viviendo en el establecimiento en el que habían crecido.

La Corte comienza por reiterar la doctrina de la Comisión —X contra Francia, de 1982— según la cual las relaciones entre un adoptante y su adoptado son, en principio, de la misma naturaleza que las relaciones familiares protegidas por el art. 8, y admite que aquí se había reconocido a los recurrentes, de manera definitiva, su condición de padres adoptivos, lo que les confería los mismos derechos y obligaciones que a un padre biológico, y que aunque no existía todavía una cohabitación sí había una relación potencial.

Se recuerda, por otra parte, la existencia de obligaciones positivas del Estado para hacer posible la reunión de un padre con su hijo, pero se trata de unas obligaciones que no son absolutas, sino que dependen de las circunstancias de cada caso. En el supuesto concreto, se considera que las autoridades nacionales han actuado legítima y razonablemente al considerar que el derecho de los recurrentes a desarrollar una vida familiar está limitado por el interés de los niños, por lo que no existe violación del art. 8 del Convenio, aunque sí del art. 6 en la medida en que decisiones judiciales firmes han permanecido inejecutadas.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

0) Vida privada y familiar: expulsión de un joven extranjero condenado por un tribunal de menores como interferencia desproporcionada (artículo 8.1 CEDH)

Un nuevo caso del largo elenco de supuestos de expulsión de extranjeros lesivos de la vida privada y familiar (art. 8. 1 CEDH), es **Radovanovic contra Austria, de 22 de abril de 2004**. El actor es un menor que nació en Austria y residió parte de su vida en este país —siendo sus padres de Serbia y Montenegro— y parte con sus abuelos en la antigua Yugoslavia. Un tribunal de menores le condenó por robo y fue expulsado por las autoridades administrativas austriacas. La Corte recuerda que, aunque no existe un derecho de los extranjeros a residir en otro Estado, e incumbe a las autoridades estatales mantener el orden público, una prohibición ilimitada de residencia es una interferencia en la vida privada y familiar, que puede ser revisada por el TEDH. En el caso presente, el TEDH pondera que la condena fue de sólo seis meses, que se trataba de un joven que había nacido en Austria, donde completó su educación secundaria y vivió en familia; razones por las cuales la medida ilimitada de expulsión se considera desproporcionada.

P) La libertad religiosa no incluye el derecho a modificar los planes de urbanismo (artículo 9 CEDH)

En **Vergos contra Grecia, de 24 de junio de 2004**, el recurrente, miembro de una iglesia minoritaria en Grecia, considera que la negativa a dejarle construir una pequeña iglesia en un terreno de su propiedad constituye un ataque a su libertad religiosa. Se rechaza que exista vulneración del art. 9, ya que la libertad religiosa no conlleva la necesidad de modificar los planes de urbanismo.

Q) Injerencia desproporcionada en la libertad de expresión por la condena de una asociación ecologista ante la denuncia a las autoridades locales (artículo 10 CEDH)

Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia, de 27 de mayo de 2004, enjuicia el caso de una asociación ecologista que publica una denuncia sobre un supuesto atentado contra el medio ambiente, acusando a las autoridades locales, hecho por el que es condenada. La Corte considera que no existe una relación razonable de proporcionalidad en la restricción y considera que hay vulneración del artículo 10 del Convenio.

R) Libertad de expresión de los Abogados y sanciones por falta de respeto al Tribunal Constitucional (artículo 10 CEDH)

Amihalachioaie contra Moldavia, de 20 de abril de 2004, aprecia una violación de la libertad de expresión (art. 10.1 CEDH). El recurrente criticó en una entrevista, posteriormente publicada en la prensa escrita, la decisión del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional la ley que imponía la afiliación obligatoria de los Abogados a una unión sindical de la cual él era presidente. El propio Tribunal Constitucional condenó por desacato al actor y, en aplicación de la Ley Procesal Constitucional, le impuso como sanción una multa de 36 euros.

El TEDH recuerda su jurisprudencia según la cual los Abogados tienen derecho a expresarse públicamente sobre el funcionamiento de la justicia, y si bien los Estados gozan de un mar-

gen de apreciación nacional para juzgar la necesidad de las interferencias en la libertad de expresión, el Tribunal pueda revisar sus decisiones haciendo un juicio de proporcionalidad. Sobre esta doctrina, se concluye que las afirmaciones discutidas tenían interés general y no eran graves ni injuriosas para los jueces del Tribunal Constitucional. En suma, esta condena o sanción administrativa no era, a ojos del TEDH, una medida necesaria en una sociedad democrática. La sentencia alberga varios Votos Particulares, concurrentes y disidentes.

S) Derecho a unas elecciones libres: el sistema electoral de Chipre es contrario al Convenio ya que en la práctica excluye a la comunidad turco-chipriota que reside en la parte griega de la isla (artículo 3 Protocolo 1)

Este importante pronunciamiento se efectúa en *Aziz contra Chipre*, de 22 de junio de 2004. El demandante, de origen turco-chipriota, no pudo votar en las elecciones parlamentarias de 2001 debido a que el art. 63 de la Constitución de Chipre establece dos censos separados e incompatibles de turco-chipriotas y greco-chipriotas. Denuncia que se le ha impedido el ejercicio del derecho de voto sobre la base de su origen nacional o de minoría nacional, con vulneración de los arts. 3 del Protocolo 1 y 14 de la Convención.

La Corte señala que la Constitución Chipriota entró en vigor en 1960, y que el art. 63 establecía dos listas diferentes para las dos comunidades. Sin embargo, la participación de los turco-chipriotas se suspendió en 1963 y su cuota resultó imposible de implementar en la práctica, por lo que en la actualidad existe un manifiesto vacío normativo que hace que los turco-chipriotas estén completamente desprovistos de la oportunidad de expresar su opinión en la elección de los miembros del Parlamento del país del que son nacionales y en el que viven. Por ello, el TEDH considera, por unanimidad, que existe violación del art. 3 del Protocolo 1, y teniendo en cuenta que la diferencia de tratamiento se debe exclusivamente al hecho de que se trata de un turco-chipriota, también del art. 14 en relación con el 3.

Para resaltar la importancia de esta sentencia, conviene recordar que en el reciente referéndum por el que Chipre pasó a formar parte de la Unión y en las posteriores elecciones europeas, se utilizó precisamente este procedimiento, es decir, que en la práctica sólo votaron los miembros de una de las dos comunidades presentes en la isla, careciendo de derecho de sufragio los turco-chipriotas que viven en la parte griega, situación que debe ser considerada contraria al CEDH.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad (artículo 14 CE)

a) La garantía del artículo 23.2 CE no se aplica al acceso a una plaza de personal laboral fijo, pero sí el artículo 14 CE

STC 86/2004, de 10 de mayo, Sala Primera, recurso de amparo. Se alega la vulneración de los derechos de igualdad (art. 14) y de acceso en condiciones de igualdad a las funcio-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

nes y cargos públicos (art. 23.2) porque se ha seguido un criterio distinto para valorar los méritos de dos concursantes a un puesto vacante de periodista en la Universidad. Declara el TC que no cabe la aplicación del art. 23.2 CE pues la plaza que se aspira a ocupar es de personal laboral fijo, y aquel artículo hace referencia únicamente a las funciones públicas desarrolladas por funcionarios públicos, vinculados a la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario.

La valoración distinta de los cursos está originada por la diversidad de los entes que los impartieron que eran poco equiparables (CEU-San Pablo y la Confederación de Empresarios de Castellón), por lo que la diversidad de trato otorgada a los cursos ni es arbitraria ni carece de fundamento racional.

b) Igualdad en la aplicación de la ley y tutela judicial efectiva: garantía de indemnidad (artículos 14 y 24 CE)

STC 87/2004, de 10 de mayo, Sala Primera. La garantía de indemnidad, contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se ve lesionada cuando el ejercicio por un trabajador de una acción judicial produce una acción de represalia por parte del empresario, bien decidiendo el despido unilateralmente, bien evitando a aquél el acceso al empleo. Para poder apreciar la lesión de la garantía de la indemnidad tienen que concurrir dos requisitos: el trabajador ha de aportar un principio de prueba de que la actuación del empresario vulnera su derecho fundamental y, en segundo lugar, el empresario ha de fallar en la prueba de que su decisión está fundada en motivos razonables y reales. En el caso concreto, el Ayuntamiento que no contrató a la demandante en amparo, no consiguió destruir el indicio de lesión de derechos fundamentales. El TSJ no lo reparó, apartándose de la doctrina constitucional sobre distribución de la carga de la prueba.

Cuando se materializa la vulneración de la garantía de la indemnidad en un proceso selectivo de naturaleza competitiva para el acceso a un empleo público, se vulnera conjuntamente el derecho de igualdad en la aplicación de la ley, pues los criterios objetivos y razonablemente considerados para deshacer empates son preteridos a favor de un criterio que lesiona los derechos fundamentales de un candidato y, en consecuencia, arbitrario y discriminatorio.

B) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (artículo 24 CE)

a) Error aritmético patente: lesiona la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)

STC 63/2004, de 19 de abril, Sala Segunda, recurso de amparo en que se alega la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en que habría incurrido el TSJ al cometer un error aritmético que le lleva a rechazar las pretensiones del ahora recurrente sin ocuparse de los argumentos presentados. El error patente, para que tenga relevancia constitucional, ha de ser atribuible al órgano judicial, debe ser directamente verificable a partir de la sentencia y determinar la decisión adoptada.

b) Indefensión: se produce cuando en la cesación del acogimiento de un menor éste no es escuchado en el proceso judicial

STC 71/2004, de 19 de abril, Sala Segunda, recurso de amparo. Constata el Tribunal Constitucional una situación de indefensión de una menor que se ve envuelta en un largo proceso sobre cesación de la situación de acogimiento en que se hallaba. Aunque la indefensión no fue alegada en la demanda, se derivaba del relato de los hechos que ésta contiene. Se reitera la jurisprudencia contenida en la STC 221/2002 que determina que se debe otorgar un trámite específico de audiencia al menor en los casos que afecten a su esfera personal y familiar cuando gocen del juicio suficiente, lo que no sucedió en el caso concreto.

c) Acceso al proceso: legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios en materia tributaria

STC 73/2004, de 22 de abril, Sala Segunda. La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) impugnó dos Autos del TSJ de Madrid por los que se inadmitieron a trámite por falta de legitimación activa los recursos contencioso-administrativos contra sendas resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid que desestimaron las reclamaciones formuladas por dos de sus asociados a los que se denegó el derecho a la deducción legal por adquisición de vivienda habitual. El TSJ consideró que la falta de legitimación provenía de que la OCU no actuaba en defensa ni de un interés propio ni del interés colectivo al que representaba. La escueta motivación que contenían los Autos de inadmisión ha de conducir a la estimación del recurso de amparo, pues legalmente las asociaciones de consumidores están legitimadas para representar a sus asociados y, además, existe un interés del colectivo de los consumidores.

d) La discrecionalidad técnica de la Administración en los procesos de selección no está exenta de control judicial

STC 86/2004, de 10 de mayo, Sala Primera, recurso de amparo. Se apunta la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la exclusión del control judicial sobre la llamada “discrecionalidad técnica” de la Administración en los procesos de selección. Se recuerda la jurisprudencia del TC (SSTC 48 y 73/1998), que establece que existe una presunción *iuris tantum* de razonabilidad de la actuación administrativa, por lo que cabe desvirtuarla por el recurrente en sede judicial si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable en el órgano calificador.

C) Libertad religiosa de un policía obligado a tomar parte en una procesión católica (artículo 16.1 CE)

STC 101/2004, de 2 de junio, Sala Primera. Se otorga el amparo a un policía al que se obligó a participar en una procesión católica de la Hermandad de Jesús “El Rico” a la que pertenece el Cuerpo Nacional de Policía, según establece el art. 106 de los Estatutos de dicha cofradía. Para el TC no se trataba de un servicio policial ordinario, sino de uno

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

especial para realzar la solemnidad de un acto religioso, por lo que concluye la vulneración del derecho a la libertad religiosa de recurrente en su vertiente negativa. El Tribunal no entra, sin embargo, en la pertenencia del cuerpo de policía a la citada cofradía ya que son los Estatutos de ésta los que establecen tal pertenencia, y al no poder imputarlos a un poder público, no cabe enjuiciarlos en amparo (art. 41.2 LOTC).

D) Acumulación de períodos de prisión provisional a los efectos de calcular el plazo máximo de dos años (artículo 17.1 CE)

STC 81/2004, de 5 de mayo, Sala Segunda. Se otorga el amparo a quien la jurisdicción ordinaria denegó la puesta en libertad. Se reitera la jurisprudencia según la cual la acumulación de procedimientos penales ha de venir acompañada de la acumulación, también, de los períodos pasados en situación de prisión provisional en cada uno de ellos, aun cuando los hechos que dieron lugar a la incoación de tales procedimientos estuvieran, como en el caso enjuiciado, desconectados temporalmente. No sería legítima la multiplicación de los plazos legales por el número de delitos imputados, pues resultaría un tiempo de privación de libertad superior al razonable.

E) Libertad de expresión y ejercicio de la defensa letrada: calificación de los contenidos de la Sentencia de instancia de falsedades y barbaridades [artículo 20.1.a) CE]

STC 67/2004, de 19 de abril, Sala Segunda. El presente asunto parte de la afirmación del recurrente, Letrado en un asunto sustanciado ante la jurisdicción civil, de que la Sentencia de Instancia contenía una serie de “falsedades y barbaridades” que habrían de determinar su nulidad. Instado por el Presidente del Tribunal en que se desarrollaba la vista a retirar tales afirmaciones, el Letrado las mantuvo, hecho por el cual le sería retirado el uso de la palabra.

Planteada la eventual inconstitucionalidad de las sanciones impuestas al Letrado, el TC se centrará en delimitar si las afirmaciones proferidas por el mismo quedan amparadas por la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, libertad de expresión cuya protección se acentúa en razón de la relación existente entre su ejercicio y la correspondiente efectividad del derecho de defensa de la parte. En este sentido, el TC señala que el marco en el que se producen las afirmaciones, así como la finalidad perseguida por el Letrado —la declaración de nulidad de la Sentencia—, justifican las afirmaciones, que quedan amparadas por la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa de su parte.

F) Libertad de información [artículo 20.1.d) CE]

a) El acceso de medios de captación y difusión de imágenes en las audiencias públicas forma parte del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información

SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, Sala Primera. Resuelven los recursos planteados contra los Acuerdos de la Sala de Gobierno del TS por los cuales se prohíbe el acceso

de los medios de comunicación con cámaras de televisión o fotográficas a juicios o vistas celebrados en cualquiera de las salas del TS.

El TC señala que, puesto que la libertad de información comprende no sólo el derecho a difundir información veraz, sino también todo el proceso de obtención y elaboración de la noticia, el acceso a toda fuente pública de información, entre ellas, las audiencias judiciales públicas, forma parte del contenido constitucionalmente protegido de este derecho. Añade el TC que la libertad de información puede realizarse a través de cualquier medio de difusión, incluidos aquellos destinados a la captación y difusión de imágenes. Este reconocimiento no obsta a que la utilización de ciertos medios de captación de imágenes sea limitada, en ciertas circunstancias, en consideración a los derechos fundamentales de terceros y a bienes constitucionalmente protegidos –tal y como prevén las normas procesales españolas y la propia CE–. No obstante, señala el TC, el principio general habrá de ser la habilitación del uso de cualquier medio de difusión, principio general que podrá encontrar las excepciones legalmente previstas. Por el contrario, el Acuerdo impugnado propone un régimen de prohibición general de la utilización de medios de difusión de imágenes con reserva de autorización en ciertos casos, lo cual no puede sino estimarse contrario al contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información.

b) Alcance del nivel de diligencia exigible a los periodistas en la comprobación de la información publicada

STC 61/2004, de 19 de abril, Sala Segunda. Plantea un nuevo supuesto de colisión del derecho al honor y la libertad de información en relación con la publicación de una noticia en un diario. El TC se centrará en dilucidar si el periodista redactor de la noticia cumplió el deber de diligencia exigido en la comprobación de la información publicada. En este sentido, señalará, en contraposición con lo dictado por el TS, que el hecho de que el periodista redactor de la noticia utilizara como fuentes de la misma el Acta de la Comisión de Personal de la Fundación Municipal de Deportes en que se trató el asunto y las declaraciones de una de las Concejales del Ayuntamiento al respecto de lo ocurrido, acredita de forma suficiente la actividad probatoria desarrollada por el profesional antes de la elaboración y difusión de la noticia.

c) La libertad de información prima sobre el derecho al honor si estamos ante un reportaje neutral: teoría del titular de prensa

STC 54/2004, de 15 de abril, Pleno. El presente asunto trae causa de la publicación de un reportaje en el periódico “Claro” en que se daba cuenta de la posible participación del Sr. Enrique Múgica en un caso de corrupción y tráfico de influencias, mediante un titular de importantes dimensiones que versaba Múgica ¿Untado con 45 millones? ¿Y 10 para su amante?, y un cuerpo de noticia en que se recogían datos del sumario abierto por tal causa. El TC pondera la libertad de información instada por la parte recurrente –el periódico Claro– y el derecho al honor del Sr. Múgica, centrándose en dos cuestiones clave: a) Si la supuesta

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

trasgresión del secreto del sumario conlleva la falta de veracidad de la información obtenida; b) Si nos encontramos ante un ejemplo de reportaje neutral.

En relación con la primera cuestión, puntualiza el TC que el requisito de veracidad no exige que la información haya sido obtenida de forma legítima, sino simplemente el cumplimiento del deber de diligencia en la contrastación de la información. Independientemente de que la vulneración del secreto del sumario pueda conllevar ciertas responsabilidades, ese hecho no transforma a la información en inveraz —el TS, sin embargo, amparó el derecho al honor del Sr. Múgica al considerar lo contrario—.

En cuanto a la segunda, el TC plantea si el reportaje objeto de litigio puede considerarse un reportaje neutral a pesar del tratamiento que el periódico hace de la noticia a través del titular de prensa, titular que, además de ser cuestionable en cuanto a su redacción, fue resaltado tipográficamente de forma notable. El TC, tras hacer referencia a la “teoría del titular de prensa” estima, de forma bastante criticable —dos votos particulares al respecto parecen demostrarlo—, que el reportaje aludido es un reportaje neutral, en cuanto la primera línea del titular se ve compensada por las posteriores que hacen referencia a la apertura del procedimiento judicial del que se hace eco la noticia.

G) De nuevo acerca de candidaturas electorales anuladas. El caso de las elecciones europeas de 2004 (artículo 23.1 CE)

STC 99/2004, de 27 de mayo, Sala Primera, que resuelve, acumulados, sendos recursos de amparo contra las sentencias de las Sala del art. 61 de la LOPJ del Tribunal Supremo que anularon el acuerdo de la Junta Electoral Central, en lo relativo a la proclamación de las candidaturas presentadas por la agrupación de electores Herriarren Zerrenda.

Los recurrentes plantean tres bloques de quejas: el primero predominantemente procesal, fundado, entre otros, en la perentoriedad de los plazos del amparo electoral —en lo que parece concordar el voto particular de la magistrada discrepante—. El segundo bloque afecta al derecho a la intimidad personal (art. 18 CE) al que el TC responde reiterando su jurisprudencia sentada en la STC 85/2003, y dejando claro que los datos recabados en el caso se referían a la participación de los ciudadanos en la vida política y eran, en consecuencia, públicos, o bien eran datos de la esfera privada pero obtenidos conforme prescribe la LO 15/1999, de protección de datos.

El tercer grupo de quejas tienen que ver con el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Para los recurrentes la pretendida vinculación a HB de la agrupación excluida por haber figurado alguno de sus componentes en listas de partidos ilegalizados cuando eran legales, impide la participación tanto de los candidatos como de los potenciales electores. El TC responde reiterando su jurisprudencia sentada en varias sentencias y en especial en la STC 85/2003. Reafirma el Alto Tribunal que los candidatos y dirigentes de las formaciones ahora ilegalizadas no sufren privación de su derecho de sufragio pasivo, pues el art. 44.1 de la LOREG no puede entenderse como una causa de elegibilidad sino como una restricción material del ejercicio del derecho, no impidiéndolo en absolu-

to sino sólo cuando se pretenda disfrutarlo en unión de otras personas para eludir fraudulentamente las consecuencias jurídicas de la disolución de un partido político (FJ 14°).

La interpretación conforme a la Constitución del art. 44.1 de la LOREG, efectuada por la STC 85/2003, pretende evitar la desnaturalización de la figura de la agrupación electoral —muy distinta a la de un partido político— para crear un partido político *de facto* con el designio de obviar las consecuencias de la disolución de un partido y mantener su continuidad de manera fraudulenta (FJ 15°).

El órgano judicial ha de llegar al convencimiento de que la constitución de una agrupación electoral no tiene por finalidad el ejercicio del derecho de participación sino la elusión de los efectos de la disolución del partido. En este sentido, la acreditación de la trama defraudatoria requiere la concurrencia de elementos probatorios del más diverso cariz: continuidad financiera y personal. Para la Sala del art. 61 hay elementos objetivos suficientes para probar el fraude. Los elementos tenidos en cuenta permiten a la Sala sentenciadora valorar de modo razonable una realidad material de tal suerte que el TC no puede entrar en el terreno de la valoración de la prueba, ya que no se aprecia error manifiesto ni arbitrariedad (FJ 17°).

Aunque el TC advierte que los elementos objetivos señalados serían suficientes para conformar la convicción de que había ánimo defraudador, también algunos elementos subjetivos contribuirían a este juicio. Aun así el TC desliza una crítica a la Sala sentenciadora, recalando que la izquierda abertzale no está proscrita puesto que las ideologías son libres a la luz de nuestra Constitución (FJ 18°), y que los simpatizantes, dirigentes o antiguos candidatos no vienen privados de sus derechos electorales sino que únicamente verán restringido su ejercicio cuando pretendan “reconstruir” un partido ilegalizado (FJ 19°).

Se refuerza la idea contenida en la STC 176/2003, de 10 de octubre (JA 23), de que no se pueden tener en cuenta únicamente criterios subjetivos, y de que deben tener peso también los criterios cualitativos que permitan deducir la previsible continuidad en las actividades de los partidos disueltos por las agrupaciones de electores.

H) Garantía de indemnidad de representante sindical destituido de un cargo de libre designación (artículo 28.1 CE)

STC 79/2004, de 5 de mayo, Sala Segunda. Se reitera una doctrina ya antigua acerca de la regla de distribución de la carga de la prueba, posible si el trabajador ofrece indicios razonables de conducta antisindical, de tal modo que sea el empleador el que deba probar que no hubo conducta antisindical. Esta doctrina se proyecta, asimismo, en el ámbito de la Administración pública y es aplicable, también, a los puestos de libre designación.

En este caso el cese y traslado del recurrente ofrecen un panorama indiciario completado con datos cronológicos: la reorganización de la gerencia de urbanismo que sólo afectó al recurrente, que ocupaba un puesto de libre designación, y la apariencia de que las

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

medidas sufridas por el actor eran consecuencia de ejercer funciones sindicales. El Ayuntamiento de Murcia no ofreció ningún argumento explicativo con apoyo de razones objetivas, por lo que puede afirmarse que las medidas adoptadas atentan contra la garantía de indemnidad del actor en el desempeño de sus funciones sindicales.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Nacionalidad y libertad religiosa (artículo 16 CE)

STS de 28 de mayo de 2004, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. Martínez- Vares García. Impugna una resolución del Ministerio de Justicia que denegó a la recurrente, residente en Melilla, el reconocimiento de la nacionalidad española por no haber “justificado suficiente grado de integración en la sociedad española (...)”. Su domicilio se encuentra en una barriada eminentemente musulmana manteniendo costumbres y tradiciones marroquíes”. El TS declara que las costumbres y tradiciones a las que se refiere la Administración tienen que ver, de modo casi exclusivo, con la fe religiosa que profesan la recurrente, su familia y la mayoría de la población musulmana que habita en la ciudad de Melilla, lo que constituye un derecho fundamental reconocido a todos, la libertad religiosa y de culto, que no excluye que la recurrente mantenga el suficiente grado de integración en la sociedad española.

B) Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 CE)

a) La publicación de información veraz y de relevancia pública prima sobre el derecho al honor

STS de 3 de mayo de 2004, Sala Primera, ponente Excmo. Sr. Gil Sierra. Desestima el recurso interpuesto por el Fiscal Jefe del TSJ de Madrid contra el Ministro de Justicia por las declaraciones vertidas por este último a lo largo de la discusión pública que tuvo lugar en torno a la puesta en marcha de los llamados “juicios rápidos”. El TS, haciendo uso de jurisprudencia constante del TC, comprobará la relevancia pública y la veracidad de la información, así como la ausencia de expresiones vejatorias que afecten de forma directa al honor personal del demandante.

b) El simple planteamiento de una demanda de responsabilidad civil no supone un atentado contra el derecho al honor profesional cuando ésta sea fundada

STS de 5 de mayo de 2004, Sala Primera, ponente Excmo. Sr. Corbal Fernández. El presente supuesto plantea la posible intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, de oficio Procurador, por el planteamiento de una demanda por presunta negligencia profesional. La demanda se fundaba en que el demandante, Procurador de la mercantil demandada, no habría comunicado la recepción de una serie de notificaciones referidas a un procedimiento de ejecución de sentencia en que la empresa demandada era la parte ejecutada. Sin embargo, demostrado que las firmas que acreditaban la notificación de los documentos habían sido falsificadas, el demandante estima que la continuación del

procedimiento supuso un ataque a su honor y a su prestigio profesional en cuanto su actuación profesional habría sido descalificada. Sin embargo, el TS considera que, a pesar de que el prestigio profesional forma parte del marco externo —de trascendencia— en el que se desenvuelve el derecho al honor, el ataque al mismo debe alcanzar cierto grado de intensidad para constituir una intromisión ilegítima, intensidad que no se alcanza en el supuesto de hecho.

C) Impugnación del RD 178/2003, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la UE y de otros Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo

STS de 10 de junio de 2004, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. Puente Prieto. Declara la nulidad del inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos” del párrafo primero del art. 2 del RD 178/2003, así como del inciso “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”, del apartado 4 del art. 11.3.c) del RD, impugnado por la Asociación Pro Inmigrantes de Andalucía.

En relación con el primer inciso, el TS razona que, a pesar de que el art. 19 CE reconoce sólo a los españoles el derecho a elegir libremente su residencia, a la libre circulación por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca, los extranjeros también pueden ser titulares de estos derechos según lo previsto por leyes y tratados. En este sentido, art. 13.2 de la CE, que sólo reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE, y jurisprudencia reiterada del TC, SSTC 107/1984, 99/1985 y 115/1987. Asimismo, recuerda el TS que, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 17 de septiembre de 2002 ha declarado que, de conformidad con su jurisprudencia, es preciso interpretar el Reglamento núm. 1612/1968 a la luz de la exigencia de respeto de la vida familiar previsto en el art. 8 del CEDH, respeto que forma parte de los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho comunitario.

A la vista de los preceptos comunitarios, el TS considera que la expresión relativa a la exigencia de “un vínculo de convivencia estable y permanente” alude a una unidad de alojamiento exigible a los miembros de la familia para la aplicación de las disposiciones del RD recurrido. Esta unidad de convivencia no vendría exigida por el ordenamiento comunitario en idénticos términos de estabilidad y permanencia, y, por ello, el citado inciso debe ser declarado disconforme con el ordenamiento comunitario.

En relación con el inciso del art. 11.3.c).4 del RD que exige que “se acredite la convivencia en España al menos durante un año” para la concesión de la exención de visado, el TS señala que en el supuesto estudiado no serían exigibles los requisitos previstos en el art. 37.1 de LO 4/2000. Por el contrario, el cónyuge de nacional español, de nacional de un país de la UE o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sólo debe acreditar su identidad y su vínculo de relación conyugal para que le sea permitida la entrada en cualquiera de los Estados miembros de la UE, entre ellos, España, según afirma jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

– STJCE de 25 de julio 2002 (asunto 459/1999)–. Acreditadas ambas circunstancias, el Estado miembro sólo podrá prohibir la entrada de nacional de tercer Estado, cónyuge de nacional de Estado miembro, cuando concurran circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública –arts. 10, Directiva 68/360 y 8, Directiva 73/148–. Puesto que el visado es innecesario para el cónyuge, conforme a la jurisprudencia indicada, resulta improcedente la exigencia de convivencia.

D) Denegación de prueba e indefensión (artículo 24.2 CE)

STS de 31 de mayo de 2004, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. Fernández Montalvo. Recurso de casación fundado en indefensión material derivada de la falta de práctica de la prueba de confesión judicial. El TS reitera la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba que constituye una garantía procesal básica y un derecho fundamental constitucionalizado. Este derecho está sometido a la observancia de los requisitos procesales, dado que se refiere sólo a las pruebas pertinentes, esto es, las que teniendo relación con el objeto del litigio estén dotadas de alguna virtualidad, al menos teórica, para incidir en el resultado del fallo. Afirma el TS que corresponde a quien invoca la vulneración del derecho alegar razonadamente la relación entre el medio de prueba propuesto y omitido y su posible trascendencia en la decisión judicial de instancia. En este supuesto, se desestima la impugnación en base a las particularidades de la prueba y al no argumentar adecuadamente la incidencia de la prueba en el resultado del proceso.

E) La protección de los derechos fundamentales es susceptible de ser controlada en los llamados “actos políticos”

STS de 8 de enero de 2004, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. Baena de Alcázar. Plantea la impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros que decide el envío de ayuda humanitaria a Irak y el ulterior acuerdo de envío de unidades militares al mismo país. El TS afirma que los acuerdos impugnados constituyen lo que la doctrina denomina “actos políticos” inimpugnables en cuanto al fondo, por tratarse de relaciones internacionales. De conformidad con el art. 2, apartado a) LJCA, de estas decisiones pueden controlarse los actos reglados, la protección de derechos fundamentales y las eventuales indemnizaciones que puedan derivarse del mismo.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA
ISABEL PERELLÓ
RAÚL CANOSA
ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MIGUEL PÉREZ MONEO
MARÍA DÍAZ CREGO

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Constitución: la Disposición Adicional Tercera de la Constitución en relación con el artículo 46 del Estatuto de Autonomía canario exige un procedimiento especial para modificar el régimen económico y fiscal de Canarias.

3. Bases: en virtud del art. 149.1.13 CE el Estado no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público) desvinculado del orden competencial; constituyen mínimos a respetar por la legislación autonómica. 4. Ley. A) Reserva de Ley. a) En relación con el ejercicio de profesiones tituladas. b) En materia sancionadora. B) Principio de legalidad: vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24 CE la inaplicación por el Juez de una Ley autonómica por ser contraria a la Constitución y al Derecho Comunitario. C) Garantía institucional de la Seguridad Social: constituye un límite establecido por la Constitución en relación con su regulación por el legislador.

D) Garantía institucional de la autonomía local: la infringe la atribución a la Comisión de Urbanismo de Barcelona de la iniciativa para la modificación del Plan cuando afecte a elementos con incidencia territorial limitada a un término municipal. 5. Decreto-Ley: la modificación parcial del impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas no vulnera el art. 86.1 CE al no afectar a la esencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art 31.1 CE). 6. Delegación legislativa: la atribución a la Comisión de Urbanismo de Barcelona de la iniciativa en relación con el planeamiento cuando la modificación del Plan afecte a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal incurre en *ultra vires*. 7. Reglamento.

A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Obligatoriedad del Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones de carácter general. b) Sólo se requiere un Dictamen del Consejo de Estado complementario cuando se realice una modificación sustancial y trascendente en el contenido de la disposición.

c) Consulta a las organizaciones sindicales de acuerdo con la Ley 6/1987. B) Impugnación de disposiciones de carácter general. a) Legitimación para la impugnación directa de disposiciones generales. b) Finalidad del recurso directo contra disposiciones genera-

les. **8. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) Cabe establecer un trato jurídico desigual cuando existe una justificación objetiva y razonable y una disimilitud apreciable en situaciones coexistentes dentro del mismo marco estatutario. b) No vulnera este principio la imposibilidad de acceder a las prestaciones de gran invalidez con posterioridad a la edad de jubilación. c) El mantenimiento de las diferencias retributivas de los trabajadores transferidos a las Comunidades Autónomas cuando el período transitorio ha finalizado, vulnera este principio. d) No vulnera este principio la exclusión de los trabajadores fijos discontinuos de la condición de beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años. e) La estimación por parte del Tribunal Constitucional de la vulneración del art 149.1.1ª CE exige precisar los preceptos legales estatales que definen las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto de la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 2783 de 2004, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 83676 de 2004. La jurisprudencia constitucional ha sido actualizada hasta la STC 110/2004, de 30 de junio.

Tienen especial interés en esta entrega las consideraciones que expone el Tribunal Constitucional en relación con el concepto de garantía institucional en su aplicación a la Seguridad Social (STC 78/2004, de 29 de abril) y a la autonomía local (STC 51/2004, de 13 de abril). También se reseñan una serie de Sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional en relación con la aplicación del principio de igualdad que permiten analizar la distinción entre los supuestos en que concurre una justificación objetiva y razonable del trato discriminatorio y aquellos en los que no concurre y por lo tanto el trato discriminatorio es contrario al ordenamiento.

2. CONSTITUCIÓN: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 46 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA CANARIO EXIGE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA MODIFICAR EL RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL DE CANARIAS

En anteriores números de esta Revista ya se ha abordado la cuestión de la interpretación de la Disposición Adicional Tercera de la Constitución en la jurisprudencia constitucional,

IV. Fuentes del Derecho

fundamentalmente a través de la Sentencia 16/2003, de 30 de enero y 62/2003, de 27 de marzo [JA, 20.IV.3.A) y B).c)].

El Tribunal Constitucional ha determinado que la Disposición Adicional Tercera de la Constitución interpretada a la luz de sus antecedentes parlamentarios permite llegar a la conclusión de que contiene una norma que, “partiendo de la existencia del régimen económico y fiscal de Canarias, incorpora a la evidente viabilidad constitucional de su modificación por el Estado —arts. 133.1 y 149.1 apartados 10º, 13º y 14º CE— la exigencia de un previo informe autonómico” (STC 16/2003, FJ 4º). Este informe no tiene carácter vinculante.

En consecuencia, el art. 7.2 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que modifica el art. 3.1 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales que extiende a Canarias el ámbito de aplicación y exigibilidad del impuesto sobre la electricidad respeta la Disposición Adicional Tercera de la Constitución y el art. 46 del Estatuto de Autonomía canario pese al carácter desfavorable del informe del Parlamento Canario, dado que dicho informe, según la jurisprudencia constitucional, no tiene carácter vinculante (STC 109/2004, de 30 de junio).

En la **STC 108/2004, de 30 de junio**, también se plantea la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 12/1996 que modifica el tipo de gravamen del impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas por no haberse dado en su tramitación audiencia al Parlamento Canario, en la medida en que la citada regulación puede afectar al régimen económico y fiscal canario.

El Tribunal Constitucional mantiene que esta regulación no supone una modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, por lo que no era necesario en su tramitación la audiencia del parlamento canario. La citada regulación modifica la cuantía de un tributo de carácter estatal, que grava un producto que siempre ha estado ajeno a las franquicias al consumo y aduaneras eventualmente existentes en Canarias y cuya recaudación se ha cedido con posterioridad parcialmente a todas las Comunidades Autónomas; por lo que no cabe afirmar que afecta al régimen económico y fiscal canario; además, en dicha subida se ha respetado el diferencial de tributación que existía previamente para la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. BASES: EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 149.1.13ª CE EL ESTADO NO DISPONE DE UN PODER GENERAL PARA SUBVENCIONES (GASTO PÚBLICO) DESVINCULADO DEL ORDEN COMPETENCIAL; CONSTITUYEN MÍNIMOS A RESPETAR POR LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

En la **STC 77/2004, de 29 de abril**, se plantea por parte de la Generalidad de Cataluña un conflicto positivo de competencia relación con algunas disposiciones de la Orden del Ministerio de Comercio y Turismo de 6 de febrero de 1996 por la que se regula la conce-

sión de ayudas relacionadas en los programas generales del Plan marco de modernización del comercio interior.

Para resolver este conflicto el Tribunal aplica la conocida jurisprudencia de la STC 13/1992, de 6 de febrero, en la que reconoce la necesidad de la gestión descentralizada de las subvenciones en las materias sobre las que incide un título estatal genérico como es la “ordenación general de la economía”.

De conformidad con la doctrina constitucional sobre subvenciones resulta admisible que en este caso el Estado consiga en sus presupuestos generales los recursos precisos para dotar las subvenciones y que especifique genéricamente su destino, regulando con este mismo alcance las condiciones esenciales para su otorgamiento, pero debía haber procedido a territorializar los recursos entre las Comunidades Autónomas para que fuesen éstas las que realizaran las correspondientes convocatorias, así como la totalidad de las funciones precisas para la gestión control administrativo y concesión de las ayudas.

La jurisprudencia constitucional define las bases como mínimos a respetar por la legislación autonómica. En este sentido se pronuncia la **STC 98/2004, de 25 de mayo**, cuyo contenido se expone a continuación.

El art. 51 de la Ley 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de Canarias faculta al Gobierno de Canarias para fijar dentro del ámbito del Servicio Canario de Salud los precios de referencia en las especialidades farmacéuticas y posibilita la financiación pública de las especialidades que excedan de los citados precios siempre que exista informe complementario del facultativo del Servicio Canario de Salud en el que se justifique la elección del medicamento de coste superior al de referencia. El Gobierno de la Nación impugnó ante el Tribunal Constitucional este precepto alegando que invadía las competencias básicas del Estado en materia sanitaria (art.149.1.16ª CE).

El precepto impugnado admite dos interpretaciones. Una interpretación literal, que determinaría su inconstitucionalidad, según la cual, la norma recurrida atribuye al Gobierno de Canarias el art. 51.1 de la Ley Canaria 5/1996 lo es sólo para fijar los precios de referencia, siempre que respeten los mínimos establecidos por la norma básica estatal.

El Tribunal aplica para resolver este recurso el reiterado criterio hermenéutico de la “interpretación conforme” que determina que cuando son posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella debe admitirse la primera, en tanto que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo otra interpretación.

4. LEY

A) Reserva de Ley

a) En relación con el ejercicio de profesiones tituladas

La STS de 4 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1392, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Diplomados de Enfermería de Gerona contra el RD 1231/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Colegial de Enfermería de España, del Consejo General de Enfermería y de Ordenación de la Actividad Colegial de Enfermería.

Señala al respecto el Tribunal que la reserva de Ley del art. 36 CE para la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas, implica que la Ley regule: 1) la existencia misma de la profesión titulada, esto es, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos; 2) los requisitos y los títulos necesarios para su ejercicio; 3) su contenido, o conjunto formal de las actividades. Conforme a lo cual se declara la nulidad de algunos preceptos del citado RD.

En este mismo sentido, las SSTs de 4 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2193 y 2194.

b) En materia sancionadora

En la STS de 26 de abril de 2004, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2783, se resuelve una cuestión de ilegalidad interpuesta a raíz de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que anulaba una resolución de la Dirección General de la Policía que sancionaba a un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía por la comisión de una falta grave. El problema central se basa en el cumplimiento o no de la reserva de ley sancionadora del art. 25.1 de la Constitución por el Reglamento del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía aprobado por Real Decreto 884/1989, de 14 de julio.

Apunta el Tribunal que, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, el alcance de la reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material en el seno de las relaciones de sujeción especial, en el que la potestad sancionadora no es la expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, si bien, incluso en este ámbito, una sanción carente de toda base normativa legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 CE.

De lo que deduce el Tribunal que, en el ámbito de unas relaciones de sujeción especial de singular intensidad basta para que el principio de legalidad, en su garantía de exigencia de una Ley formal, se considere respetado respecto a la tipificación de una infracción disciplinaria, que el precepto reglamentario tenga su apoyo en la Ley, aunque el precepto de la Ley formal no defina específicamente el tipo de la infracción disciplinaria.

B) Principio de legalidad: vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE la inaplicación por el Juez de una Ley autonómica por ser contraria a la Constitución y al Derecho Comunitario

Los Jueces y Tribunales, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden *secundum legem* y conforme al sistema de fuentes establecido. El art. 117.3 CE no faculta al Juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico, tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3.CE) y que se instituye en un límite, no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2º) (STC 58/2004, de 19 de abril).

C) Garantía institucional de la Seguridad Social: constituye un límite establecido por la Constitución en relación con su regulación por el legislador

El Tribunal Constitucional, en su STC 78/2004, de 29 de abril, declara que la extensión específica de la “Seguridad Social” no es deducible por sí sola del tenor del art. 41 CE: la Constitución no define un único modelo de Seguridad Social.

La Constitución consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema y sólo impide que se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social. Dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos y distintos planteamientos de la cobertura reconocida, sin que, en particular y en todo caso, la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos, constituya un imperativo jurídico (STC 78/2004, de 29 de abril, FJ 3º).

D) Garantía institucional de la autonomía local: la infringe la atribución a la Comisión de Urbanismo de Barcelona de la iniciativa para la modificación del Plan cuando afecte a elementos con incidencia territorial limitada a un término municipal

La más temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la garantía constitucional de la autonomía local declaró que esta garantía “ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias” (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4º). Es precisamente esta adecuada relación entre la intensidad de los intereses afectados y la intensidad de la participación en los procedimientos la que quiebra de forma evidente en este caso, que se caracteriza

IV. Fuentes del Derecho

porque, por definición, no se ve afectado ningún interés supramunicipal y, sin embargo, se atribuyen a la Comunidad Autónoma no sólo la iniciativa del Plan, sino también, con arreglo a lo dispuesto en el art. 59 del texto refundido catalán, las aprobaciones inicial, provisional y definitiva. Si la graduación de la intensidad de la participación del municipio ha de llevarse a cabo en función de la relación entre intereses locales y supralocales, es claro que, cuando únicamente aparecen aquéllos y no éstos, es necesario concluir que la citada competencia atribuida a la Comisión de Urbanismo de Barcelona vulnera la autonomía municipal garantizada por los arts. 137 y 140 CE (STC 51/2004, de 13 de abril).

5. DECRETO-LEY: LA MODIFICACIÓN PARCIAL DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE EL ALCOHOL Y BEBIDAS DERIVADAS NO VULNERA EL ARTÍCULO 86.1 CE AL NO AFECTAR A LA ESENCIA DEL DEBER CONSTITUCIONAL DE CONTRIBUIR AL SOSTENIMIENTO DE LOS GASTOS PÚBLICOS (ARTÍCULO 31.1 CE)

En la STC 108/2004, de 30 de junio, se plantea la cuestión de los límites materiales de la utilización del Decreto-Ley en virtud de lo establecido por el art. 86.1 CE.

El Decreto-Ley no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales del deber de contribuir (art. 31.1 CE). En consecuencia, vulnerará el art. 86 CE la regulación por Decreto-Ley que suponga “cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario”; será preciso tener en cuenta en cada caso en qué tributo concreto incide el Decreto-Ley (constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica), qué elementos del mismo, esenciales o no, resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa, y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate. En este caso, al igual que en el que resolvió la STC 137/2003 con relación al impuesto especial sobre medios de transporte [JA, 22.IV.4.D), 5ª y B)], para el Tribunal Constitucional, la modificación parcial de la cuantía del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas derivadas, no ha alterado de manera relevante la presión fiscal que deben soportar los contribuyentes y, por consiguiente, no ha provocado un cambio sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, de manera que no ha afectado a la esencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE, por lo que no incurre en inconstitucionalidad.

6. DELEGACIÓN LEGISLATIVA: LA ATRIBUCIÓN A LA COMISIÓN DE URBANISMO DE BARCELONA DE LA INICIATIVA EN RELACIÓN CON EL PLANEAMIENTO CUANDO LA MODIFICACIÓN DEL PLAN AFECTE A ELEMENTOS CON UNA INCIDENCIA TERRITORIAL LIMITADA A UN TÉRMINO MUNICIPAL INCURRE EN ULTRA VIRES

En la STC 51/2004, de 13 de abril, del Tribunal Constitucional se resuelven una serie de cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Transitoria Octava del

Texto Refundido de la Legislación vigente en Cataluña en materia urbanística aprobada por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio. La versión catalana de dicho precepto, incluye un adverbio, *també*, que no figura en la versión castellana y que tiene evidentes consecuencias jurídicas. En tanto que en la versión castellana la norma cuestionada atribuye, sin más, la competencia de iniciativa para la modificación del Plan General metropolitano a los entes locales interesados en el supuesto de que dicha modificación afecte a elementos con una incidencia territorial limitada a su término municipal o a una comarca, la versión del precepto publicada en catalán, al incluir el adverbio *també*—*també*—, hace que la norma, que ha aludido en el inciso anterior a la Comisión de Urbanismo de Barcelona, atribuya dicha competencia de iniciativa, de forma concurrente, a los entes locales interesados y a dicho órgano desconcentrado de la Administración autonómica.

Los jueces que suscitan las cuestiones de inconstitucionalidad han aplicado la versión catalana y plantean que la atribución de la citada competencia a la Comisión de Urbanismo de Barcelona por el Texto refundido incurre en un exceso en el ejercicio de la delegación legislativa (*ultra vires*), lo que vulneraría el art. 33.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña —que regula la delegación legislativa del Gobierno de la Generalidad de Cataluña en términos idénticos a los arts. 82, 83 y 84 de la Constitución— en relación con el art. 82.5 CE.

El Tribunal entiende que el texto legal resultante de la refundición (Decreto Legislativo 1/1990) incurre en *ultra vires*, dado que el adverbio *també* atribuye a la Comisión de Urbanismo de Barcelona la competencia de iniciativa cuando la modificación del Plan afecte a elementos con una incidencia territorial limitada al término municipal, cuestión no admitida en los textos legales objeto de refundición y no autorizada por la ley que establecía los términos en que debía realizarse dicha refundición.

7. REGLAMENTO

A) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Obligatoriedad del Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones de carácter general

El Tribunal Supremo establece en su STS de 23 de marzo de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2358, la importancia del trámite de audiencia del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales, a raíz de la impugnación en casación de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura referido a la impugnación de un Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 87/1997, de 1 de julio, por el que se realizaba la Reestructuración de los Servicios de Farmacia de las Estructuras Sanitarias de Atención Primaria y se aprobaba la relación de Puestos de Trabajo del Personal Sanitario al Servicio de la Sanidad Local de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura.

IV. Fuentes del Derecho

El Tribunal hace un repaso de su propia jurisprudencia, muy abundante a este respecto. Afirma que, a partir de 1987 se inició una línea jurisprudencial que, en atención al principio de economía procesal, relativizaba la trascendencia invalidante de la omisión del informe del Consejo de Estado, afirmando que la misma no impedía a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa entrar a conocer sobre el fondo del asunto; si efectuado el control se acreditaba dicha conformidad, carecía de sentido declarar una nulidad en sede jurisdiccional para que el Consejo de Estado viniera después a decir lo que ya se había constatado. No hay que olvidar que esta línea jurisprudencial ha coexistido con la que reproduciendo los viejos criterios, venía afirmando y declarando la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria cuando se había omitido, indebidamente, el dictamen del Alto Órgano Consultivo.

Por tanto, según el Tribunal, no es correcto volatilizar esta cautela previa que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, casi siempre casuístico o fragmentario y siempre eventual. La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un mero formalismo sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar en lo posible la adecuación del Derecho al ejercicio de la potestad reglamentaria. Hay que partir, pues, de la necesidad de efectuar la consulta preceptiva al Consejo de Estado, so pena de incurrir en nulidad de pleno derecho de la disposición reglamentaria, sin perjuicio de que la aplicación del principio de economía procesal determine la existencia de ciertas excepciones singulares a la regla general formulada.

b) Sólo se requiere un dictamen del Consejo de Estado complementario cuando se realice una modificación sustancial y trascendente en el contenido de la disposición

En la STS de 14 de enero de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 556, se resuelve la impugnación en casación de una Sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de un recurso interpuesto por el Colegio de Graduados Sociales de Sevilla contra la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de enero de 1998, que desarrollaba las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional. Una de las cuestiones en que se fundamenta la casación se basa en la modificación de una disposición adicional de la Orden una vez que se había emitido el preceptivo informe por el Consejo de Estado.

A este respecto señala el Tribunal que si bien es cierto que la Orden, en su conjunto, ha de ser considerada como una disposición de carácter reglamentario que desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social sentadas en la Ley 65/1997 que, como tal, ha de someterse al dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con los arts. 24.2 de la Ley 65/1997 y 22.3 de la LO 2/1980, la disposición adicional aludida no comparte ese carácter. La argumentación se basa en que la disposición adicional es una disposición reglamentaria de carácter autónomo y meramente organizativo que, además, se limita a poner en vigor el cumplimiento de cuestiones ya estipuladas en otras disposiciones reglamentarias anteriores.

De modo que concluye afirmando que no toda modificación posterior introducida en un proyecto remitido en consulta al Consejo de Estado supone la necesidad de recabar nueva consulta sobre su pertinencia. Sólo es necesario acudir a un ulterior dictamen complementario en los casos en que la modificación operada sea sustancial y trascendente, trascendencia que ha de apreciarse en relación con el sentido y alcance de la norma a dictaminar.

c) Consulta a las organizaciones sindicales de acuerdo con la Ley 6/1987

La STS de 4 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 886, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 16 de mayo de 2001, que se refiere a la impugnación del Decreto Foral 241/1998, de 3 de agosto, sobre atención y seguimiento personalizado en la asistencia sanitaria especializada y elección de médico especialista por los médicos de atención primaria del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, y que anula las disposiciones adicionales de dicho Decreto por un único motivo: la infracción del deber de consultar con las organizaciones sindicales las modificaciones de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

El Tribunal Supremo afirma que la necesidad de negociar u oír en consulta a las organizaciones sindicales en torno a la regulación de las materias que se recogen en la Ley 6/1987 sobre Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, dimana de la imposición derivada del art. 28.1 de la Constitución, que tiene por objeto reconocer el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos como manifestación sustancial de la libertad sindical que se proclama. Luego esto no debe confundirse con otras posibles intervenciones de las asociaciones sindicales en la tramitación de cualesquiera otras normas reglamentarias, que evidentemente se rigen por lo regulado en el art. 24 de la Ley del Gobierno, y que se interpretan por la jurisprudencia de forma que se exonera de la audiencia obligatoria, en la elaboración de los proyectos de reglamentos, a las asociaciones de naturaleza meramente voluntaria, como los sindicatos, aunque sean representativas de intereses profesionales.

B) Impugnación de disposiciones de carácter general

a) Legitimación para la impugnación directa de disposiciones generales

La STS de 4 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1937, se refiere a un caso relativo a los requisitos necesarios para poder impugnar disposiciones de carácter general por los particulares. La parte recurrente impugnó el RD 1231/2001, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Colegial de Enfermería de España, del Consejo General y de Ordenación de la actividad profesional de enfermería.

El problema se centra en determinar si la recurrente está legitimada para llevar a cabo dicha impugnación cuando únicamente ha acreditado su categoría profesional de enfermera con una copia de nómina de una liquidación llevada a cabo en el mes del año del recurso, sin ninguna otra acreditación.

IV. Fuentes del Derecho

El Tribunal señala al respecto que la jurisprudencia constitucional ha establecido definitivamente que el interés legitimador para la impugnación de las disposiciones de carácter general es el interés legítimo que con carácter general habilita a cualquier particular para el ejercicio de la acción administrativa. Luego, los particulares titulares de un interés legítimo están legitimados para la impugnación directa de los reglamentos, aun cuando no sean necesarios para su aplicación actos de requerimiento o sujeción individual. Se supera así el carácter restrictivo de la legitimación que establecía la antigua Ley de la Jurisdicción de 1956 en su art. 28.1.b).

En cuanto a la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales, la jurisprudencia reconoce legitimación a los profesionales y a las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses. Pero exige, sin embargo, que tengan el carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulta afectado por el reglamento impugnado. En consecuencia, el juicio para determinar la legitimación de la recurrente deberá realizarse de forma individualizada para cada precepto del reglamento que impugna, comprobando así, si se da o no, esa afectación directa en el ejercicio de sus funciones profesionales.

b) Finalidad del recurso directo contra disposiciones generales

La STS de 9 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 787, resuelve un caso referido a la impugnación del RD 385/2002, de 26 de abril, por el que se modifica el RD 2018/1997, de 26 de diciembre, que aprobó el Reglamento de Puntos de Medida de los Consumos y Tránsitos de Energía Eléctrica.

Apunta el Tribunal que el recurso directo contra disposiciones de carácter general es un instrumento procesal que tiene como finalidad la de eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias a derecho, y no tanto la de resolver acerca de las pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica entre el recurrente singular y la Administración. Por lo que aquel recurso pierde su sentido cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria haya sido eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico.

8. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) Cabe establecer un trato jurídico desigual cuando existe una justificación objetiva y razonable y una disimilitud apreciable en situaciones coexistentes dentro del mismo marco estatutario

La STSJ de Cantabria de 24 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 83676, resuelve un recurso interpuesto por Comisiones Obreras de Cantabria contra Acuerdo

del Consejo de Cantabria de 8 de mayo de 2003, sobre cierre de oficinas del Gobierno regional en un día festivo, y las exclusiones contenidas en el mismo, referidas al personal estatutario y a los funcionarios sanitarios locales del Servicio Cántabro de Salud.

La organización sindical alegó la existencia de una desigualdad contraria al art. 14 CE en esta regulación. El Tribunal se refiere en ese punto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, citando parte de las SSTC 75/1983, de 3 de agosto, y 56/1988, de 24 de marzo. El Tribunal Constitucional permite introducir desigualdades en cuanto al régimen jurídico aplicable al personal al servicio de las Administraciones Públicas. Además, el Tribunal expone que las diferencias de régimen jurídico introducidas por el Gobierno cántabro no son arbitrarias ni irrazonables; por el contrario, la diferencia de régimen jurídico se corresponde con una diferencia material o sustancial previa. Sólo cabe entender que el trato diferencial es discriminatorio cuando se acredita una semejanza sustancial entre los términos de comparación y se aplican consecuencias jurídicas diferentes.

b) No vulnera este principio la imposibilidad de acceder a las prestaciones de gran invalidez con posterioridad a la edad de jubilación

En la **STC 78/2004, de 29 de abril**, el Tribunal Constitucional estima que el límite de edad que establece el párrafo primero del art. 143.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la posibilidad de instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante de aquéllos a los que se ha reconocido el derecho a las prestaciones de invalidez permanente, no infringe el art. 14 CE. Este límite de edad impide declarar gran inválido a aquellos sujetos que, cumpliendo los requisitos que exige la Ley y habiendo sido declarados anteriormente en situación de incapacidad permanente absoluta hubieran cumplido sesenta y cinco años de edad en el momento en que solicitan la revisión. Esta cuestión ya había sido abordada por el Tribunal en el STC 197/2003, de 30 de octubre. [JA, 23.IV.5.A).a)].

En síntesis el Tribunal destaca que en materia de Seguridad Social la edad puede suponer un criterio de distinción que responda a razones objetivas y razonables y admite la viabilidad de la fijación de una edad concreta como límite para los derechos de los beneficiarios, impuesto probablemente atendiendo a condicionamientos financieros. En conclusión, el doble y diferenciado marco legal de protección para la vejez y la invalidez obedece a criterios objetivos y razonables, según criterios de valoración generalmente aceptados, sin que las consecuencias que derivan de esa diferenciación produzcan resultados desproporcionados a la vista de la finalidad perseguida.

IV. Fuentes del Derecho

c) El mantenimiento de las diferencias retributivas de los trabajadores transferidos a las Comunidades Autónomas cuando el período transitorio ha finalizado vulnera este principio

El Tribunal Constitucional entiende que el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista, legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria” (STC 125/2003, de 19 de junio, FJ 4º).

En su aplicación al caso planteado el Tribunal entiende que el precepto legal cuestionado desconoce el principio de igualdad ya que, si bien este Tribunal ha admitido que el régimen laboral –del que forma parte el régimen retributivo– de los trabajadores transferidos pueda verse sometido a especialidades –siempre que las diferenciaciones producidas tengan una justificación objetiva y razonable– en el período transitorio en que dichos trabajadores se van incorporando a la Administración de la que dependerán en el futuro, cuando la inserción ya se ha perfeccionado, ha desaparecido la justificación objetiva y razonable de la diferenciación admisible en cuanto tal inserción todavía no estaba perfeccionada” (STC 110/2004, de 30 de junio, FJ 5º).

d) No vulnera este principio la exclusión de los trabajadores fijos discontinuos de la condición de beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años

Se plantea en la STC 53/2004, de 15 de abril, si la exclusión de los trabajadores fijos discontinuos de la condición de beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años vulnera el art. 14 CE. El Tribunal reproduce la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad a la que se ha hecho referencia y concluye y argumenta que la naturaleza o modalidad de la relación contractual justifica el establecimiento de un régimen jurídico específico para estos trabajadores.

e) La estimación por parte del Tribunal Constitucional de la vulneración del artículo 149.1.1ª CE exige precisar los preceptos legales estatales que definen las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales

La vigencia del art. 149.1.1ª CE que habilita al Estado para establecer una regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, no conlleva la exclusión de las diferencias en las normas complementarias de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional, en su STC 98/2004, de 25 de mayo, exige para estimar la vulnera-

ción del art. 149.1.1ª CE que el Abogado del Estado señale los concretos preceptos legales que infringen dicho precepto, dado que “es notorio que este Tribunal carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad que aquella representación procesal le solicita, lo que nos impide apreciar si se ha conculcado el contenido primario de algún derecho o de las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7º)”. SSTC 109/2003, de 5 de junio, FJ 17º y 152/2003, de 17 de julio, FJ 5º.h).

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
SILVIA DÍAZ SASTRE

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos. A) Distinción con las disposiciones administrativas de carácter general. **3. Procedimiento administrativo.** A) Perentoriedad de los plazos procedimentales. B) Derecho de información y acceso a documentos en materia de medio ambiente. C) Naturaleza jurídica del silencio administrativo negativo. D) Caducidad del procedimiento de declaración de caducidad de una concesión demanial. No opera dicha figura antes de la reforma de 1999. **4. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Identificación del sujeto que recibe la notificación. **5. Invalidez del acto administrativo.** A) Contenido imposible y actos dictados como consecuencia de una infracción penal.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre enero de 2004 y julio de 2004 respecto tanto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia no habiéndose detectado ningún pronunciamiento que suponga una novedad o matización en la jurisprudencia anterior.

2. CLASES DE ACTOS

A) Distinción con las disposiciones administrativas de carácter general

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de enero de 2004, Ar. 344, declara el carácter de norma jurídica del Decreto autonómico por el que se acuerda la formulación de las Directrices de Ordenación Territorial y Turismo de Canarias. Y ello porque “(...) del examen del Decreto resulta que nace como un conjunto que ha de pasar a integrar el Ordenamiento Jurídico con carácter normativo. De la simple lectura del mismo ya se

aprecia su vocación de permanencia pues es manifiesto que no se agota mediante un acto único aplicativo sino que establece el procedimiento para la aprobación de las Directrices de Ordenación. Por un lado el criterio ordinamental, y por otro, el de la consunción, caracterizan la actuación administrativa como disposición general. (...)”.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Perentoriedad de los plazos procedimentales

Para la STS de 3 de mayo de 2004, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2562, en modo alguno puede devaluarse la exigencia legal de respeto a los plazos establecidos para los diversos trámites de los procedimientos administrativos a una mera “formalidad temporal”, frente a la que se alcen como únicos factores relevantes de la decisión el cumplimiento de los requisitos materiales que sean precisos en cada procedimiento. Por el contrario, el Tribunal afirma que “(...) los plazos cumplen diversos objetivos esenciales para el interés público, entre los que se cuentan el de posibilitar la ordenada tramitación de los procedimientos administrativos, garantizar la seguridad jurídica o asegurar un trato igual para los administrados (...)”. En consecuencia, considera correcta la denegación de inscripción de una instalación de radiodiagnóstico médico al presentarse fuera del plazo establecido.

B) Derecho de información y acceso a documentos en materia de medio ambiente

La STS de 17 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2226, anula la denegación por el Consejo de Seguridad Nuclear del acceso de una asociación ecologista a determinadas actas de inspección referidas a un supuesto escape radioactivo al considerar que las mismas no eran documentación definitiva, en la medida en que, si bien se incardinan en un procedimiento administrativo, las mismas consideradas de forma aislada sí son un evidente soporte de información.

C) Naturaleza jurídica del silencio administrativo negativo

Si bien bajo la redacción originaria de la Ley 30/1992, la figura del silencio negativo tenía la condición de verdadero acto administrativo negativo, al poder hacerse valer *erga omnes* y poner fin al procedimiento al impedir que se dictase un acto expreso tras la recepción de la certificación de acto presunto, la cual se consideraba exclusivamente como un justificante formal de los efectos estimatorios o desestimatorios, pero tras la modificación de 1999, a juicio de la STS de 23 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2489, el silencio negativo no es ya un verdadero acto, sino una ficción procesal, por lo que sigue vigente sin límite temporal alguno la obligación de dictar resolución expresa sin vinculación al sentido del silencio.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

D) Caducidad del procedimiento de declaración de caducidad de una concesión demanial. No opera dicha figura antes de la reforma de 1999

La STS de 21 de abril de 2004, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2640, reiterando la doctrina fijada en la Sentencia de 3 de marzo de 2004, excluye la figura de la caducidad en los procedimientos para declarar la caducidad de concesiones demaniales por incumplimiento de las cláusulas del título concesional, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, sin que puedan aplicarse al respecto la normativa sobre procedimientos sancionadores.

Cuando, tras la modificación de 1999, la caducidad se proyecta sobre los procedimientos incoados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables, el plazo de caducidad comienza a computarse desde la fecha en la que se acuerda el inicio del expediente, no en la fecha en que se notifica, como precisa la **STS de 2 de marzo de 2004**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2493.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Identificación del sujeto que recibe la notificación

La finalidad de la regulación del procedimiento para practicar la notificación tiene como finalidad, en el caso de que la misma se practique a sujeto distinto al interesado, es permitir la suficiente identificación de la persona a la que se entrega. Por ello, la **STS de 9 de febrero de 2004**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1048, considera incorrectamente practicada una notificación si simplemente consta el sello de la empresa, sin identificación de la persona que la recibe. Con ello se entra en contradicción con anteriores Sentencias de la Sección Quinta.

5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Contenido imposible y actos dictados como consecuencia de una infracción penal

La STS de 15 de abril de 2004, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2631, resume las características de la imposibilidad de contenido como supuesto de nulidad de pleno derecho. Afirma que tal imposibilidad debe ser “(...) de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a la ilegalidad del acto que suele comportar anulabilidad; debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a Leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (...)”. Ante esta doctrina,

la Sentencia afirma el carácter nulo de un acto que otorgaba el certificado de aptitud de dirección de escuela de conductores obtenido tras presentar un título académico falso, no por ser dicho acto de imposible contenido, sino por haber sido obtenido como consecuencia de una infracción penal.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados. A) Nulidad del contrato de arrendamiento de una finca de dominio público municipal que no ha sido desafectada. B) Es conforme a derecho el Convenio entre el Ministerio de Agricultura y el de Medio Ambiente por el que una empresa pública realiza determinadas actividades económicas de reforma y desarrollo agrario consistentes en los trabajos y obras que le encarguen los ministerios firmantes. C) Contratos administrativos especiales: la concesión para la explotación publicitaria de las marquesinas de las paradas de autobuses de un término municipal.

3. Régimen jurídico de los contratos. A) Prerrogativas de la Administración. a) Ejercicio del *ius variandi*: la Administración debe fijar un nuevo plazo al acordar la modificación del contrato. B) Fianza. a) No cabe incautación si no hay incumplimiento contractual. b) No cabe devolución de fianza por parte de la Administración por prescripción o transcurso del plazo de cinco años para exigirla. **4. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra pública. a) No deben computarse las cantidades correspondientes al IVA a la hora de fijar la cuantía de los intereses de demora. b) El endoso de las certificaciones de obra no desvincula al contratista de la deuda reflejada en la certificación. c) Compensación de deudas tributarias con certificaciones de obras. d) Pago de las obras realmente ejecutadas en virtud de una modificación del contrato no formalizada: improcedencia de invocar defectos en la ejecución y generación de intereses.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de noviembre de 2003 a febrero de 2004, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y los meses de febrero a octubre de 2003 en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

En las sentencias analizadas no existen novedades relevantes.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Nulidad del contrato de arrendamiento de una finca de dominio público municipal que no ha sido desafectada

El Tribunal Supremo, en STS de 2 de febrero de 2004, Ar. 448, considera no conforme a derecho el contrato por el que un Ayuntamiento arrienda una finca con destino a tanatorio a un particular en la medida que esta parcela tenía la consideración de bien de dominio público ya que había sido destinada a matadero municipal y no había sido expresamente desafectada. Considera esta sentencia que “los terrenos de dominio público que se destinen a uso privativo, como es la instalación de un servicio público explotado por una empresa particular, deben ser objeto de la oportuna concesión (art. 78.1 RBEL)”. No admite el Tribunal que haya tenido lugar una mutación demanial, por cambio de afectación del terreno a un servicio público distinto al que cumplía, pues entiende que la mutación habría requerido un acuerdo expreso al respecto.

B) Es conforme a derecho el Convenio entre el Ministerio de Agricultura y el de Medio Ambiente por el que una empresa pública realiza determinadas actividades económicas de reforma y desarrollo agrario consistentes en los trabajos y obras que le encarguen los ministerios firmantes

Considera el Tribunal Supremo en STS de 18 de diciembre de 2003, Ar. 466, en contra del parecer de la demandante, una Asociación que agrupa empresas forestales, que la Administración puede ejecutar obras forestales con sus propios medios y que esta actividad encuentra amparo en la Constitución española, concretamente en el art. 128 que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica.

C) Contratos administrativos especiales: la concesión para la explotación publicitaria de las marquesinas de las paradas de autobuses de un término municipal

Así califica al citado contrato la STS de 19 de diciembre de 2003, Ar. 467, en la que se considera que la convocatoria de un nuevo concurso para adjudicar el aprovechamiento publicitario de las nuevas marquesinas instaladas por el Ayuntamiento no resulta contrario al contrato celebrado con una empresa concesionaria que tenía por objeto otras marquesinas distintas que habían sido instaladas anteriormente. No obstante, se da la circunstancia que el Tribunal también reconoce que la convocatoria del concurso pone fin a una situación de disfrute quieto y pacífico de las nuevas marquesinas por parte de la concesionaria con tolerancia de la Administración. Pero en la sentencia se afirma que si la concesionaria quiere ser indemnizada por la extinción de esa situación *de facto*, debe, en primer lugar, reclamar al Ayuntamiento en el procedimiento de responsabilidad patrimonial o extracontractual.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS

A) Prerrogativas de la Administración

a) Ejercicio del *ius variandi*: la Administración debe fijar un nuevo plazo al acordar la modificación del contrato

Así lo declara la STS de 9 de febrero de 2004, Ar. 1048, en la que se afirma en este sentido que no cabe presumir el tiempo de duración de la prórroga del contrato cuando éste resulta modificado con el consiguiente aumento de precio, sino que la Administración debe acordar expresamente en el momento de dicha modificación el tiempo que estima ha de ampliarse la ejecución del contrato.

B) Fianza

a) No cabe incautación si no hay incumplimiento contractual

Es el caso del que conoce el Tribunal Supremo, en la citada STS de 9 de febrero de 2004, Ar. 1048, que declara nulos los acuerdos municipales que resolvían el contrato y ejecutaban el aval presentado como garantía del contrato de construcción de un Centro de Salud. La resolución del contrato y consiguiente incautación de la fianza dependían del incumplimiento por la empresa contratista del plazo de ejecución del contrato. Y éste no fue incumplido como se ha visto anteriormente.

b) No cabe devolución de fianza por parte de la Administración por prescripción o transcurso del plazo de cinco años para exigirla

Así lo sostiene la STS de 16 de febrero de 2004, Ar. 1002, en la que se considera que conforme a la Ley General Presupuestaria ha prescrito el plazo para reclamar. Aunque la empresa contratista alega que no puede mantenerse que ha existido prescripción, en la medida que falta el presupuesto para la misma, que en este caso consistía, a su juicio, en que se hubiese practicado la liquidación, lo que no se hizo. El Tribunal considera que, en ausencia de liquidación, los cinco años se calculan a partir del momento en el que finalizó la prestación, por lo que cabe, en cualquier caso, entender que se ha producido la prescripción.

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra pública

a) No deben computarse las cantidades correspondientes al IVA a la hora de fijar la cuantía de los intereses de demora

Así lo declara la STS de 30 de enero de 2004, Ar. 776, siguiendo jurisprudencia anterior.

b) El endoso de las certificaciones de obra no desvincula al contratista de la deuda reflejada en la certificación

Conforme a reiterada jurisprudencia entiende el Tribunal Supremo, en **STS de 25 de noviembre de 2003**, Ar. 667, que “las certificaciones de obra tienen el concepto de pagos a cuenta y responden al derecho del contratista al abono de la obra que ejecute y con arreglo al precio convenido (...), mientras que los endosos de estas certificaciones a entidades bancarias o de crédito son apoderamientos o comisiones de cobranza a favor de éstas, reconociéndose (...) la posibilidad de que las certificaciones, que se expedirán precisamente a nombre del contratista, sean transmitidas conforme a Derecho y disponiéndose que, una vez que la Administración tenga conocimiento de la transmisión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario, con indicación del nombre del cedente”. No obstante, considera el Tribunal Supremo que el retraso en el pago lo sufre el endosante, por lo que puede exigir a la Administración dicho pago con sus correspondientes intereses.

Sobre la legitimación del endosante de la certificación a una entidad de crédito para la reclamación de los intereses de demora ver también la **STS de 2 de febrero de 2004**, Ar. 965, y la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2003**, Ar. 1104.

c) Compensación de deudas tributarias con certificaciones de obras

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que recogen la **STS de 8 de diciembre de 2003**, Ar. 667, y la **STS de 22 de diciembre de 2003**, Ar. 522, las certificaciones de obras, como títulos de créditos a favor del contratista frente a la Administración, pueden servir para compensar las deudas tributarias que éste tenga. En este sentido, la fecha de la expedición de la certificación, a juicio de las citadas sentencias, es la que determina la posibilidad de la compensación y no la de finalización del procedimiento de fiscalización, aprobación y ordenación del gasto.

d) Pago de las obras realmente ejecutadas en virtud de una modificación del contrato no formalizada: improcedencia de invocar defectos en la ejecución y generación de intereses

La **STSJ de Castilla y León de 17 de octubre de 2003**, Ar. 1074, establece que, en el supuesto que analiza, existió una recepción tácita de las obras, aunque éstas implicaban una modificación del proyecto inicial, sin que estas modificaciones se formalizasen administrativamente. A pesar de esta ausencia de formalización, la Administración recepcionó las obras (si bien tampoco formalmente) sin oponer defecto alguno en la obra ejecutada. Por todo, el Tribunal concluye afirmando que existió una recepción tácita de las obras, sin que los defectos invocados en la formulación de la demanda (y de los que no existe constancia en el expediente administrativo) puedan tener la virtualidad impeditiva del pago, al haber transcurrido más de cinco años desde las mismas. En consecuencia, el contratista debe ser resarcido por la obra efectuada.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

Además, en la citada Sentencia se establece que el exceso de obra realizado es susceptible de generar intereses a favor del contratista, pese a no haber sido formalmente aprobada la obra por la Administración, desde el momento en que ésta la recibe y disfruta durante el plazo legal a contar desde la recepción provisional o definitiva de las obras sin formular protesta ni reserva alguna durante ese tiempo.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Administración local. A) Impugnación de acuerdos de las entidades locales.

a) Cómputo del plazo para impugnar los actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado conforme a los artículos 65 LBRL y 215 ROFRJ.

b) Impugnación del acuerdo de aumento retributivo para personal funcionario y laboral al servicio de la Diputación de Soria excediendo las previsiones presupuestarias estatales.

B) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. Moción de censura: obligación del Alcalde de convocar pleno extraordinario siempre que la moción reúna los requisitos legales, sin que pueda denegarse en atención a los móviles que animan la moción o a una supuesta falta de idoneidad del candidato propuesto. C) Organización Municipal.

Segregación de una parte del municipio: La competencia para autorizar la segregación en el País Vasco corresponde a las Juntas Generales de los Territorios Históricos.

D) Competencias y servicios locales. a) Duplicidad en la prestación del servicio público de recogida y vertedero de basuras. b) La instalación de un depósito de medicamentos en una plaza de toros, autorizada por una Comunidad Autónoma, carece de habilitación legal. c) La prestación del servicio público de limpieza viaria, de colegios y de recogida de basuras por una sociedad mercantil con capital íntegramente municipal no está sujeta al IVA.

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL**A) Impugnación de acuerdos de las entidades locales**

a) Cómputo del plazo para impugnar los actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado conforme a los artículos 65 LBRL y 215 ROFRJ

La STS de 1 de marzo de 2004, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2403, estimó el recurso de casación interpuesto por la representación letrada del Estado frente a la Sentencia del Tribunal de Instancia, que había inadmitido por extemporáneo un recurso contencioso

contra una resolución del Pleno del Ayuntamiento de Alcolea del Río, relativo a la aprobación del Presupuesto para 1994, en lo referente a la dotación económica del capítulo I del estado de gastos, que había sobrepasado los límites señalados en el artículo 21 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, que establecía que, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podrían experimentar variación respecto a las de 1993.

En este sentido, el Tribunal Supremo admite la tesis del abogado del estado, y señala que el plazo de dos meses para deducir el recurso contencioso-administrativo que establecen los artículos 65.3 LBRL y 215.4 ROFRJ debe comenzarse a contar desde el día en que venza el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la Entidad local, no desde la fecha de dicho requerimiento, como expresaba la sentencia de instancia.

De similar contenido a la anterior Sentencia, la **STS de 5 de marzo de 2004**, Ar. 1322, declaró no haber lugar a un recurso de casación interpuesto frente a la STSJ de Andalucía que había desestimado por extemporáneo el recurso deducido contra la resolución del Ayuntamiento de Villa Manrique de la Condesa. Señala el TS, que si bien la sentencia recurrida fijó erróneamente el día inicial para el cómputo del plazo, ya que tanto el artículo 65.2 LBRL como el 21.2 ROFRJ disponen que el requerimiento se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo, lo anterior no altera esa extemporaneidad del requerimiento que determinó el pronunciamiento de inadmisibilidad.

b) Impugnación del acuerdo de aumento retributivo para personal funcionario y laboral al servicio de la Diputación de Soria excediendo las previsiones presupuestarias estatales

La **STS de 17 de febrero de 2004**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1885, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Diputación de Soria relativo a un Acuerdo de dicha entidad por el que se había aprobado el acuerdo regulador de las condiciones económicas, sociales y de empleo mínimas aplicables al personal funcionario de la misma.

Desestima el TS en su Sentencia los distintos motivos de casación alegados por la recurrente, de ellos nos interesa destacar el tercero donde la Diputación recurrente mantenía que las Mesas de Negociación del Convenio Colectivo podían en el ejercicio de su autonomía colectiva, y dentro del importe de masa salarial bruta, pactar la distribución individual, mediante la elaboración y aprobación de las tablas retributivas. A dicha tesis responde el TS, que no nos encontramos ante la impugnación por la Administración del Estado de un pacto suscrito en la Mesa de Negociación del Convenio Colectivo del personal laboral, sino ante un acuerdo de la Diputación provincial, que decide un incremento de retribuciones de un personal determinado, al que le es aplicable con carácter preceptivo lo dispuesto en el artículo 4.1 del Real Decreto-Ley 12/1995, no pudiendo ser alterando su contenido como consecuencia de convenios colectivos.

VI. Organización Administrativa

B) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. Moción de censura: obligación del Alcalde de convocar pleno extraordinario siempre que la moción reúna los requisitos legales, sin que pueda denegarse en atención a los móviles que animan la moción o a una supuesta falta de idoneidad del candidato propuesto

La STS de 26 de abril de 2004, Sala Tercera, Ar. 2506, confirma la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, que había declarado nula de pleno derecho la negativa del Alcalde del Ayuntamiento de La Roca del Vallés a convocar pleno extraordinario para debatir una moción de censura.

La Sala había considerado que esta decisión vulneraba el derecho fundamental de los recurrentes a la participación política reconocido en el artículo 23 CE, pues restringía su derecho, en cuanto concejales, a debatir y votar las mociones de censura destinadas a exigir la responsabilidad política del Alcalde, sin que fuera, en modo alguno relevante, la intencionalidad política que pudiera animar a quienes habían presentado la moción o las consideraciones éticas que pudiera merecer su transfuguismo político. Pero, además, la Sala afirma que el Alcalde carece, conforme a la legislación aplicable, de facultades tanto para examinar su validez y calificarla de arbitraria, como para cuestionar la idoneidad del candidato a la Alcaldía incluido en la moción de censura.

Las únicas razones que pueden fundar la denegación de la convocatoria del Pleno extraordinario que ha de debatirla son las señaladas de modo tasado en el artículo 197 de la LO-REG: suscripción por la tercera parte de los concejales, inclusión del nombre del candidato propuesto para Alcalde e interdicción a los concejales de reiterar la moción de censura durante su mandato. En consecuencia, la Sala ordena la convocatoria del pleno extraordinario para debatir la moción de censura e impuso las costas al Ayuntamiento.

El TS comparte esta argumentación y afirma que, efectivamente, son indiferentes los móviles que puedan haber animado a cada uno de los concejales proponentes de la moción a firmarla, pues, una vez propuesta con los requisitos establecidos en el artículo 197 de la LOREG, el Alcalde está obligado a convocar el pleno correspondiente.

Téngase en cuenta que, para remediar el tipo de problemas a que se refiere la Sentencia comentada, la Ley 11/1999, de 21 de abril, de reforma de la Ley de Bases del Régimen Local, estipuló la convocatoria automática del Pleno extraordinario de las Corporaciones Locales para el caso de que su Presidente no lo convoque, una vez solicitado por la cuarta parte al menos del número legal de miembros de la Corporación [artículo 46.2.a)].

C) Organización Municipal. Segregación de una parte del municipio: La competencia para autorizar la segregación en el País Vasco corresponde a las Juntas Generales de los Territorios Históricos

La STS de 3 de mayo de 2004, Sala Tercera, Ar. 2559, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia del TSJ del País Vasco, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo contra la Norma Foral 10/1996, de 19 de noviembre, de las Juntas Generales del Territorio Histórico de Guipúzcoa, por la que no se accedió a la solicitud de

segregación de una parte del municipio de Deba para la constitución de un nuevo municipio independiente denominado Itziar.

El recurrente había aducido que la competencia para decidir sobre las segregaciones correspondía, conforme al artículo 9.5 TRRL, al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, ya que la Norma Foral 4/1995, de 24 de marzo, reguladora de las Demarcaciones Municipales de Guipúzcoa, dispuso que los expedientes de segregación que se encontrasen en tramitación como consecuencia de la anulación de sus correspondientes Normas Forales se resolverían conforme a la legislación anterior, es decir, la estatal.

Tanto el Tribunal de instancia como el TS rechazan esta argumentación y afirman que la competencia corresponde a las Juntas Generales de los Territorios Históricos, incluso aunque la solicitud de segregación fuese anterior a la entrada en vigor de la Norma Foral 4/1995, de 24 de marzo. Y ello porque la competencia de los Territorios Históricos deriva del propio Estatuto de Autonomía del País Vasco y de normas autonómicas como el artículo 7.a).3, de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, y el artículo 6.k) de la Norma Foral de 26 de febrero de 1983, sobre Organización Institucional del Territorio de Guipúzcoa. Es más, la propia Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1985 establece que se respetan y amparan los derechos históricos que corresponden a los territorios forales en materia organizativa.

El recurrente había argumentado también que la denegación de la segregación vulneraba el ordenamiento jurídico al haberse omitido el preceptivo trámite de consulta popular. El Tribunal de instancia y el TS afirman que ninguna norma obliga a tal consulta en nuestro ordenamiento jurídico. No lo impone el artículo 5 de la Carta Europea de Autonomía Local, porque, en este precepto, tal sólo se establece que “para cualquier modificación de los límites territoriales locales, las colectividades locales afectadas deberán ser consultadas previamente llegado el caso, por vía de referéndum allá donde la legislación lo permita”. Se opera, por tanto, una remisión a la legislación nacional, y la legislación española (ni el artículo 71 LBRL ni la Ley Orgánica 2/1980, de Referéndum) no impone la consulta popular en este tipo de supuestos. En efecto, el artículo 71 LBRL contempla la consulta popular, pero como una mera posibilidad y no como un trámite preceptivo u obligatorio. Y, por otro lado, “las modalidades de referéndum previstas en nuestra normativa (...) no dan cabida a la posibilidad de referéndum a que se refiere la Carta Europea de Autonomía Local.

Por último, la sentencia también analiza si la pretendida segregación sería acorde con nuestro ordenamiento jurídico y, especialmente, con lo dispuesto al respecto en los artículos 3 y 6 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio. La denegación de la segregación se había justificado fundamentalmente en el hecho de que la constitución de dos municipios, el de Itziar con 48 Km cuadrados (92,5 por ciento) , con 1.032 habitantes y actividad fundamentalmente industrial y de servicios, y Deba con 3,9 Km cuadrados (6'5

por ciento) y 3.985 habitantes, daría lugar a un municipio viable (Itziar) y a otro que, sin embargo, no lo sería (Deba), pues quedaría sin recursos suficientes siquiera para hacer frente a los gastos corrientes precisos para su funcionamiento y sin posibilidad de plantear nuevas inversiones. Consideraciones que compartió el propio Consejo de Estado que, en fecha 6 de abril de 1995, emitió Informe desfavorable a la segregación. En consecuencia, no concurren los presupuestos que la LBRL exige para autorizar la segregación de municipios y que se concretan en el artículo 6 del reiterado RD 1690/1986, de 11 de julio. Es más, el TS, recuerda la doctrina ya sentada en otras ocasiones [entre otras, STS de 22 de enero de 2001 (Ar. 1582)], de acuerdo con la cual, los requisitos establecidos en el citado artículo 6 “son sólo el presupuesto mínimo necesario e indispensable para que pueda tomarse en consideración un proyecto de creación, pero no significa que su existencia necesariamente conduzca a ello”, ya que “la decisión final, debe implicar un margen de discrecionalidad que permita valorar otros aspectos por parte del Órgano que tiene atribuida la competencia”. Y ello es así, porque “un principio mínimo de racionalización de los medios así como de economía de acción administrativa, en suma de eficacia –artículo 103 de la Constitución– impide que sea la simple voluntad de los vecinos, sin cumplir las exigencias legales el presupuesto para la segregación”.

D) Competencias y servicios locales

a) Duplicidad en la prestación del servicio público de recogida y vertedero de basuras

La STS de 28 de enero de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1375, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del TSJ del País Vasco relativa a la prestación de servicios por entes locales. El objeto sobre el que versaba la Sentencia se refiere a la resolución municipal de creación de una Sociedad mercantil para la prestación del servicio público de recogida y vertedero de basuras, servicio que venía siendo prestado por una Mancomunidad de municipios que son ahora los recurrentes, entre los que se incluía el Ayuntamiento demandado.

El argumento en virtud del cual se desestima el recurso de casación es la existencia de una identidad en los fines de la Mancomunidad y la Sociedad creada por el Ayuntamiento, esto es, la recogida y vertedero de basuras, que es un supuesto de duplicidad en la prestación de servicios públicos, lo que viene prohibido por el artículo 31.2 RSCL, y vulnera los principios de eficacia (artículo 103 CE) y de eficiencia (artículo 3 LRJPAC).

b) La instalación de un depósito de medicamentos en una plaza de toros, autorizada por una Comunidad Autónoma, carece de habilitación legal

La STS de 10 de febrero de 2004, Sala Tercera, Ar. 1051, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra STSJ de Madrid que estimó el recurso deducido por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid contra la Orden del Consejero de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid que pretendía autorizar la apertura de un depósito de medicamentos en la enfermería de la Plaza de Toros de Leganés.

La cuestión de fondo que recurre el Colegio Oficial de Farmacéuticos en la Sentencia estudiada es la habilitación legal de la decisión del órgano autonómico competente, y a este respecto, el TS señala que si bien las enfermerías de las Plazas de Toros son centros sanitarios, también es cierto que la Ley General de Sanidad y la Ley del Medicamento vienen a dar una definición clara, precisa y taxativa de lo que puede definirse como depósitos de medicamentos, que serían: las Oficinas de farmacias y servicios de farmacias de hospitales, Centro de Salud y estructuras de Atención Primaria, por lo que la Sentencia declara la falta de habilitación legal en la regulación de este tipo de depósitos de medicamentos cuando se pretendan establecer en otros ámbitos que no sean los indicados como en el caso presente.

c) La prestación del servicio público de limpieza viaria, de colegios y recogida de basuras por sociedad mercantil con capital íntegramente municipal no está sujeta al IVA

La STS de 22 de enero de 2004, Ar. 865, estima el recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN, declarando la no sujeción al IVA de la prestación del servicio de recogida de basuras, limpieza viaria y de colegios, cuando dicho servicio público es prestado por una sociedad mercantil cuyo capital es íntegramente municipal.

Considera el TS en su Sentencia que la prestación de un servicio público obligatorio, como es el de la limpieza viaria y de los colegios y de la recogida de basuras, a través de una empresa municipal, es una de las formas que puede presentar la “gestión directa” del mismo por el Ayuntamiento, y, en consecuencia, se está ante una prestación de servicios realizada “directamente” por la Corporación municipal no sujeta al IVA, sin que ello se oponga al artículo 4.5 de la Sexta Directiva, 77/388/CEE, pues, según las SSTJCEE, de 11 de julio de 1985, 26 de marzo de 1987 y 17 de octubre de 1989, del análisis de tal precepto se extrae que deben cumplirse dos requisitos a un tiempo para que la norma de no imposición despliegue sus efectos, a saber, el ejercicio de actividades por parte de un organismo público, y el desarrollo de actividades en el ejercicio de sus funciones públicas, requisitos que concurren en el presente caso.

LUIS CESTEROS DAPENA
EVA DESDENTADO DAROCA
PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumario:

1. Concepto de sanción. A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad.** A) Habilitación reglamentaria inconstitucional. B) Reglamentos que se exceden del marco legal. C) Ordenanzas municipales. D) Tipicidad. Posible inconstitucionalidad de una norma sancionadora en blanco que remite indiscriminadamente a otras normas. E) El principio de *lex certa* en su vertiente de predeterminación normativa de la sanción aplicable. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) Elementos que deben valorarse para determinar si una norma es o no más favorable. B) Retroactividad, también, de la norma que limita la ejecutividad de las sanciones. **4. Antijuridicidad. Ejercicio legítimo de un derecho.** **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Su exclusión por fuerza mayor. En el ámbito tributario lo es la dificultad de tesorería derivada del impago por el INSALUD de importantes cantidades. B) Principio de culpabilidad. Personas jurídicas. Extensión del deber de diligencia. C) Prohibición de la responsabilidad objetiva: no basta la existencia de un resultado dañoso para entender cometida una infracción de peligro abstracto. **6. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción. Non bis in idem. Infracciones continuadas.** **7. Competencia sancionadora: desconcentración de las competencias delegadas.** **8. Procedimiento sancionador.** A) Consecuencias invalidantes o no de los vicios de procedimiento. La indefensión material causada por un vicio formal en el procedimiento (en concreto, por la inobservancia del trámite de audiencia) puede subsanarse en vía de recurso administrativo pero no en vía judicial. B) Derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar y penitenciario. C) El principio de contradicción es una “de las garantías constitucionales que conforme al art. 24 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración”. D) Los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías –entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador– son característicos del proceso judicial y no se extienden al procedimiento administrativo sancionador. E) Obligación de iniciar el procedimiento

administrativo sancionador y el disciplinario contra funcionarios. Control de la no iniciación. F) Objeto del procedimiento: responsabilidad no sancionadora derivada de la infracción. Reintegro al comprador del sobreprecio cobrado por la venta de una VPO.

G) Información reservada. **9. Prueba y presunción de inocencia.** A) El derecho fundamental a la prueba no es absoluto ni ilimitado sino de configuración legal. Su contenido esencial es la admisión y práctica con las debidas garantías de la prueba que, propuesta en tiempo y forma, resulte pertinente. B) La denegación de la prueba propuesta ha de ser motivada y la motivación ha de ser racional. C) La vulneración del derecho fundamental a la prueba requiere que el vicio formal existente afecte a una prueba que, propuesta en tiempo y forma, sea pertinente y decisiva en términos de defensa.

D) Prueba pertinente es la objetivamente idónea para verificar o para desvirtuar los hechos imputados. E) De entre los contenidos que incorpora la presunción de inocencia, “resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente” y “de acuerdo con la Ley”. F) La existencia de vacío probatorio, presupuesto para apreciar una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, “puede surgir no sólo de la ausencia de prueba, sino de la ilicitud de la practicada, de su irregular producción y de la valoración ilógica, errónea, arbitraria o absurda de la misma”. G) La presunción de inocencia no es incompatible con la libre valoración de la prueba. Sólo exige que la libre valoración realizada sea racional y motivada. H) Valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo. Constituyen un elemento de prueba los hechos que refleje el documento pero no los juicios de valor o calificaciones jurídicas aunque beneficien al imputado. I) Los módulos que fijan el rendimiento estándar de los Juzgados constituyen prueba de cargo suficiente para sancionar al juez que los incumple. J) Prueba indiciaria: supuestos en que los indicios existentes son insuficientes para destruir la presunción de inocencia. K) No proponer prueba en el procedimiento administrativo sancionador no impide solicitarla luego en el proceso judicial. La prueba propuesta habrá de admitirse cuando sea pertinente originando su inadmisión una vulneración del derecho fundamental a la prueba si era decisiva en términos de defensa. **10. Resolución sancionadora.** A) Posibilidad de apartarse de la propuesta: puede cambiarse la calificación jurídica de los hechos (el tipo infractor) así como la sanción aplicable pero no los hechos mismos. En todo caso,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

es necesario informar al imputado del cambio producido. **11. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.**

A) Dies ad quem del cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento en caso de notificaciones frustradas. **12. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.**

A) Momento en que puede apreciarse la reincidencia. B) Improcedencia de aplicar una atenuante a una sanción disciplinaria porque ya se apreció en vía penal. C) Retraso en la imposición de la sanción disciplinaria que hace que ésta devenga desproporcionada por las circunstancias actuales. **13. Ejecutividad de las sanciones.**

A) Momento en que son ejecutivas. B) Suspensión de la ejecución por la existencia de un perjuicio de difícil reparación. C) Criterio restrictivo para acordar la suspensión cuando el daño que pueda originar la inmediata ejecución sea de naturaleza económica. **14. Control contencioso-administrativo de las sanciones. Sustitución de la infracción y de la sanción.**

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que constituyen sanción

– La intimación que el Tribunal de Defensa de la Competencia hace a la Real Federación Española de Fútbol para que ésta cese en el futuro de conductas que supongan un abuso de posición dominante en la actividad de explotación de los derechos de retransmisión televisiva de partidos de fútbol (STS de 5 de diciembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 8474).

– La prohibición de solicitar autorización de oficina de farmacia durante 3 años por no haber procedido el titular a su apertura en un plazo de 6 meses desde que se le autorizó (STSJ de Navarra de 25 de marzo de 2003, Ar. 1091).

B) Actos que no constituyen sanción

– La ejecución de un aval prestado en garantía de la realización de un proyecto de urbanización que no se llevó a cabo y una vez que la entidad avalista había dejado de pagar el coste de la obra que fue ejecutada subsidiariamente por el Ayuntamiento (STS de 11 de noviembre de 2003, Sección Quinta, Ar. 8608).

– La pérdida de la condición de colegiado por parte de un abogado por no pagar las cuotas. Se trata de “una mera consecuencia de la desaparición de la razón sustentadora del derecho del colegiado a actuar como tal” (STS de 1 de junio de 2003, Sección Sexta, Ar. 585 de 2004).

– La pérdida de la condición de secretario judicial en virtud de condena por delito doloso: “no constituye una sanción disciplinaria (...), sino la ausencia sobrevenida de la aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes, como efecto de una condena por la comisión de un delito doloso. El artículo 14.3 del ROSJ exige para ingresar en el Cuerpo no haber sido condenado por delito doloso. En razón de ello, la referida condena actúa, respecto a la subsistencia de la relación estatutaria, a modo de condición resolutoria, que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho previsto en la Ley, que es precisamente la mencionada condena” (STS de 26 de enero de 2004, Sección Séptima, Ar. 490).

– La declaración de una zona urbana como “Zona Acústicamente Saturada” (STS de 3 de diciembre de 2003, Sección Cuarta, Ar. 602 de 2004).

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Habilitación reglamentaria inconstitucional

Es contraria al artículo 25.1 CE una Ley que no establece correspondencia alguna entre infracciones y sanciones ni regula la graduación de éstas, remitiendo todo ello a disposiciones de carácter reglamentario (STS de 14 de octubre de 2003, Sección Cuarta, Ar. 8879).

B) Reglamentos que se exceden del marco legal

– La STS de 24 de noviembre de 2003, Sección Tercera, Ar. 8190, anula el régimen sancionador establecido por el Reglamento de Puntos de Medida de los Consumos y Tránsitos de Energía Eléctrica pues dicha norma “no se ha limitado a lo que le es propio (...) sino que supone, no el desarrollo del régimen sancionador de la ley por vía reglamentaria, sino la adaptación del régimen sancionador previsto en la Ley a conductas no tipificadas legalmente”. Y añade: “no se respeta el principio de reserva de ley en materia sancionadora ya que, en realidad, la norma reglamentaria no hace sino crear *per se* infracciones que la norma con rango de ley no contemplaba –las derivadas de la nueva situación–, incorporando así una nueva tabla de infracciones en un subsector concreto del sector eléctrico que, si estaba previsto su desarrollo, no lo estaba, en cambio, en cuanto a las previsiones de infracción”. Interesa destacar que la sentencia considera insuficiente el posible respaldo legal que podía ofrecer la cláusula de cierre de la Ley del Sector Eléctrico: “constituyen infracciones leves aquellas infracciones de preceptos de obligada observancia comprendidas en la presente Ley y en sus normas de desarrollo que no constituyan infracción grave o muy grave, conforme a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”.

– La Ley aragonesa de Ordenación de la Acción Social tipifica como infracción administrativa, por un lado, el incumplimiento de la normativa que regula las condiciones de calidad de los establecimientos de servicios sociales y, por otro, la obstrucción a la acción de

VII. Derecho Administrativo Sancionador

los servicios de inspección pública. Sobre esa base, el Decreto que desarrolla el régimen sancionador tipifica la transgresión de “cualesquiera órdenes o instrucciones o incumplir los requerimientos de las autoridades administrativas que hayan sido formulados en aplicación de la normativa sobre mínimos de calidad y participación”. Con acierto, la **STS de 14 de octubre de 2003**, Sección Cuarta, Ar. 8879, entiende que el reglamento se ha excedido, pues la infracción legal, “con el carácter general con que aparece formulada, no aparece conectada a un deber de atender a los requerimientos de la autoridad administrativa”.

C) Ordenanzas municipales

Al igual que otras sentencias anteriores, la **STS de 27 de enero de 2004**, Sección Cuarta, Ar. 248, anula una sanción de suspensión de licencia de autotaxi impuesta sobre la base de la Ordenanza de Madrid, al no existir ninguna norma con rango de Ley que prevea la infracción y la sanción.

Por su parte, con un entendimiento más flexible de la reserva de Ley, la **STS de 3 de diciembre de 2003**, Sección Cuarta, Ar. 601 de 2004, reconoce que el régimen sancionador de una concreta ordenanza municipal sobre espectáculos públicos tiene cobertura legal suficiente en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Pero lo más interesante es que, *obiter dicta*, reitera una nueva corriente jurisprudencial de la que ya dimos cuenta en la crónica anterior, según la cual la “tipificación de las infracciones y sanciones mediante Ordenanzas de los Ayuntamientos (...) puede efectuarse válidamente, incluso aunque no exista Ley estatal o autonómica previa, siempre que se ejerzan las potestades administrativas en materia de competencia típica de los Ayuntamientos, como es el caso de autos, aunque respetando la escala de multas por razón de la cuantía y guardando la debida proporcionalidad, así como teniendo en cuenta las características demográficas, económicas y sociales de los municipios”.

D) Tipicidad. Posible inconstitucionalidad de una norma sancionadora en blanco que remite indiscriminadamente a otras normas

A través del **ATS de 27 de noviembre de 2003**, Sección Tercera, Ar. 462 de 2004, el Tribunal Supremo plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con una infracción grave prevista en la Ley reguladora de la Energía Nuclear que tipifica como tal “el incumplimiento de los preceptos legales o reglamentarios aplicables o de los términos y condiciones de las autorizaciones o documentos oficiales de explotación, cuando no constituya falta muy grave, salvo los de escasa trascendencia”. A juicio de la Sala, la remisión que contiene este tipo “no va acompañada de una definición básica de la conducta prohibida en la Ley, no siendo sino una remisión indiscriminada y en blanco a la Ley en general, a normas reglamentarias e infrarreglamentarias, como cláusula de cierre, cuando ya se han precisado con exhaustividad las conductas sancionables (...); remisión que, por ello, coloca a los afectados en una situación de inseguridad jurídica a la que, como hemos dicho, entendemos que está vinculada la garantía material de *lex certa*”.

E) El principio de *lex certa* en su vertiente de predeterminación normativa de la sanción aplicable

Ante una concreta infracción, la Ley de Navegación Aérea de 1960 prevé que “podrán imponerse cualquiera de las sanciones primera, tercera, quinta, sexta y octava del artículo anterior”. Estas sanciones son de la más variada naturaleza, pues van desde el apercibimiento (la primera), a la revocación de los derechos de tráfico otorgados a empresas de transporte (la octava), pasando por multa de hasta cien mil pesetas (la tercera), multa de cien mil a un millón de pesetas (la quinta) y suspensión hasta de seis meses de los derechos de tráfico otorgados (la sexta). Según la STS de 9 de febrero de 2004, Sección Tercera, Ar. 983, esta situación “da un juego tan amplio a la discrecionalidad administrativa, que al no estar sujeta a un criterio legal previo delimitador, permite, por unos mismos hechos, o simplemente amonestar o causar la crisis de una empresa mediante la revocación o suspensión de sus derechos de tráfico. Este margen de discrecionalidad está reñido con el principio de *lex certa*, pues el sujeto infractor no conoce de antemano cuáles van a ser las consecuencias de su conducta, lo que indudablemente lesiona el principio (...) consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución (el de tipicidad), en su vertiente de predeterminación normativa” de la sanción.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE**A) Elementos que deben valorarse para determinar si una norma es o no más favorable**

No sólo debe tenerse en cuenta la cuantía de la sanción sino también la posibilidad de reducción (en el caso concreto, por la conformidad con la propuesta de regularización que formule la Administración tributaria) prevista en una ley o en otra (STS de 24 de julio de 2003, Sección Segunda, Ar. 8483).

B) Retroactividad, también, de la norma que limita la ejecutividad de las sanciones

La STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2003, Ar 119 de 2004, insiste en la aplicación retroactiva, como norma sancionadora más favorable, de la suspensión automática de la ejecutividad de la sanción sin aportación de garantías en materia tributaria por mor del artículo 35 de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías del Contribuyente.

4. ANTIJURIDICIDAD. EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

En el período analizado contamos con dos casos sobre sanciones impuestas a abogados, en los que se alegó –con distinta fortuna– el ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación de la conducta sancionada.

– En el primer pronunciamiento, un abogado había sido sancionado por la Audiencia Provincial por faltarle el respeto debido a la jueza de instancia. En concreto, porque en la

VII. Derecho Administrativo Sancionador

vista de un recurso de apelación afirmó que en la sentencia de instancia “hay falsedades y barbaridades”, lo que, no obstante, justificó en los graves defectos formales existentes en la misma —entre otras cosas, se había prescindido sin motivo alguno de los trámites de proposición, admisión y práctica de prueba—. La **STC 65/2004, de 19 de abril**, Sala Segunda (recurso de amparo), reitera la doctrina que entiende que en estos supuestos se está ante una manifestación de la libertad de expresión cualificada o reforzada, cuya específica relevancia deviene de su conexión inmediata con la eficacia de otro derecho fundamental: el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE); y concluye que “las expresiones vertidas (...) vienen amparadas en la libertad de expresión del Letrado” por lo que otorga el amparo al reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada.

— En segundo lugar, afirma la **STSJ del País Vasco de 15 de octubre de 2003**, Ar. 1019, que la invocación del derecho a utilizar todos los medios de prueba al alcance de la parte procesal carece de virtualidad para evitar la sanción disciplinaria impuesta a un letrado por haber aportado al juicio la correspondencia remitida por el abogado de la parte contraria. Y ello porque la regla deontológica según la cual “el abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo” (art. 5.3 del Código Deontológico de la Abogacía Española), tiene, precisamente, como objetivo, “el salvaguardar la limpieza del proceso, evitando preconstituciones probatorias en cuya infracción prima el quebranto de la lealtad extraprocesal”.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Su exclusión por fuerza mayor. En el ámbito tributario lo es la dificultad de tesorería derivada del impago por el INSALUD de elevadas cantidades

Así lo afirma la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de mayo de 2002**, Ar. 82 de 2004, en un supuesto en que una empresa, en el momento de cometer la infracción por no efectuar la dotación íntegra al Fondo de Previsión para Inversiones en las Islas Canarias, era acreedora del INSALUD por un importe de trescientos millones de pesetas. El impago del INSALUD generó unas circunstancias de tesorería “encuadrables sin esfuerzo en la causa de fuerza mayor prevista como eximente de responsabilidad por el artículo 77.4.b) de la propia Ley General Tributaria”.

B) Principio de culpabilidad. Personas jurídicas. Extensión del deber de diligencia

El Real Madrid fue sancionado por admitir el acceso al “Santiago Bernabéu” a muchas más personas de las que permite su aforo. Alegó en su defensa que lo ocurrido se produjo por la falsificación de localidades y porque algunos porteros —que fueron detenidos por la policía— permitieron el acceso a personas sin entrada a cambio de dinero y que, ante ello, la sanción vulneraba el principio de culpabilidad por fundamentarse en una proscrita responsabilidad objetiva. No lo entiende así la **STS de 20 de octubre de 2003**, Sección Sexta, Ar. 266 de 2004, que confirma la sanción impuesta. Para ello, cita el artículo 130.1 de la

Ley 30/1992, que permite sancionar aun a título de simple inobservancia, y, sobre todo, recurre a la jurisprudencia del TC y a la suya propia según la cual la exigencia de dolo o culpa no impide que puedan considerarse también culpables a las personas jurídicas con algunas adaptaciones. En nuestra opinión, este razonamiento no es suficiente: nada tenían que ver las alegaciones del sancionado con su condición de persona jurídica sino que igual hubieran valido para una persona física. De lo que se debería haber tratado, entendemos, es de si el Real Madrid podía haber evitado el acceso de quienes tenían entradas falsificadas o de los que carecían de ella. A tal efecto, podría haberse partido, quizá, de un amplio deber de diligencia para evitar situaciones contrarias a la seguridad de modo que rara vez no surgiría alguna culpa suficiente para justificar la sanción. Pero basarlo todo en el hecho de tratarse de una persona jurídica no tiene sentido aunque ya lo haya hecho en varias ocasiones nuestro TS al resolver supuestos similares.

De otro lado, se mantiene la jurisprudencia que exige un intenso deber de diligencia a los empresarios en lo relativo a la seguridad laboral. REPSOL había sido sancionada por un accidente acaecido en sus instalaciones de Puertollano que produjo el fallecimiento de cuatro trabajadores. El hecho fundamental que motiva la sanción es la no instalación en la caldera que originó el accidente de un mecanismo de seguridad que cortase automáticamente la entrada de combustible para el supuesto de que no prendiera la llama principal. La entidad sancionada alegaba que la caldera había pasado con anterioridad al accidente, en tiempo y forma, todos los controles e inspecciones preceptivos por parte de las Entidades de Inspección y Control autorizadas por el Ministerio de Industria y Energía. Sin embargo, la **STS de 3 de noviembre de 2003**, Sección Cuarta, Ar. 8893, rechaza que esta circunstancia tenga alguna consecuencia atenuatoria de la responsabilidad de la empresa y, además, concluye que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario el deber de garantizar la seguridad de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, previendo los riesgos en forma acorde con la evolución de la técnica, “exigencia esta, por cierto observada y cumplida por la empresa con respecto a otras dos calderas de similares características a la accidentada (que incluían) un dispositivo de seguridad mucho más completo y que podría haber sido adaptado al resto”.

C) Prohibición de la responsabilidad objetiva: no basta la existencia de un resultado dañoso para entender cometida una infracción de peligro abstracto

Un empresario es sancionado por no adoptar las pertinentes medidas de prevención. Sin embargo, no consta que la Administración identificara y probara cuáles eran esas medidas incumplidas sino que le bastó para sancionar con el accidente ocurrido. La **STSJ de Navarra de 20 de febrero de 2003**, Ar 23 de 2004, razona que si por un lado puede existir infracción por no cumplir con los requisitos que la normativa exige aunque no se produzca resultado dañoso, de igual forma no existe infracción por el simple hecho de que se haya producido un daño. Por lo tanto, “como la infracción no viene ni calificada ni cualificada por el resultado (...), (habrá) que demostrar que se ha faltado a esta normativa de prevención del riesgo en el trabajo”. “Y no se nos diga, concluye el Tribunal, que si hubo accidente fue porque había riesgo, por cuanto hasta la actividad más inocua

VII. Derecho Administrativo Sancionador

puede conllevar un riesgo (un escribiente puede caerse de su silla y desnucarse, por ejemplo)”.

6. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN. *NON BIS IN IDEM*. INFRACCIONES CONTINUADAS

Un empresario es sancionado en repetidas ocasiones por no respetar el horario de cierre de su establecimiento. Apunta la STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de julio de 2001, Ar 88 de 2004, que “con la teoría de la infracción continuada (art. 4.6 REPEPOS) se debe ser extremadamente prudente si no queremos incurrir en el absurdo, como sería el supuesto del conductor que no observa la señalización semafórica y que adujese conforme lo van sancionando que tiene un plan preconcebido de no respetar los semáforos o reiteradamente condujese bajo la influencia de bebidas alcohólicas”. A partir de ahí, concluye que, en el supuesto enjuiciado, la segunda sanción impuesta no vulnera la teoría de la infracción continuada ni el principio del *non bis in idem* ya que cada incumplimiento del horario de cierre constituye infracción autónoma dada la separación en el tiempo y la autonomía de cada una de las infracciones. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2002, Ar 110 de 2004, señalando que no se trata “de una verdadera infracción continuada sino de (...) hechos distintos, aunque similares en cuanto a contenido y a precepto infringido”.

7. COMPETENCIA SANCIONADORA: DESCONCENTRACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DELEGADAS

La STS de 17 de diciembre de 2003, Sección Cuarta, Ar. 609 de 2004, resuelve un recurso de casación en interés de la Ley fijando la siguiente doctrina legal: “los artículos 12.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y artículo 10.3 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, no impiden a los Ayuntamientos, a través de su órgano competente, desconcentrar en órganos jerárquicamente dependientes el ejercicio de competencias sancionadoras delegadas por otra Administración, titular originaria de dichas competencias”.

8. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Consecuencias invalidantes o no de los vicios de procedimiento. La indefensión material causada por un vicio formal en el procedimiento (en concreto, por la inobservancia del trámite de audiencia) puede subsanarse en vía de recurso administrativo pero no en vía judicial

Al problema específico de si los vicios de procedimiento que causaron inicialmente indefensión material pueden devenir no invalidantes si el sancionado pudo utilizar posteriormente —ya sea en un recurso administrativo ya sea en el recurso contencioso-administrativo— los medios de defensa de los que antes fue privado se ha referido la jurisprudencia en algunos casos. Aunque la doctrina mayoritaria responde afirmativamente a esta cuestión hay otra corriente jurisprudencial acaso más acertada. Muestra de la jurisprudencia do-

minante es la STS de 26 de enero de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 887, que analizaremos posteriormente. Ocupémonos, ahora, de un ejemplo de la segunda corriente, el que nos proporciona la reciente STC 59/2004, de 19 de abril, Sala Primera (recurso de amparo).

Una entidad mercantil es sancionada por manipular el tacógrafo instalado en un vehículo de su propiedad. Iniciado el procedimiento sancionador, el imputado formuló escrito de alegaciones negando el hecho denunciado. No obstante, días antes de recibir dicho escrito “y, por tanto sin tener a la vista las alegaciones formuladas” el órgano decisor dictó resolución sancionadora. Solicita el recurrente en amparo la anulación de la sanción impuesta por habérsele causado indefensión material pues se adoptó ignorando sus alegaciones de descargo y, por tanto, con infracción del imprescindible trámite de audiencia. Al respecto, afirma el TC que “con un escrito de alegaciones presentado en tiempo y forma y una resolución sancionadora que lo ignora patentemente (...), no hay duda que la resolución administrativa originaria vulneró (...) el elemental principio de contradicción y, en consecuencia, el derecho fundamental de defensa que reconoce el artículo 24.1 CE”. No obstante, una vez comprobada la citada lesión constitucional inicial “la pregunta, se plantea el TC, es si la resolución (...) que resolvió el recurso de alzada o el posterior proceso judicial la repararon oportunamente”. La respuesta es distinta según se atienda a lo sucedido en vía administrativa o en vía judicial, pues si el TC rechaza contundentemente la posibilidad de que la indefensión originaria —causada en el procedimiento— sea subsanada en el proceso judicial sí admite su reparación en el recurso administrativo:

“conviene insistir una vez más en que (...) el posterior proceso contencioso-administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora. (...) entre otras razones, porque (...) ‘no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción’. En consecuencia, nunca podrá concluirse que sean los Tribunales contencioso-administrativos quienes, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, sancionen al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución.

Por consiguiente, en el presente asunto, el que el demandante de amparo disfrutara luego, en el proceso judicial, de la posibilidad de alegar y probar sus derechos e intereses en nada desmiente la lesión constitucional observada. Debe insistirse, (que) la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al artículo 24 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional. Lo que negativamente significa, en efecto, que el posterior proceso contencioso no pudo subsanar la infracción del principio de contradicción en el procedimiento sancionador que liminarmente antes se ha observado”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Radicalmente distinta es la respuesta del TC respecto a la posible subsanación al tramitarse el recurso de alzada. Y así acepta que la falta de trámite de audiencia antes de imponerse la sanción originó una indefensión que quedó reparada al hacer el sancionado alegaciones en el recurso de alzada y tenerlas en cuenta la Administración al resolverlo, aunque fuese desestimándolas.

Frente a esta doctrina, se sitúa en la corriente jurisprudencial mayoritaria que acepta que la indefensión material que en el procedimiento administrativo sancionador cause al imputado un vicio formal puede ser subsanada en vía judicial, la **STS de 26 de enero de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 887: “no obstante, termina el Tribunal, al haberse admitido y practicado en sede jurisdiccional aquella prueba indebidamente denegada en la Instrucción, queda así repuesto el derecho de defensa que en la demanda se dice vulnerado”.

B) Derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar y penitenciario

– En el procedimiento disciplinario militar. La limitación al ejercicio de este derecho fundamental sólo resulta admisible si deviene indispensable para garantizar la finalidad que persigue dicho procedimiento.

Un guardia civil, sancionado disciplinariamente, recurre en amparo alegando una vulneración de su derecho a la asistencia letrada pues una vez que le fue comunicada la incoación del expediente y que se iba a proceder a la práctica del trámite de audiencia, solicitó que pudiera estar presente una abogada que con tal finalidad le había acompañado hasta las dependencias oficiales. Dicha solicitud le fue denegada en atención a que tratándose de un procedimiento disciplinario oral por falta leve, la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil de 1991 no contempla la posibilidad de que el imputado cuente con asistencia letrada a diferencia de lo que ocurre si los expedientes disciplinarios son por falta grave o muy grave. Siendo la razón de ser o finalidad del procedimiento disciplinario oral por falta leve, además de la entidad menor de tales infracciones, “la necesidad del rápido restablecimiento de la disciplina militar cuando concurren infracciones de esta naturaleza” se hace preciso valorar si dicha finalidad queda comprometida por el modo en que el demandante de amparo pretendió contar con la asistencia letrada. La respuesta, argumenta la **STC 74/2004, de 22 de abril**, Sala Segunda (recurso de amparo), es negativa pues la abogada cuya presencia pretendía el recurrente se encontraba ya en las dependencias oficiales en el momento en que se iba a practicar el trámite de audiencia por lo que su realización no hubiera sufrido demora alguna por la circunstancia de que al mismo hubiera asistido la letrada. En conclusión: la restricción al derecho a la asistencia letrada que se produjo en el procedimiento disciplinario carece de justificación por lo que vulnera dicho derecho fundamental del sancionado.

– En el procedimiento disciplinario penitenciario. La petición del interno en tiempo y forma de asesoramiento jurídico ha de denegarse motivadamente. La denegación inmotivada que cause indefensión material vulnera el derecho fundamental de defensa.

Un preso contra el que se incoa un expediente disciplinario por dirigirse “a voces” y faltando el respeto a varios funcionarios solicita debida y reiteradamente a lo largo del procedimiento ser asesorado jurídicamente por otro interno del centro. La única respuesta que recibe a sus solicitudes fue un “no procede” plasmado a mano sobre la copia de la instancia. Alega en amparo que la privación de asesoramiento por la Administración penitenciaria le ha vulnerado su derecho de defensa en el procedimiento sancionador. Al respecto, la **STC 91/2004, de 19 de mayo**, Sala Segunda (recurso de amparo) entiende que ciertamente “el derecho de defensa es una de las garantías indudablemente aplicables ex art. 24.2 CE en los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario (...). Debiendo destacarse la íntima conexión del derecho de defensa con el derecho de asistencia letrada, hemos entendido que cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el artículo 24.2.2 letra i), del Reglamento penitenciario vigente, que puede ser realizada, no solamente a través de un Abogado, sino también a través de un funcionario del centro penitenciario o por cualquier otra persona que el interno designe, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento (...) sea compatible con las exigencias de seguridad (...)”. En el supuesto de autos, la respuesta de la Administración (un mero “no procede”) “no difiere sustancialmente por no razonada de la falta de la respuesta debida”. Pero al no causarse indefensión real, pues la privación del asesoramiento por otro interno no disminuyó ni empeoró de ningún modo la defensa que el sancionado hizo de sí mismo en el procedimiento —“destaca, dice la sentencia, su precisión técnico-jurídica y pertinencia de las citas legales y la de los derechos fundamentales; también la de las Sentencias de este Tribunal”; “es difícil haber plasmado con mayor claridad expositiva, medida, verosimilitud y coherencia el relato de su versión negatoria o exculpatoria de los hechos”—, no se aprecia la vulneración constitucional denunciada.

C) El principio de contradicción es una “de las garantías constitucionales que conforme al artículo 24 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración”

Lo afirma literalmente la **STC 59/2004, de 19 de abril**, Sala Primera (recurso de amparo), que añade: este principio que “se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador” se hace efectivo a través del trámite de audiencia al imputado. Su incumplimiento determina, si ha originado indefensión material, la lesión del derecho fundamental de defensa del artículo 24.1 CE.

D) Los derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías —entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador— son característicos del proceso judicial y no se extienden al procedimiento administrativo sancionador

Lo declara una vez más la **STC 74/2004, de 22 de abril**, Sala Segunda (recurso de amparo). En parecidos términos, **STS de 26 de enero de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 887.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

E) Obligación de iniciar el procedimiento administrativo sancionador y el disciplinario contra funcionarios. Control de la no iniciación

El concesionario de una explotación minera reclama una indemnización a la Administración pues un tercero había estado extrayendo de la misma determinado material (puzolana) sin permisos de investigación o explotación ante la pasividad de las autoridades. Desestimada esta pretensión, por cuanto en el momento de la extracción ilegal por el tercero el concesionario no ostentaba aún ningún derecho sobre la cuadrícula minera, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de octubre de 2003**, Ar. 10 de 2004, concluye, sin embargo, indicando: “pero la parte recurrente también solicitó de la Administración Pública que se establecieran las responsabilidades a las que pudiera haber lugar, personales y patrimoniales, petición (...), que debe ser atendida por esta Sala (...), debiendo depurarse las responsabilidades pertinentes ya de la propia empresa infractora por la perpetración de una conducta sancionable, ya de los funcionarios públicos que tuvieron conocimiento de las denuncias efectuadas al respecto y pudieron incoar los pertinentes expedientes sancionadores”. Resulta interesante la posibilidad de que el órgano jurisdiccional declare el deber de incoar el expediente sancionador y el disciplinario, lo que implica que la decisión sobre la iniciación o no de estos procedimientos administrativos punitivos puede ser controlada en vía judicial.

F) Objeto del procedimiento: responsabilidad no sancionadora derivada de la infracción. Reintegro al comprador del sobreprecio cobrado por la venta de una VPO

Según la **STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2003**, Ar. 101 de 2004, puede ser objeto del procedimiento sancionador no sólo la sanción por la comisión de la infracción de venta de una VPO por precio superior al legal sino, también, la obligación impuesta al vendedor infractor de devolver al comprador el sobreprecio percibido (art. 155 en relación con el art. 112 del Decreto 2114/1968). Aun admitiendo que la devolución de las cantidades recibidas por encima del precio legalmente establecido es una cuestión estrictamente civil y totalmente independiente del régimen jurídico aplicable a las sanciones administrativas, esta posibilidad, explica el Tribunal, pretende evitar el “peregrinaje de jurisdicciones” que esta cuestión ha generado en la práctica. Con ello, la obligación de reintegro se equipara a la reparación del daño causado como una responsabilidad no sancionadora derivada de la infracción administrativa que se ventila en el mismo procedimiento sancionador.

G) Información reservada

– No es en la información reservada sino en el procedimiento posterior cuando ha de garantizarse al imputado la posibilidad de contradicción y han de reconocérsele sus derechos fundamentales. Lo afirma de nuevo la **STS de 16 de enero de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 677.

– Las diligencias testificales incriminatorias previas recibidas en la información reservada sin garantía de contradicción ni intervención del imputado han de reproducirse o ampliarse en el procedimiento posterior en términos de contradicción si el imputado lo solicita. Sólo así podrán constituir verdadera prueba de cargo. Se deduce con claridad de

la STS de 26 de enero de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 887. De rechazarse la proposición de repetir o ampliar la prueba inmotivadamente o con motivación irracional y siendo la solicitada trascendente para la defensa se vulnera el derecho fundamental a la prueba.

9. PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) El derecho fundamental a la prueba no es absoluto ni ilimitado sino de configuración legal. Su contenido esencial es la admisión y práctica con las debidas garantías de la prueba que, propuesta en tiempo y forma, resulte pertinente

Lo afirman las SSTC 52, 74 y 91/2004, de 13 y de 22 de abril y de 19 de mayo, respectivamente (de la Sala Primera la primera de ellas y de la Sala Segunda las dos últimas, recursos de amparo).

B) La denegación de la prueba propuesta ha de ser motivada y la motivación ha de ser racional

Lo reitera la STC 52/2004, de 13 de abril, Sala Primera: el derecho fundamental a la prueba resultará vulnerado “en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta (y relevante) carezca de toda motivación, o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable”. En idéntico sentido, se pronuncian las SSTC 74 y 91/2004, de 22 de abril y de 19 de mayo, respectivamente, Sala Segunda (recursos de amparo).

En la STS de 26 de enero de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 887, alega un guardia civil sancionado que se le ha causado indefensión material pues el instructor ha rechazado la prueba testifical que había propuesto dando la siguiente respuesta: “se está en el caso de inadmitir la testifical propuesta por cuanto que los hechos objeto de expediente han quedado acreditados suficientemente, teniendo por tanto una finalidad puramente dilatoria”. “Tiene razón el recurrente, dice el TS, en que la respuesta recibida (...) no cumple con la exigencia de la debida motivación (y) cercena el derecho de defensa (...). Con tal expeditiva resolución, tan escueta e infundada, se causó al encartado la indefensión formal y material que se deriva del hecho de haberle privado de intervenir en la fase probatoria con contradicción”.

C) La vulneración del derecho fundamental a la prueba requiere que el vicio formal existente afecte a una prueba que, propuesta en tiempo y forma, sea pertinente y decisiva en términos de defensa

Las SSTC 52, 74 y 91/2004, de 13 y de 22 de abril, y de 19 de mayo (la primera de la Sala Primera y las dos últimas de la Sala Segunda), resuelven recursos de amparo en los que, entre otras cosas, el sancionado disciplinariamente (preso o guardia civil por faltar el respeto a funcionario o superior jerárquico respectivamente) invoca la vulneración de su derecho fundamental a utilizar los medios de prueba en el procedimiento sancionador y,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

en su caso, en el posterior proceso judicial de impugnación de la sanción administrativa. En esencia, todas estas sentencias reiteran la misma doctrina según la cual tal derecho sólo se entiende vulnerado si el defecto probatorio afecta a una prueba que: a) haya sido propuesta en el tiempo y la forma oportunos, b) sea pertinente y c) tenga potencial relevancia exculpatoria de modo que su admisión resulte decisiva en términos de defensa. Repite esta misma doctrina la STS de 30 de enero de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 889. Añaden, además, estos pronunciamientos que la tarea de alegar y justificar, de un lado, la pertinencia y, del otro, la relevancia de la prueba en cuestión corresponde realizarla al recurrente en amparo en su demanda sin que tal verificación haya de ser realizada de oficio por el TC.

D) Prueba pertinente es la objetivamente idónea para verificar o para desvirtuar los hechos imputados

Así se deduce claramente de las SSTC 52 y 91/2004, de 13 de abril y de 19 de mayo (de la Sala Primera y de la Sala Segunda, recursos de amparo). Dicho de otro modo: la “referida a los hechos que se debatían y que formaban parte inseparable del *thema decidendi*”. Por su parte, la STC 74/2004, de 22 de abril, Sala Segunda (recurso de amparo), entiende la pertinencia “como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*”. Por último, recuerda la STS de 11 de noviembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 284 de 2004, que “una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (...) excluye (...) de tal derecho a la utilización de pruebas a aquellas que no se relacionan con el objeto del proceso, o que sean impertinentes, inútiles, innecesarias o inidóneas, o que no guarden conexión con aquél, tomando en cuenta su genuino contenido”. En este caso se entiende improcedente la solicitud de inspeccionar un juzgado para ver su marcha general y la dedicación del juez, cuando lo que se le imputaba era un retraso en dos causas concretas.

E) De entre los contenidos que incorpora la presunción de inocencia, “resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente” y “de acuerdo con la Ley”

Lo afirman la STC 74/2004, de 22 de abril, Sala Segunda (recurso de amparo), y la STS de 16 de febrero de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 1090.

F) La existencia de vacío probatorio, presupuesto para apreciar una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, “puede surgir no sólo de la ausencia de prueba, sino de la ilicitud de la practicada, de su irregular producción y de la valoración ilógica, errónea, arbitraria o absurda de la misma”

Lo asevera la STS de 26 de enero de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 887.

G) La presunción de inocencia no es incompatible con la libre valoración de la prueba. Sólo exige que la libre valoración realizada sea racional y motivada

STS de 26 de enero de 2004, Sala de lo Militar, Ar. 887: “el derecho fundamental invocado (la presunción de inocencia), que extiende sus efectos indudablemente al ámbito administrativo sancionador (...) no se lesiona cuando existiendo como ahora existe prue-

ba válida de cargo y también de descargo se concede mayor credibilidad a aquella sobre ésta (o al revés), siempre que se exprese razonada y razonablemente el fundamento de la convicción según se realizó en la Resolución sancionadora”.

H) Valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo. Constituyen un elemento de prueba los hechos que refleje el documento pero no los juicios de valor o calificaciones jurídicas aunque beneficien al imputado

Se deduce claramente de la STS de 3 de noviembre de 2003, Sección Cuarta, Ar. 8893.

I) Los módulos que fijan el rendimiento estándar de los Juzgados constituyen prueba de cargo suficiente para sancionar al juez que los incumple

Un juez es sancionado por el retraso injustificado en la iniciación y en la tramitación de los procesos de que conoce. La resolución sancionadora se fundamenta esencial, aunque no exclusivamente, en una comparación de la concreta actividad judicial con los conocidos módulos aprobados por el Consejo General del Poder Judicial. Bien es verdad, argumenta la **STS de 13 de noviembre de 2003**, Sección Séptima, Ar. 8157, que “esa importante discordancia entre el resultado de la actividad profesional del actor y el rendimiento estándar que reflejan los Módulos (...), sin que el registro de asuntos del juzgado revele una estadística anormal, es un elemento que permite formar la razonable convicción de que el retraso existente en el juzgado tuvo como principal causa una voluntaria pasividad del recurrente”. Respecto de la naturaleza jurídica de estos módulos, el TS rechaza que sean normas de carácter reglamentario, calificándolos “como mero instrumento de trabajo interno, equiparable a los dictámenes jurídicos e informes técnicos”; “son valoraciones técnicas destinadas a individualizar la conducta genéricamente descrita en el tipo de infracción, por lo que no alteran ni amplían la descripción de dicho tipo legalmente establecida. Son, pues, un elemento de prueba o convicción dirigido a demostrar que en la realidad de los hechos se ha producido la inactividad o inhibición profesional que es descrita de forma abstracta en la ley como constitutiva del tipo disciplinario”.

J) Prueba indiciaria: supuestos en que los indicios existentes son insuficientes para destruir la presunción de inocencia

En el período analizado, hemos de mencionar dos sentencias a este respecto. En la primera de ellas, un guardia civil había sido sancionado porque su negligencia en el cumplimiento del servicio de vigilancia que le estaba encomendado en un Centro Penitenciario originó la fuga de dos internos. La **STS de 17 de febrero de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 1136, tras recordar la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria, llega a la conclusión de que, tal como declaró la sentencia de instancia, la Administración militar vulneró la presunción de inocencia del recurrente pues le sancionó “contándose sólo con ciertos indicios, endebles la mayoría de ellos, y una serie de conjeturas o hipótesis sobre hipótesis sin virtualidad para destruir la presunción de inocencia”. A la vista de los escasos e irrelevantes indicios existentes (la hora en que se descubrió la fuga, la forma de llevarse a

VII. Derecho Administrativo Sancionador

cabo la evasión, que al Guardia Civil recurrido se le encomendó la vigilancia de la garita, que la fuga se produjo en las cercanías de la garita número cinco carente de guardia estática, etc.) y de los contraindicios apreciados (malas condiciones de la ventana de la celda, que la red metálica existente alrededor del Centro tuviese numerosos agujeros, la deficiente visibilidad de las garitas, inadecuada ubicación de los dos internos en una misma celda, que no todas la garitas estaban cubiertas) no puede inferirse “de modo inequívoco que la evasión de los reclusos se debió exclusivamente sin ninguna interferencia causal de otros factores a la conducta del Guardia Civil sancionado”.

En el segundo pronunciamiento, varios guardias civiles fueron sancionados por ciertas declaraciones —en las que, entre otras cosas, se mencionaba la corrupción existente en mandos superiores— realizadas a unos periodistas. El tribunal de instancia reconoce que no había prueba de cargo directa de que las concretas manifestaciones imputadas las realizaran los sancionados pero considera este hecho probado a partir de los siguientes indicios: se fotografiaron para los respectivos reportajes, hicieron llegar a los medios de comunicación un comunicado de prensa, facilitaron a los medios de comunicación revistas y artículos de prensa y tuvieron una conversación previa, entrevista o charla con esos periodistas. Sin embargo, según la **STS de 9 de febrero de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 795, no puede apreciarse la existencia del necesario engarce lógico entre la autoría de las manifestaciones que se atribuyen a los encartados en los hechos probados de la sentencia y los hechos básicos probados que se acaban de enumerar. Más aun, cuando los periodistas habían testificado en sede judicial que las declaraciones realizadas por los imputados eran exclusivamente las que aparecen entrecomilladas y con referencia nominal a los mismos —ninguna de las que se les imputaba— y que el resto de entrecomillados formaba parte de una nota facilitada por una asociación de guardias civiles denominada “Coproper”.

K) No proponer prueba en el procedimiento administrativo sancionador no impide solicitarla luego en el proceso judicial. La prueba propuesta habrá de admitirse cuando sea pertinente originando su inadmisión una vulneración del derecho fundamental a la prueba si era decisiva en términos de defensa

Lo asegura la **STC 74/2004**, de 22 de abril, Sala Segunda (recurso de amparo), que declara la lesión del citado derecho fundamental.

10. RESOLUCIÓN SANCIONADORA

A) Posibilidad de apartarse de la propuesta: puede cambiarse la calificación jurídica de los hechos (el tipo infractor) así como la sanción aplicable pero no los hechos mismos. En todo caso, es necesario informar al imputado del cambio producido

Lo asevera la **STS de 19 de enero de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 1074. Restringe aún más, en beneficio del imputado, la posibilidad de que la resolución se aparte de la propuesta la **STS de 3 de noviembre de 2003**, Sección Cuarta, Ar. 8893: “manteniéndose inalterados los hechos objeto de cargo, (...) la decisión sancionadora puede utilizar otro título de condena con dos límites: la imposibilidad de que se incluya en dicha Resolución del proce-

dimiento una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos dirigida a quien se ve sometido al expediente sancionador, y la imposibilidad de apreciar en la resolución una calificación jurídica distinta de la comunicada si existe heterogeneidad en los bienes jurídicos protegidos o si la infracción definitivamente considerada incorpora algún elemento del tipo que no corresponde a aquella que fue notificada y sobre la que el sancionado no ha tenido, en consecuencia, oportunidad de defensa”.

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) *Dies ad quem* del cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento en caso de notificaciones frustradas

Especial interés tiene la STS de 17 de noviembre de 2003, Sección Tercera, Ar. 597, que resuelve un recurso de casación en interés de la Ley sobre la interpretación que debe darse al artículo 58.4 de la Ley 30/1992, cuando establece que “a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos será suficiente (...) el intento de notificación debidamente acreditado”. Aunque el caso de autos se refiere a un procedimiento sancionador, la doctrina establecida tiene alcance general. Así, la Sala entiende que con la expresión “intento de notificación debidamente acreditado” la Ley “se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales (...), pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado”. Pero lo más interesante, es su pronunciamiento en cuanto al *dies ad quem*. Así, en el supuesto de un intento de notificación por correo certificado con acuse de recibo, “dicho momento será sin duda el de la recepción por la Administración actuante de la devolución del envío por parte de Correos, ya que sólo a partir de ese momento quedará debidamente acreditado ante la Administración que se ha llevado a cabo el infructuoso intento de notificación. Será también el momento a partir del cual se entenderá concluso el procedimiento a los efectos del cómputo de su plazo máximo”.

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Momento en que puede apreciarse la reincidencia

Explica la STS de 11 de noviembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 284 de 2004, que para aplicar la reincidencia o circunstancias similares basta la firmeza en vía administrativa, aun cuando pueda hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo.

B) Imprudencia de aplicar una atenuante a una sanción disciplinaria porque ya se apreció en vía penal

Con un más que discutible acierto así lo afirma la STS de 18 de noviembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 8174, respecto de una sanción disciplinaria impuesta a un funcionario por la comisión de un delito doloso —la atenuante era la de ludopatía—.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

C) Retraso en la imposición de la sanción disciplinaria que hace que ésta devenga desproporcionada por las circunstancias actuales

Un guardia civil es sancionado con la separación del servicio en virtud de condena por delito doloso que lleva aparejada la privación de libertad —en concreto, por un delito de robo con fuerza en las cosas—. La **STS de 19 de enero de 2004**, Sala de lo Militar, Ar. 1074, considera la sanción desproporcionada y la sustituye por la suspensión de empleo durante seis meses porque “no podemos dejar de tener en consideración (...) el dilatado período de tiempo transcurrido desde la comisión del delito por el que fuera condenado el recurrente y la imposición de la sanción disciplinaria (...). Tan dilatado lapso de tiempo nos lleva a estimar procedente examinar las circunstancias personales del recurrente. Consta (...) (su) ficha personal (...) y en ella aparecen recogidas, a partir de los hechos constitutivos del delito por el que fue condenado, catorce felicitaciones del jefe de su Comandancia y del General de la Zona (...). También se acompaña la documentación consistente en informes emitidos por (...) Alcaldes (...), Jueces de Paz (...) y Cura Párroco (...), en los que se afirma que goza de muy buena consideración entre los vecinos (...), estando considerado como ejemplar funcionario y ciudadano. De todo ello resulta que el recurrente, en el momento en que se le impuso la sanción, se hallaba plenamente integrado en el Cuerpo de la Guardia Civil, así como socialmente en el ámbito en que desarrollaba sus actividades. Por otro lado, el delito fue cometido cuando (...) tenía veinte años de edad, y la evolución de su vida personal viene a acreditar su total regeneración”.

13. EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES

A) Momento en que son ejecutivas

La **STS de 18 de noviembre de 2003**, Sección Séptima, Ar. 8173, reitera la jurisprudencia conforme a la que “en el ámbito administrativo, por efecto del principio de autotutela administrativa, basta que el acto sancionador haya adquirido firmeza en vía administrativa para que sea ejecutivo, aun cuando pueda hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo en el que no se haya acordado una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto sancionador (art. 138.3 de la Ley 30/1992)”.

B) Suspensión de la ejecución por la existencia de un perjuicio de difícil reparación

La **STS de 19 de enero de 2004**, Sección Séptima, Ar. 431, que aplica por la fecha del recurso la Ley de la Jurisdicción de 1956, acuerda la suspensión de la ejecución de la sanción (cinco años de suspensión para el desempeño de cargos colegiales) impuesta a uno de sus colegiados por el Pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería. Y ello porque aprecia que lo contrario originaría graves daños o perjuicios para los intereses y derechos del sancionado: “si no se suspendiese la ejecución de esta sanción el sancionado no podría presentarse durante el tiempo de tramitación del proceso a las elecciones para cargos colegiales que se convocasen. Si la decisión del proceso (...) fuese favorable (...), se le habría producido un perjuicio a su derecho de participación en las elecciones del Colegio de difícil reparación, ya que esa participación no podría tener

ya efecto normalmente, teniendo que ser sustituida por una indemnización de cálculo muy problemático”.

C) Criterio restrictivo para acordar la suspensión cuando el daño que pueda originar la inmediata ejecución sea de naturaleza económica

Ante la imposición a unos Mozos de Escuadra de una sanción disciplinaria de un año y un día de suspensión de funciones con pérdida de las retribuciones correspondientes sobre la que se discute la suspensión cautelar de su ejecución, razona la **STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003**, Ar 147 de 2004, que “el contenido de la sanción (...) no permite apreciar que su ejecución sea capaz de producir perjuicios de tal entidad que su reparación haya de considerarse difícil o imposible”, dado que “la índole de los eventuales perjuicios sería meramente económica, y ello impide constatar esa nota de irreparabilidad que básicamente configura el requisito del *periculum in mora*”. De otro lado, tampoco considera de aplicación al caso la doctrina del *fumus boni iuris*, indicando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha subrayado que esta teoría “ha de tenerse en cuenta, sobre todo, cuando se solicita la nulidad de actos dictados en cumplimiento de normas declaradas previamente nulas de pleno derecho, o cuando se impugna un acto idéntico u otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente”, circunstancias que no concurren al caso. Y, en cualquier caso, concluye que “el criterio general inherente al funcionamiento, eficacia y prestigio del Cuerpo Policial (...) que tiene encomendada como función principal la seguridad de todos los ciudadanos exige la ejecutividad del acto administrativo impugnado”, dado que “es la obediencia, así como la disciplina y el sentido del deber, las cualidades que definen y distinguen a una institución armada como los Mossos d’Esquadra”.

14. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES. SUSTITUCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y DE LA SANCIÓN

Afirma la **STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2003**, Ar 137, tras declarar nula la sanción disciplinaria impuesta a un Mozo de Escuadra por calificación inadecuada de la infracción, que “el Tribunal (...) entiende que debe continuar su función revisora a fin de determinar si cabe subsumir la conducta (...) en alguna de las otras faltas enumeradas en el Decreto Legislativo 1/1997 (...). Y hemos de llegar a la conclusión afirmativa”. En consecuencia, se declara disciplinariamente responsable a la funcionaria de una nueva falta leve, sancionándola con siete días de suspensión de funciones toda vez que para dicha falta se permite la imposición de sanción de suspensión de funciones de uno a catorce días.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
ANTONIO BUENO ARMIJO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Causa y objeto de la expropiación. A) Naturaleza del derecho de tanteo previsto en la legislación sobre protección del patrimonio forestal a la luz del instituto expropiatorio. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Posibilidad de iniciar un expediente expropiatorio de oficio sobre una finca cuya expropiación fue denegada cuando se instó por el propietario, aunque dicha solicitud esté pendiente de resolución judicial. **4. Determinación y pago del justiprecio.** A) Alcance del principio de vinculación de la parte expropiada a la valoración efectuada en su hoja de aprecio. B) En los supuestos de reclamación del pago del justiprecio sobre el que se ha producido una cesión de créditos el expropiante debe respetar las normas de retención judicial de deudas con independencia de quién sea el titular del crédito. **5. Garantías jurisdiccionales.** A) La suspensión de la ejecutividad de la relación de bienes y derechos a expropiar está condicionada, dada la naturaleza de trámite de dicho acto en el contexto del procedimiento expropiatorio, a que se acrediten perjuicios de difícil o imposible reparación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias que se comentan en esta crónica, producidas a lo largo del primer trimestre de 2004, hay dos que merecen ser destacadas preliminarmente por el carácter novedoso de los asuntos que tratan y la doctrina que sientan. En primer lugar debemos resaltar el pronunciamiento relativo a la naturaleza del derecho legal de tanteo que la legislación patrimonial prevé, en ciertos casos, a favor de la Administración, cuyo interés radica en plantear la naturaleza materialmente expropiatoria de los referidos tanteos que, sin embargo, para nosotros son supuestos de delimitación del derecho de propiedad que se justifican en la función social de este derecho. También debe consignarse, en segundo lugar, el interés de la sentencia que se comenta en relación al pago del justiprecio, en la que el Tribunal Supremo afirma la obligación de respetar las normas de retención judicial de deudas en los supuestos de reclamación del pago de un justiprecio sobre el que recae un mandamiento judicial de retención a efectos del pago de acreedores.

2. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Naturaleza del derecho de tanteo previsto en la legislación sobre protección del patrimonio forestal a la luz del instituto expropiatorio

La STS de 24 de abril de 2004, Ar. 2994, resuelve en casación un recurso interpuesto con ocasión del ejercicio del derecho de tanteo por la Administración de la Junta de Andalucía para adquirir ciertas fincas rústicas en el marco de la legislación para la protección del patrimonio forestal. Los antecedentes del caso se remontan a la celebración de un precontrato de compraventa entre dos particulares por el que uno de ellos, propietario de las aludidas fincas, se comprometía a vendérselas al futuro adquirente siempre que el pago del precio fijado se produjese con anterioridad a una determinada fecha. Pasada dicha fecha sin que se hubiese realizado el pago, la Junta de Andalucía ejercitó, a través de la Consejería competente en materia de Patrimonio, el derecho de tanteo previsto en la legislación sobre patrimonio forestal del Estado con la finalidad de garantizar la conservación del patrimonio forestal. Frente al ejercicio del derecho de tanteo, el beneficiario del contrato de precompra antes aludido solicitó ante la Junta de Andalucía la reversión de los bienes así adquiridos por la Administración. El solicitante fundaba su derecho reversional en la privación de su derecho patrimonial a adquirir los bienes que conllevó el tanteo administrativo, que —a su juicio— le impidió formalizar en escritura pública un precontrato privado o promesa bilateral de compraventa, produciéndose con ello una verdadera expropiación forzosa en el sentido constitucional y legal que dicho concepto tiene en nuestro ordenamiento.

El interés de la sentencia que se comenta radica en el pronunciamiento que el Tribunal Supremo hace sobre la naturaleza expropiatoria del derecho de tanteo, que condicionaría la posibilidad indemnizatoria y, en su caso, el ejercicio de la acción reversional. Debe advertirse, por lo demás, que las conclusiones jurisprudenciales al respecto, aunque aquí se refieran a lo previsto en la legislación de patrimonio forestal, nos parecen extrapolables, con carácter general, a la previsión que otras leyes sectoriales hacen de los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración Pública.

La clave para resolver la cuestión estriba en la existencia o no en estos casos de un interés patrimonial legítimo que pueda verse privado coactivamente por el ejercicio del tanteo. En el caso de autos, la respuesta del Tribunal Supremo es negativa, puesto que al analizar el precontrato de compraventa suscrito entre las partes se comprueba la existencia de una cláusula que condicionaba el perfeccionamiento del compromiso alcanzado al pago de un precio a término. Dado que el futuro adquirente incumplió dicha cláusula, porque no pagó el precio en el plazo acordado, el Tribunal Supremo entiende que el momento de ejercitarse el tanteo por la Administración, al ser posterior al término contractual referido, el derecho o el interés patrimonial legítimo del recurrente había decaído, pues el precontrato se había resuelto de pleno derecho por el incumplimiento del referido término. Otra cosa parece que hubiera sucedido en el hipotético supuesto en que el referido

VIII. Expropiación Forzosa

precontrato privado hubiera llegado a perfeccionarse, en cuyo caso parece que el Tribunal Supremo se hubiese pronunciado a favor de la existencia de una privación de naturaleza expropiatoria, como se desprende indirectamente de la sentencia comentada cuando se dice que:

“La Junta de Andalucía ejercitó el derecho de tanteo (...) en un tiempo posterior a la fecha en que el derecho o interés patrimonial legítimo de [el recurrente] se había resuelto de pleno derecho. De lo que se deriva que el derecho de tanteo no privó al (recurrente) de interés patrimonial legítimo alguno, lo que conduce a desestimar este primer motivo del recurso, al no poder afirmarse que mediante el ejercicio del derecho de tanteo se produjo una verdadera expropiación forzosa en sentido constitucional o legal, ya que —debemos repetirlo— en la fecha del ejercicio del tanteo, como consecuencia de la resolución de pleno derecho prevista en la cláusula tercera del precontrato, se habían extinguido cualesquiera derechos o intereses patrimoniales legítimos cuya titularidad ostentase (el recurrente) (...). No apreciamos pues infracción de los preceptos que se citan como fundamento del motivo de casación, ni de la jurisprudencia que se menciona relativa a la extensión del concepto de expropiación forzosa, institución que no tuvo lugar en el supuesto de autos, en que, por imperativo de la cláusula tercera del precontrato, (el recurrente) no era titular, cuando la Junta de Andalucía ejercitó el derecho de tanteo, de interés patrimonial legítimo alguno, por lo que el derecho de tanteo no constituyó una verdadera expropiación forzosa en el sentido constitucional y legal del término (por lo que) el motivo debe ser desestimado.”

Sin embargo, la conclusión que *a contrario sensu* se extrae del párrafo transcrito, aparentemente favorable a la procedencia del supuesto expropiatorio en el caso de haberse perfeccionado el contrato, no parece acorde —a nuestro juicio— con la verdadera naturaleza jurídica de los tanteos y retractos legales que la legislación sectorial prevé a favor de la Administración Pública por razones de interés general dirigidas a preservar el destino de ciertos patrimonios. No creemos, ciertamente, que tales instituciones supongan una privación patrimonial que deba insertarse en el concepto constitucional de expropiación del artículo 33.3 de la CE, sino que más bien encajan en el concepto de delimitación del derecho de propiedad derivada de la función social de este derecho que consagra el apartado 2º del mencionado precepto constitucional, por lo que el ejercicio de los tanteos y retractos legales por la Administración no deben generar, a nuestro juicio, derecho a indemnización a favor de los perjudicados.

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Posibilidad de iniciar un expediente expropiatorio de oficio sobre una finca cuya expropiación fue denegada cuando se instó por el propietario, aunque dicha solicitud esté pendiente de resolución judicial

La STS de 30 de enero de 2004, Ar. 1730, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declaró la urgente ocupación de ciertos bienes afectados por las obras de ampliación del Aeropuerto del Prat de Barcelona. El referido acuerdo expropiatorio abarcaba terrenos de propiedad privada que, no siendo aún propiedad del Aeropuerto, estaban contemplados en las áreas de am-

pliación señaladas en el proyecto constructivo originario y en el propio Plan Director del citado aeropuerto.

Aprobado el acuerdo de ampliación, éste fue recurrido por uno de los propietarios afectados que antaño ya había solicitado la expropiación de los terrenos que ahora es acordada por la vía de urgencia y cuya expropiación fue entonces denegada por la Administración, encontrándose el asunto *sub iudice* en el momento de aprobarse referido acuerdo de ocupación urgente. Siendo ello así, el recurrente funda su pretensión anulatoria del acuerdo del Consejo de Ministros sobre la ampliación del aeropuerto en la improcedencia de iniciar un expediente expropiatorio cuando existe otro anterior sobre las mismas fincas pendiente de una resolución judicial, dado que tal cosa contraviene el principio de “reserva de jurisdicción” contenido —a juicio del recurrente— en el artículo 117.3 de la CE y el derecho a la tutela judicial efectiva al que se refiere el artículo 24 de la CE.

En línea con la contrargumentación desplegada por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, el Tribunal Supremo rechaza tajantemente lo argumentado por el recurrente afirmando, para desestimar su demanda, que:

“la Administración no está vinculada por la petición de expropiación que le dirigen los propietarios de un bien, y que como ocurrió en este caso fue denegada. A ello no se opone el que posteriormente, y por circunstancias sobrevenidas, la Administración pueda acometer una nueva expropiación parcial o total del mismo bien, y ello con independencia de lo que en el caso de autos hubiera podido ocurrir con el proceso existente”.

4. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Alcance del principio de vinculación de la parte expropiada a la valoración efectuada en su hoja de aprecio

Como hemos señalado en ocasiones anteriores (véanse los núms. 3 y 14 de esta Revista), las valoraciones que los expropiados hagan de sus bienes en la hoja de aprecio les vinculan a la hora de reclamar el justiprecio de los mismos, tanto en vía administrativa como judicial. En este sentido, existe una constante doctrina jurisprudencial que justifica esta vinculación a la hoja de aprecio en el principio *venire contra factum proprium non valet*, en el de congruencia procesal y, en último extremo, en el carácter revisor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En este contexto hermenéutico se inscribe la STS de 6 de febrero de 2004, Ar. 974, resolutoria de un recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por un expropiado que se creyó perjudicado por la tasación dada a sus bienes en vía administrativa y judicial. Los antecedentes fácticos de esta sentencia se refieren a la expropiación de terrenos que tuvo lugar con ocasión de una de las ampliaciones del aeropuerto de Barajas en la que fueron expropiados los terrenos que el recurrente cotitularizaba junto a otro propietario. Dado que este otro propietario había obtenido un justiprecio superior en

VIII. Expropiación Forzosa

más de la mitad al que obtuvo el copropietario en cuestión, éste reclama en vía judicial el importe restante. La controversia radicaba en que el reclamante había obtenido ante el Jurado de Expropiación la cantidad máxima por metro cuadrado que él mismo había solicitado previamente en su hoja de aprecio, siendo así que el otro copropietario había obtenido una cantidad mayor, porque había valorado el terreno, en principio rústico, como si de suelo urbanizable se tratase, en aplicación de la conocida doctrina jurisprudencial que permite valorar con tal carácter un suelo no urbanizable que se destina a un sistema general previsto en el Plan.

La sentencia de contraste que el Tribunal Supremo toma en cuenta para resolver el recurso de casación al que aludíamos es la que el propio Tribunal dictó el 29 de junio de 1998, Ar. 5370, en la que expresamente se sostiene que el principio jurisprudencial de vinculación de los expropiados a la valoración que éstos hagan en su hoja de aprecio puede matizarse en determinadas circunstancias. En concreto,

“Tal vinculación no puede tener un carácter absoluto en base a la necesidad de que los elementos que han de ser objeto de justiprecio no sean ocultados, sustrayéndolos de esta forma a la comprobación de su existencia, a la posibilidad de alcanzar un mutuo acuerdo y a la fijación del justiprecio que luego puede realizar el Jurado.”

Pero el concepto de “ocultación” que en este pronunciamiento maneja el Tribunal Supremo se refiere a los supuestos en que el expropiado no tiene conocimiento exacto o detallado de lo que va a ser expropiado (lo que impide una correcta valoración y justifica las desviaciones que se puedan contener en ella), cosa que no sucedía en el caso que ahora se resuelve, por lo que la sentencia declara no haber lugar a la casación planteada afirmando que:

“La doctrina que sienta esta Sentencia no es contradicha por la fijada por la de instancia porque la mención que en ella se efectúa a la vinculación de los expropiados a sus hojas de aprecio no se ve afectada por ella. La Sentencia de contraste se refiere a que tal vinculación (a la hoja de aprecio) no puede tener un carácter absoluto en base a la necesidad de que los elementos que han de ser objeto de justiprecio no sean ocultados, sustrayéndolos de esta forma a la comprobación de su existencia, a la posibilidad de alcanzar un mutuo acuerdo y a la fijación del justiprecio que luego puede realizar el Jurado, es decir, a la identificación de los bienes a expropiar, a su situación y a la inclusión de otros que no han tenido en cuenta. Pero esta no vinculación, cuando concurren esas circunstancias, nada tiene que ver con el supuesto que aquí se discute de no vinculación al justiprecio pretendido en la hoja de aprecio, porque, *a posteriori*, el expropiado caiga en la cuenta, atendidas determinadas circunstancias urbanísticas que concurren en el suelo, que el precio a percibir pueda ser superior.

De hecho esa circunstancia debía conocerla el recurrente, y debió tenerla en cuenta cuando formuló su hoja de aprecio, puesto que pese que su parcela estaba clasificada como suelo no urbanizable el destino del terreno para un sistema general como es el uso aeroportuario le abocaba a ser valorado como urbanizable, y esa circunstancia no era un elemento oculto que no pudo tenerse en cuenta cuando se realizó la valoración en su documento de aprecio. Lo expuesto no queda en entredicho por la entrada en vigor de la Ley 6 de 1998,

que en su Disposición Transitoria Quinta, dispuso que las valoraciones contenidas en la Ley serían de aplicación a los expedientes expropiatorios que no hubieran concluido en la vía administrativa a su entrada en vigor, y ello, porque el artículo 26 de la Ley citada previno que ‘el valor del suelo no urbanizable se determinará por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas’. A estos efectos, la identidad de razón que justifique la analogía deberá tener en cuenta el régimen urbanístico, la situación, tamaño y naturaleza de las citadas fincas en relación con la que se valora, así como, en su caso, los usos y aprovechamientos de que sean susceptibles.”

B) En los supuestos de reclamación del pago del justiprecio sobre el que se ha producido una cesión de créditos el expropiante debe respetar las normas de retención judicial de deudas con independencia de quién sea el titular del crédito

La STS de 31 de marzo de 2004, Ar. 1961, resuelve en casación el recurso planteado por una entidad de crédito que se constituyó en beneficiaria del pago de un justiprecio expropiatorio en virtud de un negocio de cesión de créditos suscrito con la parte expropiada. Dicha entidad de crédito, única acreedora del montante global del justiprecio, reclama a la Administración su pago y ésta desestima la solicitud dado que el justiprecio se había consignado en favor de un Juzgado de Primera Instancia de Madrid que así lo había requerido a la Administración expropiante en el marco de un juicio de reclamación civil de cantidad seguido contra la expropiada por sus acreedores.

Expuestos sucintamente los hechos del caso, debe recordarse que nuestro ordenamiento regula el pago a los acreedores en relación con los bienes y derechos del deudor en los artículos 1921 y siguientes del Código Civil y 912 y siguientes del Código de Comercio, que disponen que cuando los bienes del deudor no fueren suficientes para el pago a todos los acreedores, los créditos se harán efectivos de acuerdo con las normas de prelación, clasificación y proporción contenidas en los mencionados preceptos. La determinación real de estas preferencias podrá efectuarse bien de forma general en los supuestos de concurso o quiebra del deudor, bien de forma particularizada en relación con determinados créditos mediante la resolución de los conflictos de tercería de mejor derecho regulados en el artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o de las acciones ordinarias de enriquecimiento correspondientes por cobro de lo indebido previstas en los artículos 1895 y siguientes del Código Civil. En cualquier caso se trata de una cuestión que es de la exclusiva competencia de los órganos de la jurisdicción civil, sin interferencia por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al artículo 1 de la LJCA, al tratarse de una actuación no sujeta al Derecho Administrativo.

No obstante, debe señalarse que, en este contexto normativo, el artículo 1165 del Código Civil dispone que “no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda”, lo que implica, en el caso que aquí se comenta, que al haberse ordenado judicialmente a la Administración el depósito de las cantidades adeudadas en el marco de los procedimientos de reclamación de deuda seguidos contra la expropiada, aquélla no podía sustraerse al cumplimiento del

VIII. Expropiación Forzosa

mandato judicial sin incurrir en incumplimiento del citado artículo 1165 del Código Civil, y sin que pudiera producirse el efecto liberatorio que prevé el artículo 1164 del mismo Cuerpo legal, porque habría desaparecido la buena fe en el pago al acreedor. Ésta es la consecuencia a la que llega la Sala Tercera del Tribunal Supremo al examinar la desestimación de la pretensión de pago que la entidad de crédito, subrogada en la expropiada originaria, planteó ante la Administración expropiante, añadiendo que tal consecuencia no queda enervada

“por el hecho de que la Administración se haya retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago del justiprecio. Este retraso podrá generar, en su caso (...) otros efectos, incluso la responsabilidad patrimonial por demora, pero nunca cabría exigir el pago, hasta que no se liberen las cantidades depositadas como consecuencia del requerimiento judicial”.

Por consiguiente, los preceptos legales que permiten que un tercero se subroge en los derechos del acreedor (artículo 1203 CC), que reconocen el contrato de cesión de créditos (artículo 1526 CC), y que permiten que el procedimiento expropiatorio continúe con el subrogado en el derecho del expropiado (artículos 7 de la LEF y 41 de la LJCA), no excluyen, como afirma el Tribunal Supremo,

“que el expropiante deba respetar las normas sobre retención judicial de deudas, con independencia de quién sea el titular del crédito”.

Sin que tampoco puedan considerarse infringidos –como pretendía la recurrente– los artículos 1157 y 1162 del Código Civil relativos a la liberación del pago,

“pues al margen de que los efectos liberatorios del pago sólo se entienden producidos cuando se haga en favor de la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, la práctica de un embargo del crédito lleva consigo por ministerio de la Ley la obligación de ponerlo a disposición judicial con el fin de evitar fraude de acreedores, y ello aunque el crédito haya nacido como consecuencia de un convenio de fijación de justiprecio entre la Administración y el expropiado –artículo 24 LEF–, ya que el cumplimiento del mandato judicial es independiente de la causa que diera lugar al crédito. El hecho de que se pusiera a disposición del Juzgado el importe del crédito, aun conociendo la cesión efectuada a favor de la recurrente, en nada contradice lo dispuesto en los artículos 1526 y 1527 del Código Civil (...), porque no se está pagando a un tercer acreedor, sino cumpliendo requerimientos que son ineludibles para la Administración –artículo 257.1.2º del Código Penal–”.

5. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

A) La suspensión de la ejecutividad de la relación de bienes y derechos a expropiar está condicionada, dada la naturaleza de trámite de dicho acto en el contexto del procedimiento expropiatorio, a que se acrediten perjuicios de difícil o imposible reparación

La STS de 22 de enero de 2004, Ar. 561, resuelve el recurso de casación interpuesto contra un auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

la Comunidad Valenciana por el que no se había accedido a la suspensión de la ejecución del Acuerdo de un Ayuntamiento sobre aprobación definitiva de la relación de bienes y derechos a expropiar en el marco del recurso que uno de los propietarios afectados había interpuesto contra dicho acuerdo.

La denegación de la suspensión solicitada se funda certeramente por la Sala de instancia en el constatado hecho de que al paralizar la ejecutividad del referido acuerdo municipal se perturbarían gravemente los intereses públicos, sin que por el contrario se ocasionen en los intereses y derechos de la parte actora graves daños y perjuicios de reparación imposible o difícil, que, en todo caso, podrían paliarse mediante la correspondiente indemnización en el supuesto de que se dictase sentencia estimatoria del recurso. En suma, la denegación de la suspensión se fundamenta en que el acuerdo recurrido —la relación definitiva de bienes y derechos a expropiar— es un acto de trámite que se inserta en el procedimiento expropiatorio, cuya suspensión sólo puede ser acordada judicialmente si se acredita la concurrencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para la parte afectada, cosa que no acaece en el caso de autos, en el que, además, no se había acordado aún la ocupación de los bienes, por lo que la suspensión o la adopción de cualquier otra medida cautelar de las que prevén los artículos 129 y siguientes de la LJCA resultaría contraria al interés público perseguido por la expropiación. En consecuencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la recurrente y declara la condena en costas de la misma.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Delimitación entre el instituto de la responsabilidad extracontractual y otras figuras afines. Responsabilidad por alteración de las condiciones de una concesión: exclusión del ámbito de la responsabilidad extracontractual. 3. Objetividad del sistema y nexo de causalidad. Carga de la prueba en los supuestos de daños en el ámbito sanitario. 4. Antijuridicidad del daño. A) Daños sufridos por personal al servicio de la Administración: obligación de soportar el daño cuando se pusieron a disposición del agente todos los medios necesarios en orden a su prevención. B) Juego del principio de proporcionalidad en los casos de daños provocados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad durante una persecución. 5. Daño indemnizable. Compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por daños y perjuicios. 6. Acción y procedimiento. *Dies a quo*. Necesidad de no confundir el derecho a la tutela judicial efectiva con una interpretación *contra legem* de los presupuestos procesales de la acción. 7. Responsabilidad del legislador. Trascendencia del pronunciamiento contenido en una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley acerca del alcance de sus efectos para la viabilidad de posteriores acciones de indemnización por los daños derivados de actos previos de aplicación. 8. Responsabilidad del poder judicial. Prisión provisional seguida de libre absolución por inexistencia objetiva. 9. Responsabilidad por infracción del Derecho comunitario. Relación entre una sentencia comunitaria de la que deriva la contradicción de una ley nacional y el Derecho comunitario y la acción de responsabilidad por los daños generados por la aplicación anterior de dicha ley.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Como de costumbre, los pronunciamientos que traemos a estas páginas abordan los más diversos aspectos del poliédrico instituto de la responsabilidad administrativa. Entre ellos, nos parecen especialmente destacables aquellos que versan sobre un tema sumamente complejo y trascendental, el de la relación entre la declaración de nulidad de una

norma, bien por ser contraria al Derecho comunitario o a la Constitución española, y las posteriores acciones indemnizatorias por los daños derivados de los actos previos de aplicación.

2. DELIMITACIÓN ENTRE EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y OTRAS FIGURAS AFINES. RESPONSABILIDAD POR ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE UNA CONCESIÓN: EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

En la STS de 30 de enero de 2004, Ar. 776, una empresa concesionaria hidroeléctrica solicita indemnización por la disminución de producción derivada de la construcción y entrada en funcionamiento de un canal que supone una disminución del caudal desembalsado. Se discute si la reclamación debe considerarse en el marco de la relación concesional, y por tanto, tratarse como responsabilidad contractual; o si, por el contrario, dibuja un supuesto de responsabilidad extracontractual. El Tribunal Supremo lo enmarca en el primer supuesto. Ello no supone negar el derecho a indemnización de la demandante, sino tan sólo apuntar que la vía de la responsabilidad extracontractual no es la adecuada:

“Naturalmente, lo dicho no significa que la entrada en funcionamiento del Canal de las Dehesas no perjudique a Saltos del Guadiana, SA, ni que la Administración no deba compensarle por ello. Por el contrario, como confirma la Sentencia que se impugna, no hay duda de que la producción hidroeléctrica en las centrales de las que hablamos se ha visto afectada y tampoco la hay de que eso supone una alteración de las condiciones de hecho existentes en el momento de establecerse la concesión que ha de llevar a la introducción en el régimen de la misma de las modificaciones necesarias que compensen a la concesionaria de los perjuicios que haya sufrido. Sin embargo, lo uno y lo otro no puede llevar a considerar contraria al Derecho la Sentencia de la Audiencia Nacional por los motivos que se han esgrimido. Por otra parte, la desestimación del recurso de casación, que es la consecuencia obligada de cuanto se acaba de decir, no deja indefensa a Saltos del Guadiana, SA, que tiene abierta la vía indicada por aquélla y reiterada por la Sentencia de esta Sala de 17 de abril de 1997 (apelación 657/1993) que la confirmó. No es otra que la que preveía el artículo 63.a) de la Ley de Aguas de 1985 [artículo 65.1.a) de la vigente], procedimiento que, como la propia recurrente indica, ya utilizó anteriormente ante la puesta en riego de grandes superficies y que dio lugar a la Orden de 1 de febrero de 1990.”

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD. CARGA DE LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE DAÑOS EN EL ÁMBITO SANITARIO

Traemos a colación un pronunciamiento que pone de relieve la complejidad de la cuestión, siempre nuclear, de a quién corresponde la prueba de cada uno de los elementos del sistema de responsabilidad, cuestión especialmente delicada en el caso de los daños sanitarios.

En el orden civil, la acreditación de la culpa del causante del daño corresponde a la víctima, lo que en ocasiones puede conducir a resultados severos, sobre todo cuando no se modera con la llamada “doctrina del daño desproporcionado” (de aplicación preferente, cierto es, en el caso de operaciones quirúrgicas) o con el juego de las presunciones.

Valga como testimonio la **STS de 30 de enero de 2004**, Sala de lo Civil, Ar. 439. El caso es el de una joven a la que su médico de familia diagnostica amigdalitis. Por la madrugada su estado empeora y acude al Servicio de Urgencias, donde el facultativo que la atiende, sin embargo, manifiesta que la joven “no tiene nada” y la manda a su domicilio, añadiendo que de persistir los síntomas, puede acudir a su médico de familia a la mañana siguiente. Sin embargo, la paciente empeora y, trasladada a primera hora de la mañana a la consulta del médico de cabecera, fallece en la ambulancia que la traslada de la consulta al hospital. La Sala de lo Civil parte de la necesidad, en casos como éste, de que el reclamante pruebe la negligencia, lo que no entiende acreditado, teniendo en cuenta que los informes forenses no definen la causa fundamental de la muerte. Descartada la responsabilidad del facultativo que atendió a la víctima en el Servicio de Urgencias, se descarta también la de la Administración sanitaria. Se aducía por la demandante cierta doctrina de la Sala Primera, según la cual, “cuando la reclamación se formula contra una Administración Sanitaria, los Tribunales se orientan en una línea de responsabilidad prácticamente objetiva, de suerte que la institución demandada es condenada a indemnizar por virtud del resultado acaecido, esto es, abstracción hecha de que quede acreditada en el juicio la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario, de los que hubieren intervenido en la asistencia del enfermo. Cuando así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de “conjunto de posibles deficiencias asistenciales”, lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la actuación médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella”. No obstante, en este caso la Sala considera que “la aplicación de esta responsabilidad objetiva exige, en todo caso, la existencia de una relación de causalidad entre esas pretendidas deficiencias asistenciales, cualquiera que sea el personal médico o sanitario a quien sean imputables, y el resultado dañoso”. Por ello, en el caso de autos, entiende la Sala que queda acreditado que no hubo deficiencia asistencial alguna, y, al ignorarse la causa de la muerte, no es posible establecer la responsabilidad administrativa. Como puede notarse, una exigencia bastante elevada en un caso en el que la paciente había acudido hasta tres veces en veinticuatro días a diversos médicos, sin ser ingresada.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

A) Daños sufridos por personal al servicio de la Administración: obligación de soportar el daño cuando se pusieron a disposición del agente todos los medios necesarios en orden a su prevención

En crónicas anteriores hemos tenido alguna ocasión de reseñar pronunciamientos en los que el dañado es una persona al servicio de la Administración pública sometida, por el puesto de trabajo desempeñado, a determinados riesgos profesionales. Cuando

dichos riesgos se materializan y el perjudicado solicita indemnización, se plantea si le corresponde o no el deber de soportar el daño. La clave para hallar la respuesta se sitúa, una vez más, en la normalidad o por el contrario anormalidad en el funcionamiento del servicio, juicio que, en estos particulares supuestos, implica a menudo un análisis de la suficiencia de medios puestos a disposición de sus agentes por la Administración en orden a prevenir el daño.

En el período considerado, un ejemplo nos lo brinda la **STS de 29 de enero de 2004**, Ar. 572. En ella, un especialista en medicina nuclear de un hospital público sufre cataratas a consecuencia de su profesión. El Tribunal Supremo entiende que no ha quedado acreditado el funcionamiento anormal alegado, consistente en no habersele facilitado las medidas de protección reglamentaria establecidas “o cualesquiera otras que resultaran obligatorias o incluso recomendables atendida su eficacia preventiva”. Se trataba de “un riesgo conocido por la recurrente que estaba especialmente calificada para dirigir el funcionamiento de la instalación de medicina nuclear del centro sanitario en que desarrollaba su actividad profesional, así como la actividad de los operadores que desarrollan su trabajo en la misma”. Por tanto, era un riesgo aceptado por la recurrente, lo que hace que no pueda considerarse antijurídico. La Sentencia de instancia consideraba, además, que el daño había quedado suficientemente indemnizado con la pensión de invalidez reconocida, doctrina esta que corrige, aún sin efectos prácticos para el caso de autos, el Tribunal Supremo.

B) Juego del principio de proporcionalidad en los casos de daños provocados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad durante una persecución

En la **STS de 9 de febrero de 2004**, Ar. 982, un Guardia Civil persigue por la carretera a un infractor de las normas de tráfico que desobedece la orden de detención. Abre fuego contra la parte trasera del vehículo, pero, por error, en lugar de realizar un solo disparo, el arma suelta una ráfaga hiriendo al conductor. Éste reclama indemnización alegando que hubo una desproporción en los medios utilizados para su detención.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera, con carácter general, que la huida de una persona ante el requerimiento policial de detención no constituye conducta que justifique el empleo de armas de fuego para impedirla, salvo que se trate de una situación de real e inminente peligro para la vida o integridad física de los agentes que las utilizan o de terceras personas. En el caso de autos, y teniendo en cuenta que el reclamante iba conduciendo temerariamente, haciendo adelantamientos prohibidos en zonas de curvas, estima que se generó un evidente peligro para la vida o la integridad física del resto de los vehículos, por lo que no cabe excluir la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión de intentar detener al reclamante disparando a las ruedas del vehículo. Sin embargo, el error al disparar el arma en ráfaga, que fue determinante para la producción del resultado lesivo, genera un supuesto de funcionamiento anormal, “y por eso merecedor en principio de la correspondiente participación de la Administración a la hora de

reparar la lesión producida”, de forma que revoca la decisión de la instancia de excluir la responsabilidad administrativa.

5. DAÑO INDEMNIZABLE. COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIONES EXTRAORDINARIAS E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La STS de 17 de noviembre de 2003, Ar. 664 (ponente González Navarro) analiza un tema que ya hemos traído en diversas ocasiones a estas páginas, el de la compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por daños. Solicitan en este caso indemnización los padres de la víctima, fallecida en acto de servicio, a los que la sentencia de instancia ha reconocido una cantidad de cuatro millones de pesetas a percibir por partes iguales, indemnización que estiman insuficiente, ya que reclamaban treinta millones cada uno, por lo que atacan en casación dicha cuantificación.

Pese a reconocer la necesaria valoración subjetiva que implica la indemnización a tanto alzado por daños morales, el Tribunal Supremo considera que “por ninguna parte resulta qué tipo de parámetros objetivos ha utilizado la Sala de instancia para concluir que el daño moral causado a los padres por la muerte del hijo deba cuantificarse en esa cifra”.

La recurrente proponía, como solución subsidiaria, la cuantificación conforme a los baremos aprobados en materia de accidentes de circulación, correspondientes al año del fallecimiento y con la correspondiente actualización. El Tribunal Supremo considera que:

“La utilización de estos baremos (...) es solución que (...) este Tribunal Supremo ha aplicado más de una vez como criterio orientador —es decir, no necesariamente vinculante— que permite objetivar la cuantía de la indemnización. Por ello, es así como debió proceder la Sala de Instancia. Y no sólo porque debe respetar la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando así proceda en razón de la identidad entre los casos analizados en uno y otro caso, sino porque esa solución ofrece una doble ventaja: permite, como acabamos de decir, objetivar la cuantificación, y permite también adaptar los datos que las tablas proporcionan a las peculiaridades de cada caso mediante el ejercicio de la libertad estimativa que es inherente a la función judicial.”

En consecuencia, fija la indemnización en unos catorce millones de pesetas para cada progenitor.

Obsérvense dos datos.

— En primer lugar, que el Tribunal Supremo se decide a alterar la cuantificación realizada en la instancia, pese a reconocer el componente subjetivo que implica, operando *de facto* una más que considerable reducción de dicho subjetivismo. En esto, se separa de una línea jurisprudencial más plegada a las valoraciones que llevan a cabo los tribunales de instancia.

– En segundo lugar, que, una vez más, pese a que la doctrina general formulada por el propio Tribunal Supremo establece que la indemnización por daños y perjuicios y la pensión complementaria son compatibles, y que la segunda ha de ser tenida en cuenta para cuantificar la primera, en la práctica no se deduce nada de la cuantía indemnizatoria en consideración a la pensión reconocida.

6. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. *DIES A QUO*. NECESIDAD DE NO CONFUNDIR EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA CON UNA INTERPRETACIÓN CONTRA *LEGEM* DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

Los presupuestos de la STS de 9 de febrero de 2004, Ar. 982, relacionados con el daño derivado de disparos efectuados por un Guardia Civil en la persecución de un infractor de las normas de tráfico, ya fueron expuestos *supra*. Traemos ahora aquí este pronunciamiento por cuanto plantea también una interesante cuestión desde el punto de vista procesal, en concreto, acerca del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción.

Los hechos habían sucedido en la lejana fecha de 1978 y la reclamación databa de 1995, de modo que el dato esencial era el relativo a la fecha en que las lesiones pudieron considerarse estabilizadas. La Sentencia de instancia destacaba cómo en estos casos la jurisprudencia interpreta el *dies a quo* con cierta flexibilidad, por razones de tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Tribunal Supremo sale al paso de esta interpretación de las exigencias del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva,

“(...) ya que éste es un derecho que ampara por igual a ambas partes en el proceso, la que demanda y la que opone la prescripción de la acción ejercitada, por lo que el tema a dilucidar no es propiamente el contenido de aquel derecho constitucional de índole procesal, sino el de determinar si materialmente puede aceptarse o no si cuando el lesionado ejercitó la acción había transcurrido el año que la Ley fija como plazo de prescripción, lo cual sería en todo caso un acontecimiento ocurrido fuera del proceso y por eso no implicado propia y sustancialmente en el ámbito peculiar del conjunto de garantías y principios procesales que se engloban en el derecho a la tutela judicial efectiva”.

El tribunal de instancia, ante la disparidad de criterios periciales sobre la fecha de estabilización de las secuelas, había optado por entrar en el fondo (tal vez, añadimos nosotros, teniendo en cuenta que el pronunciamiento iba a ser desestimatorio). Para el Tribunal Supremo, esta decisión se justificó, no por el derecho a la tutela judicial efectiva y sus exigencias, sino por una cuestión de carga de la prueba, ya que corresponde a la Administración, al ser la que opone la excepción, acreditar la prescripción, y el tribunal de instancia no consideró que la hubiera probado de forma suficiente. Por el contrario, el Alto Tribunal considera que de los dictámenes médicos traídos al proceso se deduce que la acción se encontraba prescrita cuando se formuló la reclamación. Es decir, viene a casar la sentencia por una discrepancia en la valoración de la prueba, lo que, como

IX. Responsabilidad Administrativa

sabemos, sólo cabe excepcionalmente, en supuestos de interpretaciones arbitrarias o irrazonables por parte de los tribunales de instancia.

7. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. TRASCENDENCIA DEL PRONUNCIAMIENTO CONTENIDO EN UNA SENTENCIA QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY ACERCA DEL ALCANCE DE SUS EFECTOS PARA LA VIABILIDAD DE POSTERIORES ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE ACTOS PREVIOS DE APLICACIÓN

El Tribunal Supremo prosigue perfilando y aquilatando paso a paso su novedosa doctrina en torno a la responsabilidad del legislador y su relación con los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley.

En la **STS de 2 de febrero de 2004**, Ar. 1388, el supuesto es la adquisición de una finca y la consiguiente autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, valorando dicha finca en una determinada cantidad a estos efectos. En aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios públicos, que regula el tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa, se practicó liquidación provisional complementaria, que fue recurrida sin éxito, procediéndose al apremio sobre el patrimonio por falta de pago voluntario.

Posteriormente, la Disposición Adicional Cuarta fue declarada inconstitucional por la STC de 19 de julio de 2000, y los ahora recurrentes se decidieron a interponer una demanda indemnizatoria.

En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunció acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad en ella contenida, estableciendo que “al igual que en otras ocasiones y, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), conviene declarar que, únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas, con fundamento en esta Sentencia, aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC)”.

El tenor de este pronunciamiento conduce a rechazar la pretensión indemnizatoria por la cantidad exaccionada, con sus correspondientes intereses. En efecto, en estos supuestos, conviene el Tribunal Supremo,

“(…) habrá que estar a que exista o no declaración expresa del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia, como ocurre en este caso. El término que utiliza la sentencia es suficientemente expresivo ‘situaciones susceptibles de revisión’ y el mismo se aplica a aquellas que ‘no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas’. Sin duda, éste es el supuesto; la situación

creada por la Administración al comprobar la valoración dada a los bienes objeto de la compraventa quedó firme y consentida, de modo que cuando se dictó la sentencia de la que dimana la acción de responsabilidad patrimonial que se ejercita, aquélla había adquirido firmeza, puesto que se había producido una resolución administrativa firme sobre ella. Creemos por otra parte que la expresa prohibición del Tribunal Constitucional veda cualquier otra acción de distinta naturaleza de la que sugiere el concepto de revisión, que sí alcanzaría sin duda a la acción de revisión del artículo 102 de la Ley Reguladora de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, que, por obvias razones de seguridad jurídica, ha de hacerlo también con la que deriva de los artículos 139 y siguientes de la misma Ley. Entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional. En consecuencia procede desestimar la demanda interpuesta”.

8. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PROVISIONAL SEGUIDA DE LIBRE ABSOLUCIÓN POR INEXISTENCIA OBJETIVA

Como es bien sabido, no toda prisión provisional que no vaya seguida de un pronunciamiento penal condenatorio da origen a responsabilidad, sino, más limitadamente, aquéllas en que la falta de condena se debe a la constatación de la llamada inexistencia objetiva o subjetiva. No resulta fácil constatar cuándo la absolución está basada en la falta de prueba suficiente (de la existencia de delito o de la participación del sujeto en el mismo) y cuando se está realmente ante un caso de prueba de inexistencia. Es más, ni tan siquiera resulta siempre evidente, en la práctica, la diferencia entre inexistencia objetiva y subjetiva. La STS de 9 de febrero de 2004, Ar. 980, ofrece una buena muestra de lo dicho.

En dicha sentencia, el ahora reclamante, que sufrió prisión provisional, fue posteriormente absuelto por no constituir los hechos que se le imputaban delito contra la salud pública. Se trataba de un inmigrante en precario estado económico que había sido inducido por un agente de la policía a hacer de intermediario en la compra de droga, con el objeto de atrapar al vendedor.

El Abogado del Estado, entiende que, pese a no ser responsable penal por aplicación de la teoría de la inducción y el delito provocado, y, por tanto, estarse ante un supuesto de inexistencia de responsabilidad criminal, no puede hablarse aquí de la inexistencia objetiva que exige el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como sintetiza el Tribunal Supremo, el delito provocado exige, en la dogmática penal,

“(…) que la provocación —en realidad, una forma de instigación o inducción— parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el *iter criminis*, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista *ab initio* intervención

IX. Responsabilidad Administrativa

policial (...) Pero, no existe delito provocado cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo (...).”.

Para analizar el caso en concreto, el Alto Tribunal parte de su conocida doctrina acerca de la necesidad de ir al fondo del pronunciamiento penal para indagar si puede hablarse o no de inexistencia objetiva o subjetiva, sin vinculación por la terminología utilizada por el juez penal, concluyendo, como lo hiciera el tribunal de instancia, en la inexistencia de delito, ya que el hecho no se hubiera producido si el confidente policial ya fallecido, y al que el recurrente conocía no hubiera ofrecido a éste, sabedor de sus dificultades económicas, la posibilidad de conseguir dinero de forma fácil e inmediata, si le proporcionaba una determinada cantidad de cocaína.

9. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. RELACIÓN ENTRE UNA SENTENCIA COMUNITARIA DE LA QUE DERIVA LA CONTRADICCIÓN DE UNA LEY NACIONAL Y EL DERECHO COMUNITARIO Y LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS GENERADOS POR LA APLICACIÓN ANTERIOR DE DICHA LEY

En el número anterior de esta Crónica tuvimos ocasión de comentar una importante sentencia en materia de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario, referida a la conocida periodísticamente como “guerra de las plataformas digitales”, que suponía la muestra hasta entonces más reciente del entendimiento por parte del Tribunal Supremo de los presupuestos de la aún novedosa jurisprudencia comunitaria en torno a la responsabilidad de los Estado por infracción del Derecho comunitario.

En el período ahora considerado, se ha dictado otro importante pronunciamiento, la **STS de 29 de enero de 2004**, Ar. 1077, del que debe avanzarse que, en nuestro criterio, presenta diversos flancos a la crítica.

El presupuesto es el siguiente: una empresa inmobiliaria reclama indemnización por la cantidad que tuvo que abonar a la Hacienda estatal como consecuencia de un acta de inspección. La inspección tributaria consideró indebida la deducción supuestamente de IVA practicada por la sociedad en 1997, ya que la normativa española (a la sazón, el artículo 111 de la Ley 37/1992), difería del derecho a la devolución al momento de inicio efectivo de la actividad empresarial, que no se había producido aún en 1997. Sin embargo, la STJCE de 21 de marzo de 2000 entendió que la normativa española era contraria al Derecho comunitario que regula la materia, ya que éste dispone que el derecho surge también en un momento anterior, siempre que resulte acreditada la seria y razonada intención de iniciar la actividad, lo que en el caso de autos había quedado, en efecto, constatado.

La Administración oponía que la indemnización solicitada tenía su origen en un acto firme y, por ello, inatacable, y, de este modo, el grueso de la sentencia se dedica a analizar en qué medida una sentencia comunitaria que pone de manifiesto la contradicción entre una ley estatal y el Derecho comunitario conlleva la obligación de indemnizar los daños que la aplicación anterior de la ley estatal haya podido generar.

El Tribunal Supremo lleva a cabo en esta sentencia un repaso de la jurisprudencia comunitaria en torno a las acciones nacionales de recuperación del importe de tributos ingresados por las Autoridades nacionales en infracción del Derecho comunitario. Como es sabido, no existe aún legislación comunitaria que regule las condiciones procesales y de fondo de dichas acciones, por lo que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales y regular los procedimientos y los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, con dos condiciones: dichos procedimientos no pueden ser menos favorables que los aplicables en recursos semejantes de naturaleza interna; ni hacer imposible en la práctica, o excesivamente difícil, el ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Condiciones que, como puede notarse, han sido extendidas también a las acciones de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario, por inspiración precisamente en estas acciones de restitución de lo indebido (*condictio indebiti*), de diferente naturaleza.

En principio, razona el Tribunal Supremo, una sentencia comunitaria que, al hilo de una cuestión prejudicial, interpreta una norma comunitaria y pone de manifiesto la incompatibilidad entre dicha interpretación y una norma nacional no añade nada, desde el punto de vista de la eficacia temporal, a la vigencia de dicha norma, de tal modo que las sentencias del Tribunal de Justicia que realizan este cometido podrían aplicarse a todo tipo de situaciones jurídicas reguladas por la norma comunitaria objeto de interpretación, con independencia de sus elementos temporales. Sin embargo, ello no significa que las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas sobre cuestiones prejudiciales de interpretación tengan una eficacia exorbitante que se imponga a todo tipo de relaciones jurídicas anteriores, agotadas o no. Por el contrario, su eficacia debe ser referida a aquellas situaciones jurídicas que, según el Derecho interno, sean aún susceptibles de controversia o de revisión y que, por ello, puedan someterse a la decisión de un órgano jurisdiccional.

Hasta aquí, el pronunciamiento parece discurrir en la consideración de que el objeto del asunto de autos es una acción de recuperación de lo indebido, regida por el Derecho nacional y sometida a condiciones procesales y materiales distintas de las acciones de responsabilidad (entre otras, y fundamental, no sometidas a requisito alguno de corte culpabilístico). Sin embargo, el Tribunal Supremo parte de la consideración de que lo ejercitado es una acción de responsabilidad, y no ante una acción de recuperación de lo indebidamente abonado; y aquí comienza, a nuestro juicio, lo más cuestionable de la sentencia.

IX. Responsabilidad Administrativa

En efecto, para analizar los efectos de la sentencia prejudicial comunitaria respecto a las reclamaciones indemnizatorias, el Tribunal Supremo parte de su doctrina sentada con ocasión de las demandas de indemnización que siguieron al pronunciamiento del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de la tasa sobre el juego, según la cual el *dis a quo* para ejercitar la acción de responsabilidad por la aplicación de leyes inconstitucionales computa desde la publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad. El razonamiento entonces fue el siguiente, como recuerda la propia sentencia:

“Esta Sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una Ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la Ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear ‘de oficio o a instancia de parte’ al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una Ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha Ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable.”

Sin embargo, el Alto Tribunal considera que esta doctrina no es aplicable a los supuestos de daños derivados de la aplicación de Leyes contrarias al Derecho comunitario, con la siguiente argumentación:

“Esta doctrina no es trasladable a los supuestos en que una norma, en nuestro caso el artículo 111 de la Ley 37/1992, es contrario a la legislación europea ya que tal contradicción es directamente invocable ante los tribunales españoles y por tanto la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después al acta de liquidación y tanto la administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario. La recurrente en este caso, al contrario de lo que acontece en los supuestos de gravamen complementario de la tasa de juego, sí era titular de la acción por invocar la contradicción entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario que debía ser aplicado directamente por los tribunales nacionales incluso aun cuando no hubiese sido invocado expresamente, por tanto la doctrina del acto firme y consentido unida al principio de seguridad jurídica justifica en este caso, el contrario de lo

que hemos establecido en las sentencias citadas sobre ingreso indebido del gravamen complementario, la no aplicación al caso de autos de la doctrina sentada en aquellas sentencias y la desestimación de la pretensión indemnizatoria ya que la recurrente, al no impugnar el acta de conformidad levantada por la Agencia Tributaria, está obligada a soportar el perjuicio causado al no concurrir en el caso que nos ocupa la misma circunstancia que en las sentencias de esta sala anteriormente citadas.

Por otra parte en el caso que enjuiciamos la responsabilidad patrimonial que se demanda, de existir, lo sería por infracción de la normativa comunitaria, infracción que es apreciada en sentencia que resuelve una cuestión prejudicial y que por tanto no acarrea *per se* la desaparición *ex tunc* de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad, ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional normalmente sean *ex nunc* correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso.”

A ello se le suma un argumento adicional, que resulta a nuestro juicio aun más controvertido: no concurren dos de los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario:

“Estando como estamos por tanto ante un supuesto de responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho comunitario, para que tal responsabilidad pueda apreciarse el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha venido estableciendo que deben darse al menos tres requisitos, a salvo de que el ordenamiento interno sea más favorable, a saber: que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la infracción sea suficientemente caracterizada y finalmente que exista nexo de causalidad directo entre el actuar del Estado miembro, la infracción del Derecho Comunitario, y el resultado dañoso producido. En el caso que nos ocupa cabe cuestionar la concurrencia del segundo y tercer requisitos citados.

La relevancia de la infracción no cabe apreciarla por la simple dilación temporal en cuanto al momento en que puede efectuarse la deducción. El derecho del particular a efectuar la deducción no se cuestiona, la norma estatal únicamente fija el momento en que cabe efectuar aquella pero sin cuestionarla. La negativa de la deducción sí sería infracción relevante en cuanto implicaría la negación del derecho del particular, pero no acontece lo mismo si lo único que se produce es un retraso en el tiempo para llevar a cabo la deducción.

En cuanto a la relación directa entre la infracción de Derecho comunitario y el daño tampoco cabe apreciarlo ya que el daño alegado no es consecuencia directa de la norma estatal, el daño surge como consecuencia de un acto de aplicación y del no ejercicio por la recurrente de la acción de reintegro en los términos establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades anteriormente expuesto. En modo alguno estamos ante una norma autoaplicativa, en terminología del Tribunal Constitucional, ya que no estamos ante una Ley singular que tenga efectos retroactivos sobre situaciones producidas con anterioridad.”

IX. Responsabilidad Administrativa

La consecuencia es la desestimación de la acción de responsabilidad, sin perjuicio de la posibilidad, sometida a sus propios requisitos procesales, de ejercitar la acción de reintegro:

“Como consecuencia de lo hasta aquí dicho es la desestimación del recurso contencioso, ello sin perjuicio de que la recurrente pueda si no se ha cumplido la fecha para ello, ejercitar la acción de reintegro al amparo de la doctrina del Tribunal Europeo o incluso a efectuar la deducción que corresponda si no han transcurrido los plazos previstos en la legislación del IVA para llevarla a cabo y sin que pueda tampoco invocarse en favor de la tesis de la recurrente la doctrina del Tribunal de Justicia de que ningún Estado puede beneficiarse de sus infracciones del Ordenamiento Comunitario, en este caso la causa del fracaso de la acción que se ejercita es la no actuación de la recurrente que no impugna el acto administrativo ni ejerció la acción de devolución al amparo de la sentencia del Tribunal de Justicia que invoca.”

Esta sentencia merece, sin duda, un comentario pausado que excede del formato de estas Crónicas, pero no nos resistimos, al menos, a hacer algunas consideraciones. El pronunciamiento, a nuestro juicio, acumula una serie de afirmaciones discutibles, que probablemente podría haber obviado, limitándose, como por cierto hace el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a señalar que en estos casos no se ejercita una acción de responsabilidad sino de devolución de ingresos indebidos, sometida a sus propios requisitos procedimentales y de fondo, de modo que la utilización en estos casos de la acción de responsabilidad supone una desviación de procedimiento. De hecho, a este razonamiento parece responder el inicio y el final de la Sentencia, pero su cuerpo, sin embargo, entra en consideraciones en torno a las relaciones entre las sentencias interpretativas comunitarias y las acciones de responsabilidad nacionales sumamente discutibles.

De entrada, resulta polémica la argumentación desarrollada para evidenciar las presuntas diferencias en los presupuestos de las acciones de responsabilidad por aplicación de leyes inconstitucionales y anticomunitarias. La presunción de validez de las leyes juega en ambos casos, y ni siquiera es cierto que, frente a lo que ocurre respecto de las leyes inconstitucionales con la cuestión de inconstitucionalidad, la situación sea muy diferente en relación con las leyes anticomunitarias y la cuestión prejudicial comunitaria. El particular que trata de hacer valer la contradicción entre una norma nacional y otra comunitaria, en realidad, no puede plantear por sí mismo dicha contradicción ante el juez comunitario, ni tan siquiera instar de forma vinculante a la Administración o a los jueces nacionales para que lo hagan. Esta obligación tan sólo pesa sobre los tribunales contra cuyas decisiones no cabe recurso alguno, y aun así, está sometida a la excepción, interpretada por los tribunales nacionales de forma cada vez más amplia, de la teoría de la relevancia y del acto claro, conforme a las cuales no es preciso plantear dicha cuestión prejudicial si el tribunal entiende que no es necesario para resolver el conflicto o que el sentido de la norma comunitaria (y, con ello, la conformidad con la misma de la norma nacional) no necesita mayor aclaración por parte del Tribunal de Luxemburgo. En estas condiciones, puede resultar excesivo declarar con carácter general que el plazo que tiene un ciudadano al que se le aplica una ley nacional causándole un daño computa en todo

caso desde dicha aplicación, y no, como ocurre en el caso de las reclamaciones de daños derivados de leyes inconstitucionales, desde la publicación de una sentencia comunitaria que ponga de relieve la contradicción de la norma nacional y la comunitaria. Y, además, y como se colige, puede ir en contra de los dos requisitos a los que ha condicionado la jurisprudencia comunitaria la aplicación a las demandas de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario de los principios nacionales: el de efectividad, de una parte, y el de equivalencia, de otra.

Igualmente discutible nos parece la apreciación, en el caso concreto, de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad, tal y como han sido formulados por el Tribunal de Luxemburgo. De una parte, por cuanto la gravedad de la infracción no depende de que se deniegue del todo el derecho, o sólo “parcialmente”, sino, principalmente, del grado de claridad o de evidencia de la contradicción entre la norma comunitaria y la nacional. De otra, porque señalar que en un caso como el presente no concurre una relación de causalidad directa resulta, a nuestro juicio, indefendible y contradictorio tanto con la jurisprudencia comunitaria como con la nacional dictada en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de leyes (aplicadas, claro está, por la Administración; piénsese en el supuesto estrella del gravamen complementario sobre la tasa del juego). Finalmente, porque obvia por completo que, como el propio Tribunal Supremo reconoce en línea de principios, es de aplicación el principio de equivalencia, de tal modo que en un supuesto como el presente no puede exigirse una especial gravedad de la infracción (ya que no se exige para las reclamaciones equivalentes fundadas en el Derecho nacional; piénsese, de nuevo, en el supuesto antes citado) ni un nexo causal distinto al expresado.

En fin, este pronunciamiento sienta principios sumamente discutibles, mostrando algo ya conocido, y es que una sentencia debe huir, siempre que no sea inevitable, de dos tentaciones sumamente arriesgadas: la formulación de “doctrina general” y la utilización de argumentos *ad abundantiam*.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Instrumentos de gestión del personal. Oferta de empleo público. Debe incluir las plazas vacantes que no pueden ser cubiertas con los efectivos de personal existente. 3. Acceso. Selección del personal contratado laboral.

A) Criterio de selección altamente subjetivo al que se otorga un elevado porcentaje de valoración. B) Aspirante descartado por haber presentado una reclamación laboral contra la Administración convocante. Vulneración del derecho de igualdad. 4. Carrera

administrativa. Provisión de puestos de trabajo. Concurso de méritos. Derecho a indemnización por la anticipación de la fecha de toma de posesión. 5. Derechos

fundamentales y libertades públicas. Libertad sindical. A) Traslado de puesto de trabajo basado en la potestad administrativa de autoorganización. No existe discriminación vulneradora de la libertad sindical. B) Cese en puesto de libre designación y adscripción provisional a otro puesto. Vulneración de la libertad sindical. 6. Derechos económicos.

A) Retribuciones de jueces sustitutos. Es discriminatoria la diferencia de retribuciones en función del tiempo de duración de la sustitución. B) Diferencias retributivas entre el personal laboral transferido y el personal funcionario de la Administración autonómica. Vulneración del principio de igualdad.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Como es habitual, en esta Crónica hemos seleccionado un conjunto de las resoluciones judiciales más recientes y más relevantes. Entre las sentencias incluidas, cabe destacar —entre otras— las que se pronuncian sobre la igualdad en el acceso al empleo público, así como aquellas otras relativas a la garantía de la libertad sindical de los empleados públicos.

2. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DEL PERSONAL. OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. DEBE INCLUIR LAS PLAZAS VACANTES QUE NO PUEDEN SER CUBIERTAS CON LOS EFECTIVOS DE PERSONAL EXISTENTE

El art. 18.4 de la Ley 30/1984 establece que las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de oferta de Empleo Público. En consecuencia, las plazas vacantes que deben ser objeto de la oferta de empleo público son las que no pueden ser cubiertas con efectivos de personal existente. En otras palabras, el carácter previo del procedimiento de provisión de vacantes es imprescindible para asegurar el óptimo aprovechamiento de los efectivos existentes, de manera que, a resultados del citado procedimiento, podrán obtenerse las plazas dotadas que no pueden ser cubiertas y que constituyen vacantes a integrar en la oferta de empleo público.

En aplicación de lo expuesto, la STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2004, Ar. 137685, desestima el recurso interpuesto contra Resolución de 5 de junio de 2002, de la Alcaldía de Santander, que, previa convocatoria de febrero de 2001, nombró funcionarios en prácticas para el desempeño de 31 plazas de Policía Local. Por tanto, no prospera la pretensión de los demandantes, que solicitaban que la convocatoria de plazas efectuada en 2001 se ampliase con las plazas vacantes incluidas en la oferta de empleo público del año 2002.

3. ACCESO. SELECCIÓN DEL PERSONAL CONTRATADO LABORAL

A) Criterio de selección altamente subjetivo al que se otorga un elevado porcentaje de valoración. Personal docente e investigador

La STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2004, Ar. 346, estima el recurso interpuesto contra el punto “D” del baremo de aplicación establecido en las bases de la convocatoria para acceder a una plaza de Profesor Asociado. El citado baremo, permitía otorgar hasta cinco puntos, según el informe del Departamento, “(...) por el grado de adecuación a las necesidades docentes e investigadoras de la plaza”.

A juicio de la Sala, resulta obvio que el citado baremo tiene un carácter evidentemente subjetivo frente a la mayor objetividad del resto de los criterios incluidos en el baremo de aplicación (titulación, formación, docencia, investigación, cursos, actividad profesional, becas). Dado que al mencionado baremo “D” se le asigna un porcentaje del 50 por ciento de la puntuación máxima posible, entiende la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2004, que se deja en manos del Departamento la valoración de un elemento que, prácticamente, determina la decisión a adoptar por el órgano de valoración. El elevado valor porcentual de un criterio mucho más subjetivo que el resto de los criterios a tener en cuenta puede llegar a traducirse en una vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, consagrados en los arts. 14 y 103.3 de la CE, así como en el art. 48.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades.

B) Aspirante descartado por haber presentado una reclamación laboral contra la Administración convocante. Vulneración del derecho de igualdad

Existe una reiterada jurisprudencia constitucional en cuya virtud la alegación de discriminación debe ir acompañada de un indicio de prueba revelador de la misma.

En el supuesto enjuiciado por la **STC 87/2004, de 10 de mayo de 2004**, Sala Primera, (recurso de amparo), la actora, que participó en las pruebas para la contratación temporal de peones para el grupo municipal de intervención rápida (Concello de Cervo), acreditó razonablemente la existencia de una actuación discriminatoria que le impidió obtener plaza en dicho proceso de selección. En el Acta de los representantes de los dos grupos municipales que votaron la propuesta de adjudicación de las plazas quedó reflejado que la demandante fue descartada por haber formulado una reclamación laboral contra dicho Concello, cuando estuvo contratada en el grupo municipal de intervención rápida en una fecha anterior.

Por su parte, la Administración demandada no demostró que tuviese en cuenta ningún otro criterio objetivo (nivel de cargas familiares y formación previa) para descartar la selección de la demandante, por lo que no pudo desvirtuar que la resolución cuestionada se adoptó teniendo en cuenta los “problemas” que la demandante causó con anterioridad.

En consecuencia, la STC de 10 de mayo de 2004 resuelve otorgar el amparo solicitado por la actora, por haber vulnerado la Resolución municipal el derecho fundamental a la igualdad consagrado por el art. 14 CE.

4. CARRERA ADMINISTRATIVA. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. CONCURSO DE MÉRITOS. PLAZO DE TOMA DE POSESIÓN. DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR LA ANTICIPACIÓN DE LA FECHA DE TOMA DE POSESIÓN. CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

La **STS de 29 de abril de 2004**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2724, se pronuncia sobre el derecho del recurrente, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, que obtuvo destino tras participar en un concurso general de méritos. La Resolución del concurso de méritos, de fecha de 8 de julio de 1995, disponía que quienes hubiesen obtenido destino debía tomar posesión el día 14 de julio de 1995, por necesidades del servicio y para garantizar la seguridad ciudadana. De este modo, el recurrente vio recortado el plazo de un mes que contempla el art. 11.1 del real Decreto 997/1989, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de la Policía, para tomar posesión del destino obtenido en distinta localidad.

En consecuencia, el actor tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios derivados de la anticipación de la fecha de toma de posesión en la cuantía a que ascendieran las retribuciones a percibir durante veintiséis días, teniendo en cuenta las retribuciones que hubiese debido percibir durante el tiempo de realización de las prácticas correspondientes.

5. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. LIBERTAD SINDICAL

A) Traslado de puesto de trabajo basado en la potestad administrativa de autoorganización. No existe discriminación vulneradora de la libertad sindical

El Ayuntamiento de A Coruña anunció una serie de vacantes en el Equipo de Atestados de Tráfico y, tras vencer el plazo para solicitar dichas vacantes, trasladó a varios agentes del citado Equipo a Unidades de Policía de Barrio y de Tráfico, incorporando a otros agentes—incluidos algunos mandos— al Equipo en cuestión.

La Resolución correspondiente fue impugnada por uno de los agentes trasladados a Unidades de Policía de Barrio y de Tráfico, que denunció una actuación discriminatoria del Ayuntamiento de A Coruña motivada —a su juicio— por su destacada labor sindical.

La STS de 26 de abril de 2004, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2552, desestima el recurso interpuesto por el actor. Afirma la sala que no existe discriminación ni represalia alguna en la actuación recurrida del Ayuntamiento de A Coruña, sino que la remodelación del Equipo de Atestados de Tráfico responde al propósito de mejorar su funcionamiento mediante la unificación y la coordinación de los agentes que lo componen; razón por la cual se decidió integrar a algunos mandos en el mismo.

A mayor abundancia, añade la STS de 26 de abril de 2004, que el actor no accedió a su anterior puesto en el citado Equipo mediante concurso de méritos, sino por adscripción, por tratarse de un puesto base de la guardia de la Policía Local. En consecuencia, el nuevo destino de actor no encubre sanción alguna, ni conlleva degradación funcional ni menoscabo retributivo. Por el contrario, se le asigna al actor un puesto acorde con las funciones propias de su Cuerpo.

B) Cese en puesto de libre designación y adscripción provisional a otro puesto. Vulneración de la libertad sindical

En el supuesto enjuiciado por la STC 79/2004, de 5 de mayo, Sala Segunda (recurso de amparo), el demandante alega que la resolución judicial recurrida y los Acuerdos de los que trae causa vulnera su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Entiende el recurrente que el cese en un puesto de libre designación y su posterior adscripción provisional y traslado a otro puesto, se debieron a su condición de delegado de personal y miembro de la Junta de Personal.

Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la garantía del derecho fundamental del art. 28.1 CE frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación por motivos sindicales, exige —en primer lugar— que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el citado derecho fundamental. Satisfecho este presupuesto, en segundo lugar, corresponde a la parte demandada probar

que su actuación obedeció a razones objetivas ajenas a la alegada vulneración de derechos fundamentales.

En el caso de autos, los hechos aducidos por el recurrente en amparo conformaban un panorama indiciario que razonablemente llevaban a una creencia racional sobre la posible lesión del derecho fundamental invocado. En este sentido, el Ministerio Fiscal puso de relieve la existencia de una conexión temporal entre una serie de hechos que permitían inferir que la Corporación municipal había cesado al demandante antes de pronunciarse la Junta de Personal sobre dicha decisión. A mayor abundancia, la Corporación municipal adscribió provisionalmente a otro puesto al ahora recurrente en fecha inmediatamente posterior a la del informe desfavorable de la mencionada Junta de Personal, omitiendo cualquier referencia al citado informe.

Por otro lado, la Corporación demandada no consiguió justificar su actuación de manera objetiva. Pues, las decisiones municipales litigiosas no pueden justificarse con la mera alegación de que el recurrente ocupaba un puesto de libre designación y, por ello, podía ser cesado en cualquier momento. Tampoco el cese y la posterior adscripción provisional podían hacerse derivar sin más de la modificación de la estructura orgánica de la Gerencia de Urbanismo.

En consonancia con todo lo expuesto, la STC 79/2004, de 5 de mayo, estima el amparo solicitado, y declarada la vulneración del derecho del recurrente a la libertad sindical.

6. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Retribuciones de jueces sustitutos. Es discriminatoria la diferencia de retribuciones en función del tiempo de duración de la sustitución

De conformidad con el art. 9.1.b) del Real Decreto 391/1989, “los Jueces y Fiscales sustitutos acreditarán por cada asistencia el 100 por mil del sueldo que correspondería al sustituido”. Según el art. 9.2 del mismo Real Decreto, modificado por el real Decreto 1378/1991, de 13 de septiembre, los jueces y Fiscales “que desempeñen ininterrumpidamente la función durante más de un mes” serán retribuidos con el 100 por cien de las retribuciones básicas correspondientes a los jueces o Fiscales titulares del puesto de trabajo que desempeñen, excluidos los trienios, y el 100 por cien del complemento de destino que corresponda a éstos, equiparando así sus retribuciones a las de Jueces y fiscales en régimen de provisión temporal.

Respecto de dichas previsiones normativas, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander plantea cuestión de ilegalidad para que se determine si la diferencia de retribuciones percibidas por los Jueces sustitutos, según que hayan desempeñado ininterrumpidamente su función durante más de un mes o no hayan completado ese período, es o no contraria al principio de igualdad (art. 14 CE).

La STS de 27 de abril de 2004, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2722, resuelve la cuestión de ilegalidad, admitiendo que las funciones que realiza un Juez sustituto durante uno o varios días son exactamente iguales que las desempeñadas durante uno o varios meses. Entiende la Sala que resulta artificiosa la diferencia de retribuciones que se establece en función de la duración de la sustitución. Los Jueces sustitutos realizan las mismas funciones que los Jueces titulares, bajo el mismo régimen de derechos, deberes e incompatibilidades, sin que el art. 212.2 de la LOPJ autorice a establecer diferencia alguna por razón de la duración de la sustitución.

Concluye la STS de 27 de abril de 2004 sobre la falta de toda justificación objetiva y razonable determinante de la diferencia de retribuciones que, entre unos y otros Jueces sustitutos, establecen los arts. 91.b) y 9.2 del real Decreto 391/1989. Por ello, el TS anula el art. 9.1.b) y el art. 9.2 del citado Real Decreto, exclusivamente en cuanto a la mención relativa a que “desempeñen ininterrumpidamente la función durante más de un mes”, de modo que todos los Jueces sean remunerados conforme a lo prevenido en el mencionado art. 9.2.

En el mismo sentido, se pronuncian la STS de 27 de abril de 2004, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2723, y la STS de 26 de abril de 2004, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2721.

B) Diferencias retributivas entre el personal laboral transferido y el personal funcionario de la Administración autonómica. Vulneración del principio de igualdad

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears promovió cuestión de inconstitucionalidad para que se determinase si el art. 6.5 de la ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 5/1996, de 18 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, al prever que, si existiesen diferencias retributivas entre lo que viniese percibiendo el personal transferido a la Administración autonómica en sus puestos de origen y lo que resultase de su inclusión en la relación de puestos de trabajo, éstas “se irán pagando durante los cuatro ejercicios siguientes, a razón de un 25 por ciento anual, hasta su equiparación retributiva total”, vulnera o no el principio de igualdad.

Para determinar si el precepto cuestionado, al establecer un régimen retributivo transitorio para el personal laboral transferido a la Comunidad Balear, en cuya virtud la equiparación total entre los sueldos percibidos en sus puestos de origen y los correspondientes a los puestos de trabajo de la Administración a la que se incorporan puede vulnerar el art. 14 CE, la STC 110/2004, de 30 de junio, Cuestión de inconstitucionalidad, Pleno, comienza recordando la doctrina constitucional sobre el citado precepto. En este sentido, señala la STC 110/2004, de 30 de junio, que el art. 14 CE se proyecta sobre las condiciones de trabajo en general y las económicas en particular, tanto en el ámbito laboral como en el funcional (STC 57/1990). Si bien, dicha exigencia de igualdad no priva al legislador de un cierto margen de discrecionalidad en la configuración del status del personal

al servicio de las Administraciones Públicas. En el caso de las Comunidades Autónomas, dicho margen de discrecionalidad encuentra respaldo constitucional en los arts. 147.2.c) y 148.1 CE, así como en preceptos correspondientes de los Estatutos de Autonomía (STC 156/1999). Tratándose de personal transferido a las Administraciones, es lógico también que exista un período transitorio hasta que los trabajadores se incorporen a sus nuevos puestos de trabajo. Ahora bien, una vez perfeccionada la asimilación del personal transferido, carecen de sentido las diferencias de trato que sí pueden estar justificadas en el mencionado período transitorio (STC 57/1990).

En aplicación de la doctrina señalada, la STC 110/2004, de 30 de junio, entiende que no existe justificación razonable ni objetiva alguna para que, tras la integración del personal laboral transferido en las relaciones de puestos de trabajo, sus diferencias retributivas con el resto del personal de la Administración autonómica se mantenga durante cuatro ejercicios. La peor condición retributiva del personal laboral transferido no puede ampararse en la voluntad de lograr su equiparación con el menor impacto en el presupuesto autonómico. Por tanto, el precepto cuestionado establece una diferencia de trato basada únicamente en la distinta vía de acceso de los trabajadores afectados.

En consecuencia, la STC 110/2004, de 30 de junio, estima la cuestión de inconstitucionalidad y anula el art. 6.5 de la ley de la Comunidad autónoma de las Illes Balears 5/1996, de 18 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

XI. URBANISMO

Sumario:

1. Planeamiento Urbanístico. A) La discrecionalidad del planificador está limitada por la realidad de los hechos determinantes. B) Nulidad de las Normas Subsidiarias que

califican como edificable una parcela ubicada en el cauce de un río. **2. Ejecución del**

Planeamiento. A) Ejecución de PAU. B) Obras de urbanización. **3. Licencia de construc-**

ción: otorgamiento. A) Necesidad de intervención previa de los organismos autonómi-

cos competentes aun cuando los mismos ya se hubiesen pronunciado para evaluar una

licencia anulada jurisdiccionalmente y cuya subsanación se pretende. B) Impugnación

de una licencia obtenida por sentencia judicial pero que se condicionó a un nuevo

planeamiento aprobado después de la solicitud y antes de la obtención de la misma.

4. Responsabilidad patrimonial de los Ayuntamientos en la concesión de licencias de

obras. A) Concesión de licencias de obras cuya ejecución fue posteriormente paraliza-

da mediante interdicto: Nexo de causalidad entre la actuación administrativa y el daño

producido: Inexistencia: Ausencia de obligación indemnizatoria al no tratarse de un

supuesto de anulación de licencia.

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) La discrecionalidad del planificador está limitada por la realidad de los hechos determinantes

Es conocida la doctrina según la cual los hechos son tal como la realidad los exterioriza y no le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para valorarlos (STS de 19 de mayo de 1987, Ar. 5815). El presente caso hace una aplicación de la misma.

La STS de 11 de diciembre de 2003, Ar 2004\511, confirma la decisión de la Sala del TSJ del País Vasco de anular parcialmente las Normas Subsidiarias del Planeamiento del municipio de Andoain, en el extremo relativo a la delimitación y demás determinaciones de una cantera de caliza situada en el monte Buruntza, a fin de que las mismas se efectúen tras el análisis y valoración de datos de hecho geológicos, geoquímicos y geotécnicos.

Éstos no habían sido considerados por la Administración, pero fueron puestos de manifiesto en el dictamen pericial aportado por la sociedad minera recurrente.

En su recurso de casación, el Ayuntamiento argüía que la Sentencia había desconocido la discrecionalidad que la Administración tiene al aprobar el planeamiento, primando criterios de rentabilidad económica en la explotación de la cantera frente a los de protección paisajística y ambiental. No lo entiende así el Supremo:

“Segundo.— El motivo no puede prosperar porque la Sala sentenciadora ni sustituye la discrecionalidad que las Administraciones tienen al aprobar el planeamiento ni prima criterios de rentabilidad económica en la explotación de la cantera frente a los de protección paisajística y ambiental, sino que se ha limitado, en perfecta armonía con la doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en Sentencias de esta Sala de 11 de febrero de 1991, 20 de enero y 8 de junio de 1992, 15 de marzo de 1993, 9 de febrero de 1994 y 27 de mayo de 1998, al declarar que, para decidir sobre la delimitación de las labores extractivas, las Administraciones competentes no tuvieron en cuenta determinados informes técnicos sobre hechos o circunstancias geológicas, geoquímicas y geotécnicas relevantes, que deben ser correctamente valoradas para definir el perímetro de explotación de la cantera debido a la existencia de esas características geológicas de la zona que escapan a toda discrecionalidad, pues son tales como se manifiestan en la realidad, sin que, por tanto, pueda decidirse por dichas Administraciones la aprobación del planeamiento urbanístico eludiendo su existencia, como se procedió, dado que el único informe contemplado para ello no aludía a esas características geológicas y geoquímicas del macizo en que está ubicada la cantera, razón por la que la Sala sentenciadora no ha conculcado, al resolver, el ordenamiento jurídico que se cita en el motivo de casación alegado ni la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, sino que, antes bien, los ha aplicado e interpretado correctamente, dado que la decisión adoptada por las Administraciones urbanísticas no se muestra acorde con la realidad geológica del yacimiento calizo y, por consiguiente, se aleja de los hechos determinantes, que debieron tenerse en cuenta, por basarse exclusivamente en un informe que no aludía a ellos.”

B) Nulidad de las Normas Subsidiarias que califican como edificable una parcela ubicada en el cauce de un río

La STS de 24 de enero de 2004, Ar. 150, casa una del TSJ del País Vasco que había desestimado un recurso contra la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias del Planeamiento de Munguía, anulándolas en el punto que calificaban como edificable una determinada parcela que era parte del río Butrón u Oka, por los motivos que siguen:

“Ninguno de los argumentos de la sentencia de instancia puede ser compartido por esta Sala. Conforme a la legislación anterior a la LA también los cauces de los ríos tenían la consideración de bienes de dominio público (artículos 34 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1897 y 407.1 del Código Civil). Además aunque las nuevas Normas Subsidiarias de Planeamiento de Munguía sólo alteren respecto a la parcela L-37 sus condiciones de edificabilidad, esa calificación presupone la calificación de la finca como edificable, que

es algo absolutamente incompatible con su consideración de bien del dominio público hidráulico natural. La existencia de una edificación ya construida sobre el lecho del río no puede forzar la calificación urbanística otorgada a la finca, sin perjuicio de que a la construcción levantada se aplique el régimen correspondiente a los edificios en situación de fuera de ordenación.”

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Ejecución de PAU

El TS, en su **Sentencia de 24 de octubre de 2003**, Ar. 8494, debe discernir sobre lo que se consideran costes de urbanización que deben costear los propietarios afectados por un PAU, teniendo en cuenta el principio de justa distribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento.

A este respecto, indica el TS que el art. 58 del RGU 1979 señala que los propietarios afectados por una acción urbanística estarán obligados a sufragar los costes de urbanización en proporción a la superficie de sus respectivos terrenos, o en su caso, de ejecutarse por el sistema de expropiación, de la extensión de la superficie expropiable, especificando el art. 59 las obras de urbanización que han de correr por cuenta de los propietarios.

El art. 63 RGU 1979 establece, para los propietarios de suelo urbanizable no programado que sea objeto de un PAU, una carga adicional, ya que además de abonar los costes de urbanización señalados antes, deben costear la ejecución total o el suplemento necesario de las obras de infraestructura sobre las que se apoya la urbanización para que el suelo sometido a la acción urbanística quede debidamente enlazado, a través de esos sistemas generales, con la estructura del municipio en que se desarrolla el programa, especificando, a modo de ejemplo, una serie de infraestructuras, y como cláusula de cierre, cualquier otro servicio necesario.

Sin embargo, el art. 64 RGU 1979 establece un mecanismo de corrección para el caso en que los costes de las cargas impuestas sean excesivos en relación al escaso aprovechamiento edificatorio que se otorgue, previendo que el Consejo de Ministros autorice, a solicitud del Ministro del Departamento correspondiente o, en su caso, del Ayuntamiento afectado, y con previo dictamen del Consejo de Estado, una reducción de la contribución de los propietarios a estos costes o una compensación económica a cargo de la Administración, procurando equiparar los costos soportables por los propietarios a las obras análogas que hayan resultado viables.

Teniendo en cuenta estos preceptos, para calcular si los costes de urbanización soportables por los propietarios son o no adecuados, hay que determinar qué costes son una carga legal que han de soportar los mismos, y si dichos costes han de integrar los relativos a sistemas generales externos. Y el análisis de esta cuestión no se tiene que realizar con criterios voluntaristas ajenos a la Ley del Suelo y RGU 1979, sino por exégesis de los preceptos de dichas normas.

A este respecto, el TS indica que toda obra urbanizadora en suelo urbanizable no programado existen dos clases de costes: a) los llamados directos o internos, que los componen las obras de vialidad, saneamiento, alumbrado público, abastecimiento de agua y energía, (...), que están previstos en los planes y proyectos como del propio polígono o sector, y que son los recogidos en el art. 122 LS 1976 y arts. 59, 60, 61 y 219.2.b) RGU, y b) los llamados indirectos o externos, que se proyectan sobre el exterior de la zona de actuación, al suelo urbanizable no programado que sea objeto de un PAU, ya que el art. 123 RGU impone a los propietarios subvenir a la ejecución o suplemento de las obras exteriores de infraestructura sobre las que se apoya la actuación urbanística, sin perjuicio del cumplimiento de las cargas a que se refiere el art. 85 (los antes recogidos), y que son los expresados en el art. 63 y 219.2.c) del RGU 1979.

El problema se ciñe a determinar el alcance de las obras exteriores de infraestructuras que deben costear los propietarios. Y el TS dice que ese alcance debe ser establecido según la interpretación de los textos normativos que sea adecuada a la finalidad perseguida.

Y señala el art. 63 RGU 1979, al especificar y concretar las obras exteriores de infraestructura sobre la que se debe apoyar la acción urbanística, y a ofrecer unos criterios para determinar el alcance de tales obras y su coste, al indicar, como ejemplo, que esta obligación adicional en suelo urbanizable no programado, alcanza a las redes viarias de enlace con las poblaciones, a la instalación y ampliación de las canalizaciones de los servicios de aguas, depuradoras, suministro de energía eléctrica, y cualquiera otros servicios necesarios para que el suelo sometido a un PAU quede debidamente enlazado a través de los sistemas generales con la estructura del municipio en que se desarrolla el programa, y en términos semejantes se pronuncia el art. 146.3.a) y el art. 219.2.c) de la LS 1976.

De esta manera, el TS indica que los costes de los sistemas generales que deben soportar los propietarios son los propios del PAU que se ejecuta, es decir, los interiores, y los exteriores de infraestructuras necesarias para enlazar aquéllos con los sistemas generales del municipio o municipios en que se desarrolla el programa, siendo éste el alcance cualitativo y cuantitativo que ha de darse a la expresión “costear la urbanización” del art. 84.3.c) LS 1976, a imponer a los propietarios.

Esta argumentación del TS llevó a entender, en el caso concreto que se enjuiciaba, que el coste previsto para sistemas generales fuera del PAU superaba con creces las obras de conexión o enlace a que se refieren el art. 123 LS y los arts. 63, 146.3.c) y 219.2.c) RGU, lo que determinó que el TS indicara que esas cargas no debían ser soportadas por los propietarios pues superaban las previsiones legales y reglamentarias al respecto.

B) Obras de urbanización

En la STS de 11 de noviembre 2003, Ar. 8608, el TS tiene que resolver sobre la naturaleza sancionadora o no de una decisión de un Concejal en virtud de la cual se declara

el incumplimiento del deber de urbanizar una calle y la subsiguiente ejecución del aval prestado en garantía del cumplimiento de ese deber.

Sin embargo, el TS indica que “la decisión del Concejal recurrida en la instancia, carece de naturaleza sancionadora porque se reduce a ejecutar un aval prestado en garantía de la realización de un proyecto de urbanización, que no se llevó a cabo, y una vez que la entidad avalista había dejado de pagar el coste de las obras, ejecutada subsidiariamente por el Ayuntamiento mediante la contratación de otra empresa, para lo que fue oportunamente requerida aquella Entidad” (FJ 2º).

Al no ser sancionadora la resolución dictada por el Concejal, es competente éste para dictarla, mediante delegación de firma, y tampoco se infringieron los arts. 25.2 y 42.3 TRLS 1992, por cuanto no se dio a los recurrentes el trámite de audiencia que dicho precepto recoge. En este segundo aspecto, el TS indica que el incumplimiento producido y declarado en la decisión del Concejal no es el que pesaba sobre la entidad obligada a la ejecución del proyecto de urbanización, sino el que los avalistas o fiadores habían asumido de afrontar los gastos de la obra de urbanización de la calle si no la realizaba la entidad obligada a ello, cuyo incumplimiento se había declarado previamente y había devenido firme y consentido, por lo que, ahora, no se trata de declarar el incumplimiento del deber de urbanizar una calle, sino el deber de los avalistas de correr con los gastos de dicha urbanización cuando no fuera ejecutada directamente por los obligados a ello, de forma que no son aplicables los preceptos del TRLS 1992 antes citados, ni tampoco exigible, por ello, el trámite de audiencia que los mismos prevén.

3. LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN: OTORGAMIENTO

A) Necesidad de intervención previa de los organismos autonómicos competentes aun cuando los mismos ya se hubiesen pronunciado para evaluar una licencia anulada jurisdiccionalmente y cuya subsanación se pretende

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en STS de 4 de febrero de 2004, Ar. 828, confirma el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, confirmatorio en súplica de uno anterior dictado en incidente de ejecución de sentencia, por el que se declaró la nulidad de una licencia de obra, instalación y apertura otorgada por el Ayuntamiento de Meis para la legalización de una estación de servicio ubicada en una carretera.

La razón por la que la sentencia anuló el acto administrativo autorizatorio fue la vulneración del requisito de la parcela mínima exigida por la Ley gallega de 1985. El recurrente pretende que dicho acto podía ser perfectamente subsanado mediante la adquisición de unos nuevos terrenos que, añadidos a los existentes, cumplieran el referido requisito de la parcela mínima. Además, entiende que las autorizaciones administrativas emanadas en su momento de las autoridades autonómicas competentes continúan vigentes, teniendo plena validez y eficacia, ya que las mismas no han sido objeto de impugnación jurisdiccional.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no acoge esta argumentación porque a su parecer:

“(…) debe precisarse ante todo que no son de aplicación al supuesto de autos los artículos 57.3, 64.2 y 67.1 y 2 de la Ley 30/1992, invocados por la parte recurrente, pues el supuesto de hecho necesario, esto es, la superficie de la parcela requerida, no existía cuando se solicitó la licencia luego anulada, por lo que no puede retrotraerse a ese momento la eficacia de la nueva licencia: (2) aquel acto administrativo de otorgamiento de la licencia se anuló en su totalidad y no sólo en parte; y (3) la posibilidad de que la Administración convalide los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, deja de operar, en sí misma, una vez que el acto ha sido anulado jurisdiccionalmente.

Al hilo de lo anterior, ha de precisarse, también, que en el supuesto de autos, una vez alcanzada la superficie de parcela requerida, y alcanzada, además, sólo en uno de los márgenes de la carretera y no en los dos en los que antes iban a levantarse las instalaciones de la estación de servicio, lo que surge es una realidad distinta de la anterior, necesitada, por ello, de un nuevo proyecto a valorar por las Administraciones competentes, pues lo que no cabe es descartar que esa nueva realidad imponga o aconseje variaciones en las instalaciones antes proyectadas y/o en sus vías de acceso y salida, ni descartar tampoco la necesidad o conveniencia de valorar la incidencia de la estación sobre el terreno incorporado a ella” (FJ 5º).

Además, la autorización autonómica fue concedida respecto de algo diferente y ahora dicho examen tendría que versar tanto sobre una nueva realidad como sobre la normativa actualmente vigente, ya que el TRLS de 1976 ha sido sustituido por la Ley del Suelo de Galicia, además de serle de aplicación la nueva normativa sectorial gallega de Carreteras y Protección ambiental.

B) Impugnación de una licencia obtenida por sentencia judicial pero que se condicionó a un nuevo planeamiento aprobado después de la solicitud y antes de la obtención de la misma

La STS de 18 de diciembre de 2003, Ar. 128, estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil “Junonia Hotel, SL”, frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 2 de noviembre de 2000, que desestimó el recurso interpuesto por la misma contra el acuerdo del Ayuntamiento de Breña Baja por el que se concedió a la sociedad “YL 92” licencia para la construcción de cuarenta y cinco viviendas en una parcela de dicho Municipio.

La empresa “YL, 92” había solicitado inicialmente la licencia al referido Ayuntamiento, el cual se la había denegado. Frente a este acuerdo se interpuso el correspondiente recurso, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, declarando, mediante la Sentencia de 12 de febrero de 1996, el derecho de la misma a obtener la autorización solicitada.

La Sala de instancia reconoce que la licencia impugnada es simple ejecución de la citada sentencia de 1996, pero entiende que, como el 12 de febrero de 1995 había entrado en vigor la revisión del plan General de Ordenación del Municipio, “(...) tal modificación afecta a aquella licencia de modo que, al no haber adquirido YL 92 el derecho a edificar en la fecha en que se aprobó aquella revisión la licencia concedida vendría condicionada a su adecuación al nuevo planeamiento”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, entendiendo que el objeto principal del pleito es la decisión de los efectos que sobre la petición de licencia deducida por “YL 92” pudiera tener la revisión posterior del planeamiento, sostiene que:

“La Sala de instancia parece entender que no le afecta, por ajustarse la licencia solicitada tanto al nuevo planeamiento como al planeamiento vigente en la fecha en la que se produjo la solicitud, pero, después pronuncia un fallo condicional, de tal modo que la validez de la licencia queda supeditada a que se produzca esa efectiva adecuación, remitiendo así a la fase de ejecución lo que debería haber decidido en el fallo” (FJ 2º).

Y más adelante:

“La cuestión de fondo planteada en este proceso, tal como resulta de lo expuesto en el anterior fundamento jurídico ha de resolverse teniendo en cuenta que la licencia atacada por la parte recurrente ha sido concedida en cumplimiento de una sentencia de la propia Sala de instancia. No cabe, en consecuencia, iniciar un nuevo proceso para obtener algo que no es, sino una decisión de inejecución de aquella sentencia. Impugnada esa licencia así obtenida, las posteriores modificaciones del planeamiento no producen efecto alguno sobre su validez, que es lo que se ha puesto en duda en este proceso, sin perjuicio del derecho del Ayuntamiento de Breña Baja a su revisión, mediante la correspondiente indemnización, si concurrieren las condiciones precisas para ello (...)” (FJ 3º).

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AYUNTAMIENTOS EN LA CONCESIÓN DE LICENCIAS DE OBRAS

A) Concesión de licencias de obras cuya ejecución fue posteriormente paralizada mediante interdicto: Nexo de causalidad entre la actuación administrativa y el daño producido: Inexistencia: Ausencia de obligación indemnizatoria al no tratarse de un supuesto de anulación de licencia

El Tribunal Supremo, en su STS de 23 de enero de 2004, Ar. 1019, rechaza el argumento esgrimido por un vecino al que el Ayuntamiento de Villacarrillo (Jaén), había concedido una licencia de obras y cuya ejecución fue luego paralizada mediante un interdicto de obra nueva al haberse realizado las mismas en un terreno no desarrollado urbanísticamente.

El recurrente en casación había mantenido la relación entre la actuación administrativa y el perjuicio al mismo irrogado, razonamiento que rechaza la Sala de instancia, puesto que, a su entender, “(...) no se ha producido ni la declaración de nulidad de la licencia

en proceso declarativo, ni en vía administrativa revisable en vía jurisdiccional, así como tampoco se ha acreditado (...) la imposibilidad de continuación o legalización de las borras mediante una actuación concreta (sic)” (FJ 1º).

Esta afirmación es corroborada por el Tribunal Supremo, que niega la existencia del nexo de causalidad entre la actuación de la Administración local y la producción del daño de la siguiente manera:

“La relación entre el actuar administrativo y el resultado dañoso que se pretende, que recordamos la sentencia de instancia niega, está condicionada a la legalidad o ilegalidad de la licencia, que en modo alguno pueda entenderse quede determinada por la sentencia interdictal ya que ésta no tienen más alcance que el propio de este tipo de proceso, quedando al margen del derecho de las ‘partes a ventilar la cuestión de derechos definitivos a través del juicio declarativo correspondiente, o bien en la vía administrativa y contencioso- administrativa para la protección de esos supuestos derechos urbanísticos’ tal y como se dice en la propia sentencia interdictal, por tanto esta Sala no puede por menos que compartir los criterios de la Sala de instancia, no sin poner de relieve que en el caso de autos, la Sala a quo niega la realidad del daño cuya indemnización se pretende lo que es una declaración de hechos que vincula a esta Sala. Por tanto el motivo debe ser desestimado” (FJ 1º).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
CONSUELO ALONSO GARCÍA
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS
RUBÉN SERRANO LOZANO

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Consideración previa. 2. Bienes locales. A) Los bienes destinados a un servicio público. Definición de los mismos. B) Desafectación de los bienes de dominio público.

La desafectación expresa y tácita. Imposibilidad de esta última en la legislación vigente.

C) Adquisición de bienes. Las condiciones para la adquisición por usucapión por parte de la Entidad local. D) Utilización de los bienes destinados a un servicio público.

Aplicación de la normativa reguladora de los servicios públicos **3. Aguas continentales.** A) Aguas de manantial: es aplicable la Ley de aguas, no se trata de aguas minerales.

B) Aguas subterráneas: sobreexplotación de acuíferos. C) Aprovechamientos hidroeléctricos: revisión concesional; discusión sobre si un Sindicato Central de Regantes

puede ser titular de un salto. D) Cauce de un río: legalización de obras de un puente; zona de dominio público hidráulico no edificable para uso privado. E) Comunidades

de Usuarios: constitución de Junta Central de Usuarios y aprobación de proyecto de Ordenanzas. F) Concesión para piscifactoría e industria de transformación de productos

derivados: otorgamiento a precario. G) Inscripción de aprovechamientos en el Registro de Aguas. H) Obras hidráulicas: concesión del aprovechamiento del embalse de Jánovas.

I) Riegos: técnico competente para suscribir proyecto de solicitud de concesión; denegación de concesión por déficit hídrico en la cuenca. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde.

a) Declara dominio público marítimo-terrestre lo que por naturaleza es tal, con independencia de omisiones puntuales y de calificaciones urbanísticas y derechos reales

preexistentes. b) La inclusión a su consecuencia de bienes particulares en la zona de servidumbre de protección no determina indemnización pecuniaria. c) Deslindes

subsiguientes. Un posterior deslinde no implica revisar de oficio o declarar lesivo el previo. d) Procedimiento de deslinde. e) El control del deslinde corresponde a la jurisdicción

contencioso-administrativa, que no podrá pronunciarse sobre cuestiones de propiedad. B) Limitaciones sobre propiedades colindantes. Servidumbre de protección:

sólo se aplica la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas a los terrenos consi-

derados urbanos en el momento de su entrada en vigor. C) Usos privativos del demanio marítimo: exigen el otorgamiento previo de una concesión administrativa.

a) El ordenamiento vigente prohíbe las concesiones a perpetuidad. b) En el procedimiento de otorgamiento concesional es necesario informe municipal. c) La concesión se extingue por incumplimiento de las condiciones establecidas en su clausulado.

d) Es procedente el rescate de la concesión cuando exista un interés público preferente. D) Pesca marítima. a) El cobro de ayudas públicas a la actividad requiere la existencia de un buque en activo al que aplicarlas. b) Es lícito establecer límites a la utilización de artes de pesca por razones de oportunidad, revisables jurisdiccionalmente.

5. Carreteras: Condiciones de construcción de accesos. 6. Minas: fomento a la minería. 7. Patrimonio cultural: autorización para la exportación. 8. Propiedades públicas. Régimen económico financiero. A) Puertos: más pronunciamientos en torno a la reserva de ley e inexigibilidad de cánones específicos a las concesionarias del servicio de estiba a partir de 1992. B) Otro dominio público: exenciones en tasas a sujetos públicos por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de telecomunicaciones y cuantificación de tasas por la utilización del dominio local. C) Tributación de los bienes del Estado y otras Administraciones: Exención en el IBI de los pabellones destinados a viviendas de funcionarios de centro penitenciario.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 2004 desde la sentencia núm. 1 a la 1200 (cuadernillos 1 a 6) y la Constitucional desde la 1/2004, de 14 de enero hasta la 74/2004, de 22 de abril.

2. BIENES LOCALES

A) Los bienes destinados a un servicio público. Definición de los mismos

En la STS de 2 de febrero de 2004, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 448, se definen los bienes destinados a un servicio público como aquellos destinados al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las entidades locales. Esto supone para la STS citada que un bien destinado a un matadero está integrado en el dominio público. Tales bienes están dotados de una protección jurídica especial, precisamente por su naturaleza demanial.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

B) Desafectación de los bienes de dominio público. La desafectación expresa y tácita. Imposibilidad de esta última en la legislación vigente

En relación con las formas de desafectación de los bienes de dominio público admitidas la **STS de 2 de febrero de 2004**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 448, se dice que los bienes de dominio público están dotados de una protección jurídica especial, precisamente por su naturaleza de tales. Ello determina que no pueda alterarse por su naturaleza jurídica sin la instrucción de un expediente, que exige acreditar la oportunidad y legalidad del cambio de clasificación, practicar una información pública y adoptar un acuerdo expreso con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, según el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales de 1986, no admitiéndose la desafectación tácita.

En el caso enjuiciado se trataba de un matadero que había dejado de utilizarse para este fin. Circunstancia que no obsta para que continúe considerándose como dominio público. Como se dice en la STS citada, aunque se alega que no estaba destinado directamente a un fin público en la fecha de arrendamiento, dicha alegación no destruye su calificación jurídica y le priva de la especial protección a que tales bienes son acreedores, pues, como hemos dicho, para ello se requiere un expediente que ha de concluir con una decisión que altere la repetida calificación, expediente que no se ha instruido en el caso examinado.

Al no admitirse al desafectación tácita, tampoco los Ayuntamientos pueden entender que se han convertido en bienes patrimoniales ni tampoco arrendarlos de acuerdo con las normas propias de este último grupo de bienes.

C) Adquisición de bienes. Las condiciones para la adquisición por usucapión por parte de la Entidad local

Los Municipios pueden adquirir los bienes por usucapión. Las condiciones para que ello sea posible se examinan en la **STS de 28 de noviembre de 2003**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 599. El supuesto enjuiciado versa sobre un terreno que fue cedido por unos constructores en su día para calle al Ayuntamiento y que con posterioridad se entendió que dicha cesión fue indebida; ante ello los propietarios solicitan a la Entidad local que les expropie la finca, dado que no fue adquirida realmente por el Municipio. Esa petición de expropiación se desestima, al partir el Tribunal de que la Entidad local ha adquirido por usucapión el terreno.

En los términos que se plantea el supuesto enjuiciado surge una cuestión civil previa, que es la adquisición por usucapión del bien, directamente relacionada con el objeto recurso contencioso-administrativo, que es la legalidad de la petición de expropiación de la finca al Ayuntamiento, es decir, con la pretensión administrativa que constituye el objeto del proceso y que, por tanto, deja a salvo la revisión que sobre la misma pueda ejercitarse ante la jurisdicción pertinente. A esas consideraciones previas sobre la adquisición por usucapión realizadas en la STS se aludirá a continuación.

En relación con la posibilidad de adquirir por usucapión, en la STS citada se dice que la adquisición por las Corporaciones locales mediante usucapión de los bienes que vinieran destinados al uso público prevista en el artículo 8.4 del Reglamento de Bienes de 1955, derogado en la actualidad por el Reglamento de 1986, viene condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos por el Código Civil para la prescripción administrativa ordinaria –artículos 1940 y 1957–, es decir, el transcurso de diez años con buena fe y justo título.

Por lo que respecta a la concurrencia del justo título, en la STS mencionada se dice que este requisito es entendido en los términos exigidos por el artículo 1952 del Código Civil como el que legalmente baste o sea suficiente para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate. En el caso enjuiciado se entendió suficiente el título, al haber habido una cesión por parte de un promotor del bien al Ayuntamiento y éste ser destinado al uso público; por otra parte se rechaza el planteamiento del hipotético supuesto de que quienes realizaron la cesión no tenían la disponibilidad jurídica de los terrenos que cedieron, pues a los efectos del artículo 1952 del Código se entiende como título verdadero y válido todo aquel existente que baste para transferir el dominio y no contenga falsedad o simulación y en el caso no se aprecian estas circunstancias.

Finalmente, por lo que respecta a la viabilidad de la usucapión de un bien inscrito en el Registro de la propiedad, en la STS se dice que el artículo 1949 del Código Civil, en el que se establece que contra un título inscrito en el Registro de la propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, no es aplicable al caso que examinaremos, pues interpretado rectamente este precepto con el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que en esta materia ha venido a modificar el artículo 1949 del Código, se infiere de estos preceptos que los bienes inscritos en el Registro son susceptibles de ser adquiridos por usucapión por otra persona distinta del titular registral; mas tal ocupación sólo puede perjudicar al tercer adquirente a título oneroso, con buena fe, del titular según el Registro, del dominio o derecho real usucapido, y que haya inscrito tal adquisición, siempre que no conociera o tuviera medios racionales o motivos suficientes para conocer, al tiempo de perfeccionarse la adquisición que la finca o derecho adquirido que estaba poseída de hecho y a título de dueño por personas distintas del transmitente, ni que consienta expresa o tácitamente de la aludida posesión de hecho y a título de dueño durante todo el año siguiente a la adquisición.

D) Utilización de los bienes destinados a un servicio público. Aplicación de la normativa reguladora de los servicios públicos

Las competencias de los Ayuntamientos para decidir sobre la utilización de los bienes destinados a un servicio público están limitadas por la normativa reguladora de los servicios públicos. Tal restricción de las atribuciones municipales se plantea en la **STS de 2 de febrero de 2004**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 448. En este sentido, en relación con la ocupación de un bien de dominio público por una empresa que gestionaba un servicio público municipal se afirma que los terrenos de dominio público que se destinan a un uso privativo, como es la

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

instalación de un servicio público explotado por una empresa particular, deben ser objeto de la oportuna concesión (artículo 78.1 del Reglamento de Bienes de 1986), concesión a la que es aplicable el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, como señala el artículo 74.2 del Reglamento de Bienes de 1986, y que debe verificarse por un procedimiento estrictamente reglado, siendo nulas las concesiones que se otorguen sin ajustarse a las formalidades establecidas (artículo 116.1 del Reglamento de Servicios).

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas de manantial: es aplicable la Ley de aguas, no se trata de aguas minerales

A la distinción entre aguas minerales y aguas de manantial se refiere la **STS de 9 de junio de 2003**, Ar. 7090, decisión jurisprudencial que da la razón a un Ayuntamiento que se oponía al aprovechamiento de un manantial por una empresa denominada Cobeinsa, por pensar el citado Ayuntamiento que ello perjudicaría al abastecimiento de la población del municipio. No es correcto lo que sostenía el Tribunal de instancia acerca de que las aguas de manantial (destinadas a ser envasadas y comercializadas para consumo humano) no forman parte del dominio público hidráulico y que están sujetas sólo a la legislación minera, ya que en este supuesto, según el TS para que la Administración minera autorice el envasado y comercialización del agua clasificada como de manantial es requisito previo que el interesado tenga derecho al uso del agua en virtud de lo establecido en la Ley de aguas (no bastando con el título de propiedad del predio de donde manan, obtenido con posterioridad a la entrada en vigor de la Lag. de 1985). No pueden confundirse las aguas minero-medicinales, que son las que por sus características son declaradas de utilidad pública (art. 23 Ley de minas de 1973), y las aguas de manantial que no pertenecen a la sección B de dicha Ley, aunque un rasgo común a todas ellas sea el que la Administración minera deba autorizar su comercialización. Se trata de aguas con un régimen jurídico distinto, que se apoya en el artículo 1.4 de la Lag. (actual art. 1.5 TR de Lag.) Similar jurisprudencia se encuentra en la **STS de 30 de septiembre de 2003**, Ar. 8223.

B) Aguas subterráneas: sobreexplotación de acuíferos

Según el artículo 171.1 y 5 del RDPH de 1986 (hoy art. 171.1 y 6, tras la modificación operada por RD 606/2003, de 23 de mayo), el Organismo de cuenca puede declarar que los recursos hidráulicos subterráneos de una zona están sobreexplotados o en riesgo de estarlo, debiendo a la vez imponer una ordenación de todas las extracciones para lograr su explotación más racional a través de un Plan, que deberá someterse a información pública. La **STS de 1 de diciembre de 2003**, Ar. 304, resuelve un caso en el que se debate si es ajustado al ordenamiento jurídico el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la CH del Guadiana de 1994 que aprobó definitivamente el Plan de ordenación de la extracción del acuífero 23 de la Mancha Occidental. En opinión del TS, la empresa recurrente titular de una finca afectada por el perímetro definido en la aprobación definitiva tiene razón cuando aduce que hubo defectos de procedimiento que deben llevar a la anulación del Acuerdo. En concreto, se trata de que la información pública se realizó sobre los datos de la aprobación provisional del Plan, que comprendía un ámbito territorial de menor

extensión, que el que posteriormente se indica en el Plan definitivo, lo que produjo indefensión a la mencionada empresa porque no pudo presentar alegaciones en lo que pudiese afectar a su finca. En parecido sentido pueden verse las SSTs de 3, 9 y 10 de diciembre de 2003, Ar. 506, 507 y 509.

C) Aprovechamientos hidroeléctricos: revisión concesional; discusión sobre si un Sindicato Central de Regantes puede ser titular de un salto

La STS de 30 de enero de 2004, Ar. 776, entiende que no es atendible la pretensión de Saltos del Guadiana, SA, de obtener indemnización por la disminución de caudal de agua, y por tanto por la menor producción hidroeléctrica, con motivo de la entrada en funcionamiento del Canal de las Dehesas, situado aguas arriba de las presas de Puerto Peña y Orellana, en las cuales dicha empresa posee saltos hidroeléctricos. No es posible ahora en casación plantear la solicitud de indemnización con base en la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración (responsabilidad extracontractual) a que alude el artículo 106 de la CE y legislación concordante según el TS, ya que dicho argumento debería haberse planteado con anterioridad tanto en la vía administrativa como en el recurso de primera instancia. Al no tratarse de un supuesto de expropiación (art. 58.2 Lag. de 1985), sólo cabe encajar el asunto controvertido como un cambio de las circunstancias determinantes del otorgamiento de la concesión, que es la primera causa de revisión concesional contenida en el artículo 63 de la Lag. de 1985 (posterior art. 65 TR de Lag.), que si se recuerda no lleva aparejada indemnización. No obstante, el TS entiende que la empresa no queda desamparada en ese caso, pues en el régimen concesional deberán introducirse las modificaciones necesarias que compensen a la concesionaria de los perjuicios que haya soportado.

Por otro lado, en la STS de 19 de enero de 2004, Ar. 861, se discute sobre si un Sindicato Central de Regantes puede o no ser titular de un salto hidroeléctrico. Se llega a la conclusión de que como en la fecha de adjudicación del concurso las Ordenanzas no contemplaban la finalidad de explotación hidroeléctrica entre los objetivos del Sindicato Central, ya que ello se incluye con posterioridad al mencionado concurso para suplir la falta de capacidad, no puede prosperar la pretensión de dicha entidad de que se declare válida la Resolución del Ministerio de Medio Ambiente que otorgaba la concesión, ya que ésta se anuló conforme a derecho por la Audiencia Nacional, accediendo a lo solicitado por una empresa eléctrica que se oponía (Hidronorte, SA). Tampoco en la fecha de adjudicación del concurso (1997) regía todavía la previsión contenida en la Ley de aguas, añadida a raíz de la modificación introducida por Ley 46/1999 y consistente en la creación de un nuevo artículo 115, cuyo párrafo 7 (posterior art. 125.2 TR de Lag. de 2001) permite expresamente que las Comunidades de Usuarios y las Juntas Centrales de Usuarios puedan ser beneficiarios directos, sin concurrencia, de concesiones de construcción o explotación de las obras hidráulicas que les afecten.

En efecto, en la fecha de la adjudicación era aplicable la normativa hasta ese momento aprobada, como es el artículo 204 del RDPH y preceptos concordantes, de los que resulta

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

que las Comunidades de Usuarios pueden formar una Junta Central de Usuarios, con la finalidad de proteger sus derechos frente a terceros y ordenar y vigilar el uso coordinado de sus propios aprovechamientos, es decir, el fin que de modo abstracto se presume de una Comunidad General o de una Junta Central es el de defender intereses y aprovechamientos de sus integrantes, planteándose de forma excepcional el que dicho Sindicato Central pueda ser titular de aprovechamientos propios, en cuyo caso las Ordenanzas lo deberán prever expresamente (art. 207 RDPH), ya que en otro caso no puede adjudicársele una capacidad que no posee en aquel momento.

D) Cauce de un río: legalización de obras de un puente; zona de dominio público hidráulico no edificable para uso privado

En la **STS de 12 de noviembre de 2003**, Ar. 8068, se considera no suficiente el proyecto presentado para cumplir con el trámite exigido en el artículo 126.1.b) del RDPH cuando se trata de construir un puente en cauce o en zona de policía, de manera que se anula la Sentencia de instancia que había decidido que se pudiese iniciar expediente de legalización de la obra del puente. No obstante, existe un voto particular de un magistrado del TS, en concreto del magistrado ponente que discrepa de la solución final dada, entendiendo que el proyecto sí podía considerarse suficiente.

Conforme a los artículos 2 y 4 de la Lag. de 1985 (mismos preceptos del TR de Lag. de 2001) los cauces de corrientes continuas y discontinuas pertenecen al dominio público hidráulico, entendiéndose como álveo o cauce natural de una corriente el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias. Partiendo de esta normativa, la **STS de 24 de enero de 2004**, Ar. 150, anula el Acuerdo de la Diputación Foral de Vizcaya de 1996 por el que se aprobaron las Normas Subsidiarias de planeamiento de un municipio, en cuanto a la calificación otorgada como edificable de la parcela L-37. La parcela en cuestión constituye el cauce de un río y por tanto no puede caber su clasificación como urbanizable en las Normas Subsidiarias. El hecho de que exista construido un edificio, y se pretenda su remodelación no es admisible porque se trata de una zona de dominio público, y por tanto el régimen aplicable es el de los edificios fuera de ordenación, no siendo un argumento oponible el de que dicha edificación se construyese antes de la vigencia de la Lag. de 1985, pues en esa época el artículo 34 de la Lag. de 1879 ofrecía una idéntica solución.

E) Comunidades de Usuarios: constitución de Junta Central de Usuarios y aprobación de proyecto de Ordenanzas

Se entiende conforme a derecho un Acuerdo de la CH del Ebro en la **STS de 26 de diciembre de 2003**, Ar. 142, al entenderse que su contenido consistente en declarar constituida una Junta Central de Usuarios y aprobar el proyecto de Ordenanzas por la que se regiría ésta no contradice el ordenamiento aplicable. En el litigio, no resulta aplicable el artículo 203.2 del RDPH que exige que el convenio se suscriba por todos los usuarios para que pueda aprobarse por el Organismo de cuenca, pues se refiere a la sustitución del régimen de Comunidad por convenios específicos cuando las características del aprovechamiento o el escaso número de partícipes así lo aconsejen. Si tenemos presente el

supuesto que se debate, podrá llegarse a la conclusión de que aunque no votaron a favor de la constitución de la Junta Central todos los usuarios (hubo 896 votos a favor, 710 en contra, y 28 en blanco), sí que puede considerarse válida la Resolución de la CH del Ebro que la aprueba, pues el precepto aplicable es el artículo 201.5 del RDPH (por remisión de los arts. 207.2 y 208 del RDPH, que prevén la extensión de las normas relativas a las Comunidades de Usuarios, a las Comunidades Generales y Juntas Centrales cuando éstas no existan), que para la ponderación de votos señala el cuadro que figura como Anexo al Título II del RDPH, en el cual aparece una asignación de número de votos por cantidad de caudal asignado en litros por segundo.

F) Concesión para piscifactoría e industria de transformación de productos derivados: otorgamiento a precario

Según la STS de 1 de octubre de 2003, Ar. 8131, no puede afirmarse que estemos ante una concesión que contravenga el ordenamiento jurídico, y por tanto no pueden prosperar las alegaciones de los recurrentes para invalidar una Resolución de la CH del Ebro de 1995 que otorgaba a una empresa una concesión de aprovechamiento de aguas de 5m³/sg, con destino a una piscifactoría y a industria de transformación de productos derivados de la trucha. Las partes recurrentes (la Comunidad General de Riegos del Alto Aragón, la Asociación de Piscicultores Españoles, la Organización de Productores Piscicultores y un particular) se oponen aduciendo diversos motivos. Entre ellos que la Comunidad General citada debía desembalsar agua y que por tanto la existencia de dicho aprovechamiento le perjudicaba, dato que el TS rechaza pues se trata de un uso no consuntivo, sin que tampoco se vulnere el artículo 59.1 Lag. de 1985 (posterior art. 61.1 TR de Lag.) referido a que toda concesión se entiende sin perjuicio de tercero, pues los concretos perjuicios alegados no han quedado probados.

También se rechaza la infracción del artículo 53.3 Lag. de 1985 (actual art. 55.3 TR de Lag. de 2001), que prevé que cuando existan caudales reservados en algún Plan del Estado que no sean de inmediato aprovechamiento, pueden otorgarse concesiones a precario. Y es que como afirma el Alto Tribunal en el FJ 6º, el hecho de que se contemple en ese precepto la posibilidad del otorgamiento a precario en esas circunstancias, no significa que no sea admisible en otros supuestos, ya que la cláusula a precario es beneficiosa para el dominio público en determinadas ocasiones, y por tanto una cláusula legítima si la empresa concesionaria la acepta entre las condiciones concesionales.

G) Inscripción de aprovechamientos en el Registro de Aguas

En la STS de 29 de enero de 2004, Ar. 156, se considera no ajustada a derecho una Resolución de la CH del Guadiana sobre inscripción de aprovechamiento temporal de aguas privadas con límite de superficie. La DT Tercera.1 de la Lag. de 1985 permitía a los titulares anteriores de derechos sobre aguas privadas, inscribir sus aprovechamientos en el Registro de Aguas, siempre que acreditasen su derecho en el plazo de 3 años a contar desde la entrada en vigor de la citada Lag. Si la Sentencia de instancia ha valorado la

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

prueba de modo que ha quedado acreditado que la superficie a inscribir son 40 hectáreas como superficie de riego, no puede ahora desvirtuarse en casación que sólo eran 2,88 hectáreas como aduce el Abogado del Estado.

De la misma fecha pero de distinto contenido es la **STS de 29 de enero de 2004**, Ar. 662, en la cual se anula la Resolución de la CH del Tajo que por un lado, denegó una solicitud de inscripción de un aprovechamiento temporal de aguas subterráneas, solicitada conforme a la DT Tercera.1 de la Lag. de 1985, y que por otro, requirió a la empresa peticionaria para que se abstuviese de utilizar las aguas hasta que no hubiera obtenido la correspondiente concesión administrativa. La empresa ostentaba desde 1974 una autorización a título de precario para abrir y explotar el pozo en cuestión, debido a que estaba ubicado en las proximidades del cauce del río Algodor, es decir, quedaba supeditado el aprovechamiento a que no se extrajesen aguas públicas, de manera que la inscripción solicitada debe realizarse, si bien puede comprobarse en cualquier momento por la Administración que efectivamente no se están detrayendo aguas públicas.

H) Obras hidráulicas: concesión del aprovechamiento del embalse de Jánovas

Se estima correcta la Resolución de 30 de julio de 1993 que convalidaba una Orden ministerial de 28 de marzo de 1951 sobre la concesión del aprovechamiento del embalse de Jánovas en la **STS de 22 de diciembre de 2003**, Ar. 342, sin que se atienda la pretensión de la Asociación de Vecinos afectados por el proyecto de obras que solicitaban la anulación de dichos actos administrativos. El argumento principal que esgrime la citada Asociación es que se ha vulnerado el artículo 44 de la Lag. de 1985 (posterior art. 46 TR de Lag. de 2001), que exigía que las obras públicas de interés general debían aprobarse por Ley, requisito que a su juicio no se ha respetado en este supuesto. El TS entiende sin embargo que en la época en que se aprueba el proyecto (1951) no era precisa Ley alguna para construir una obra hidráulica, de manera que la Resolución de 1993 no hizo sino convalidar la validez del proyecto que no había sido declarado caducado expresamente. Fuera de la Sentencia que se comenta, téngase en cuenta que en la actualidad el embalse de Jánovas está descartado como obra hidráulica, pues no superó la Declaración de impacto ambiental (BOE de 10 de febrero de 2001).

I) Riegos: técnico competente para suscribir proyecto de solicitud de concesión; denegación de concesión por déficit hídrico en la cuenca

La **STS de 31 de octubre de 2003**, Ar. 7989, anula el Acuerdo de la CH del Ebro de 1994 que aprobaba unas instrucciones para el otorgamiento de concesiones de aguas para riegos. No puede adjudicarse a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos con carácter de monopolio la facultad de suscribir el proyecto a que alude el artículo 106.2 del RDPH, ya que la parte recurrente (Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas) tiene razón cuando señala que de la normativa aplicable no se deduce lo contrario, pues una de las materias que cursan en la Escuela Universitaria es la especialidad de Hidrología.

De otro lado, remitiéndose a la DT Sexta de la Lag. de 1985, que disponía que hasta tanto no fuese aprobado el PHC, las concesiones se otorgarán atendiendo a la existencia de cau-

dales suficientes, la **STS de 5 de febrero de 2004**, Ar. 663, entiende conforme a derecho la denegación de una concesión de riegos decidida por la CH del Guadalquivir en 1995, precisamente porque de los informes técnicos recabados en el expediente resultaba un déficit de caudales generalizado en la cuenca, que no permitía otorgar concesiones mientras persistieran las circunstancias de sequía. Similar jurisprudencia se halla en la **STS de 5 de febrero de 2004**, Ar. 1081, de la misma fecha pero de magistrado diferente.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

a) Declara dominio público marítimo-terrestre lo que por naturaleza es tal, con independencia de omisiones puntuales y de calificaciones urbanísticas y derechos reales preexistentes

Como reiteradamente se ha hecho constar en comentarios previos aparecidos en esta misma Revista, el fin primordial de la potestad de deslinde es la determinación precisa de los límites del dominio público marítimo-terrestre. Por esta razón, la consecuencia de su ejercicio es la inclusión indubitada en él de todo aquello que, por conformación natural y, a consecuencia de ésta, por reconocimiento normativo, es tal. Es el caso de la zona marítimo-terrestre [artículo 3.1.a) Ley de Costas, **SSTS de 31 de diciembre de 2003**, Ar. 221 de 2004, FJ 6º y **15 de enero de 2004**, Ar. 474 FFJJ 3º y 4º], de los terrenos naturalmente inundables [artículo 3.1.a) Ley de Costas, **SSTS de 24 de noviembre y 31 de diciembre de 2003**, Ar. 290, FJ 1º y 220 de 2004, FJ 7º], de las playas [artículo 3.1.b) Ley de Costas, **SSTS de 19 y 20 febrero 2004**, Ar. 1107, FJ 3º y 1108, FJ 2º], de las dunas [artículo 3.1.b) Ley de Costas, **STS de 18 de febrero de 2004**, Ar. 1098, FJ 3º], de los terrenos ganados al mar como consecuencia de obras y desecaciones (artículo 4.2 Ley de Costas, **SSTS de 17 y 18 diciembre 2003**, Ar. 514 y 338 de 2004 y **5 y 10 de febrero de 2004**, Ar. 782, FFJJ 3º, 5º y 6º y 1084, FFJJ 1º y 5º, respectivamente) y de los terrenos afectos al servicio de las obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima (artículo 4.10 Ley de Costas, **STS de 12 de febrero de 2004**, Ar. 835).

Por supuesto, esta inclusión es independiente de la eventualidad concreta de que algunos bienes contiguos, con idénticas características a los incluidos expresamente en el demanio por mor de un procedimiento de deslinde, queden a su margen. Así lo recuerda el FJ 6º de la **STS de 10 de febrero de 2004**, Ar. 1084, cuando afirma que este hecho

“no determina la exclusión de los correctamente calificados (...), pues el principio de igualdad carece de trascendencia para amparar una situación contraria al ordenamiento jurídico (...) La cuestión no está en si otros terrenos deberían haber sido incluidos en el dominio público marítimo-terrestre, sino que lo definitivo es si los incluidos dentro de esta zona realmente tienen esas características, y ello con independencia de la práctica, en su caso, del correspondiente deslinde”.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

A la mencionada naturaleza no pueden imponerse calificaciones urbanísticas conferidas por la Administración competente, insusceptibles a estos efectos de privar a tales bienes de su carácter demanial. Así vuelven a ponerlo de manifiesto las SSTS de 20 de enero, 4 y 11 de febrero de 2004, Ar. 768, FJ 9º, 779, FFJJ 8º y 9º, y 1126, FJ 6º, respectivamente. Ni tampoco puede hacerlo, por supuesto, la existencia de un derecho real administrativo sobre el espacio cuya demanialidad proclama el deslinde. En estos casos su titular podrá desplegar el efecto jurídico pertinente, que no es otro que la posibilidad de ocuparlo y aprovecharlo en los términos del título concesional. Pero nunca pretender condicionar la fijación de los límites del dominio público costero (STS de 31 de diciembre de 2003, Ar. 219 de 2004).

b) La inclusión a su consecuencia de bienes particulares en la zona de servidumbre de protección no determina indemnización pecuniaria

La STS de 17 de febrero de 2004, Ar. 1134, recuerda en su FJ 2º *in fine* una consolidada jurisprudencia constitucional de acuerdo con la cual la inclusión de terrenos particulares en la zona de servidumbre de protección no implica una vulneración del derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 33 de la Constitución, ni supone una expropiación que genere derecho a indemnización. Todo ello y tal y como recordó el Fundamento de Derecho Octavo de la STC 149/1991, de 4 de julio, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la vigente Ley de Costas cuya doctrina se aplica en la resolución del supuesto por la meritada STS.

c) Deslindes subsiguientes. Un posterior deslinde no implica revisar de oficio o declarar lesivo el previo

La razón que determina la necesidad de incoar un nuevo procedimiento de deslinde ha de identificarse en la sospecha o constatación de que una porción de terreno puede reunir las características de alguno de los bienes de dominio público marítimo-terrestre descritos en los artículos 3 a 5 de la vigente Ley de Costas y no está incluido en el demanio. Y ello con independencia de que no se haya alterado al configuración del tramo: basta que haya alteración jurídica (es decir, que el legislador haya considerado ahora dominio público lo que según la legislación anterior no era) para que el deslinde sea procedente (SSTS de 11, 17 y 18 de febrero de 2004, Ar. 1126, FJ 8º, 1134, FJ 3º y 1098, FJ 3º).

Nuevamente insiste el Tribunal Supremo en una doctrina ya señalada en anteriores números de esta Revista. De acuerdo con la misma, cabe realizar deslindes subsiguientes a uno previo con el fin de completarlo. Y ello sin que sea necesario proceder a la revisión de oficio o a la declaración de lesividad del primero, toda vez que no se afecta a ningún acto previo declarativo de derechos. Como afirman los FFJJ 3º de las SSTS de 19 y 20 de febrero de 2004, Ar. 1107 y 1108,

“el acuerdo aprobatorio del deslinde define la línea donde termina el dominio público marítimo-terrestre, pero no se pronuncia sobre lo que está más allá de esa línea en el sentido de que sea un acto declarativo de derechos para cuya alteración haya de acudir a los procedimientos de revisión establecidos en la Ley”.

También procede a esta interpretación el FJ 8º de la STS de 11 de febrero de 2004, Ar. 1126.

d) Procedimiento de deslinde

a') El vicio formal que supone la tramitación realizada por órgano incompetente queda subsanado por la aprobación definitiva por parte del órgano competente

En buena lógica, es al órgano competente por razón del territorio al que corresponde tramitar y proponer los expedientes de deslinde. No obstante, y como recuerdan los FFJJ 3º y 4º de la STS de 31 de diciembre de 2003, Ar. 220 de 2004, un defecto en este sentido no determina la nulidad del acto resolutorio del procedimiento si éste ha sido aprobado por el órgano competente, en la medida que no genera indefensión a los interesados.

b') Es necesaria la audiencia a los propietarios afectados

De conformidad con el procedimiento administrativo común diseñado por la Ley 30/1992 —al que necesariamente debe acomodarse—, la práctica del deslinde impone la intervención de los propietarios afectados a lo largo de la tramitación del expediente con el fin de evitar su indefensión. Así, y como ha indicado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, es preciso citarles al apeo y amojonamiento provisional. Sin embargo, omisiones en este sentido sólo constituirán meras irregularidades no invalidantes si no causan situaciones de indefensión real o material (STS de 31 de diciembre de 2003, Ar. 219 de 2004).

No tienen, sin embargo, esa consideración de propietarios afectados quienes viniesen aprovechando un terreno previamente calificado como dominical, habida cuenta que el único titular, en este caso, es el Estado (STS de 4 de febrero de 2004, Ar. 779, FFJJ 5º, 6º y 7º).

c') Lengua del procedimiento y ordenación de los documentos del expediente: defectos formales mientras no produzcan indefensión

La tramitación de algunas partes del procedimiento de deslinde en el idioma inglés, así como la falta de numeración y firma en folios que integran el expediente sólo determinarán la nulidad del procedimiento si producen indefensión a los interesados o impiden al acto administrativo alcanzar su fin, considerándose en caso contrario como irregularidades no invalidantes (STS de 4 de febrero de 2004, Ar. 637).

d') La ausencia de citación a los interesados a la práctica de la prueba invalida el procedimiento si produce indefensión

Siempre que los instructores del procedimiento de deslinde lo estimen preciso, se procederá a realizar una fase de prueba, en la que se dará debida cabida a los interesados. No obstante, la falta de información en este sentido a estos últimos sólo determinará la nulidad de las actuaciones si de ella se derivara indefensión, constituyendo en caso contrario

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

una mera irregularidad formal no invalidante (STS de 31 de diciembre de 2003, Ar. 220 de 2004, FFJJ 5º y 6º).

e) La declaración de deslinde debe estar motivada

En cuanto acto administrativo resolutorio que es, la declaración de deslinde requiere, para su producción, la prosecución de un procedimiento administrativo específico, al que serán de aplicación todos los principios y ordenaciones del procedimiento común. Es el caso de la motivación del acto, suficiente siempre que se desprenda de la documentación técnica de obrante en el expediente administrativo la coincidencia entre el sentido del acto y la naturaleza de los bienes (SSTS de 24 de noviembre y 31 de diciembre de 2003, Ar. 290 de 2004, FJ 3º y 221 de 2004, FJ 5º, y 15 de enero, 19 y 20 de febrero de 2004, Ar. 474, FJ 3º, 1107 y 1108, FFJJ 4º, respectivamente).

e) El control del deslinde corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, que no podrá pronunciarse sobre cuestiones de propiedad

Las cuestiones derivadas de la práctica de un deslinde de bienes del demanio costero deben ser recurridas judicialmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo límite se encuentra solamente en las decisiones sobre cuestiones de propiedad, competencia de los Tribunales civiles (SSTS de 31 de diciembre de 2003, Ar. 221 de 2004, FJ 4º y 19 de febrero de 2004, Ar. 1107, FJ 5º).

B) Limitaciones sobre propiedades colindantes. Servidumbre de protección: sólo se aplica la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas a los terrenos considerados urbanos en el momento de su entrada en vigor

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio costero es habitual en su normativa propia, toda vez que, a su través, pueden cumplimentarse necesidades públicas y permitirse su salvaguardia. Es el caso de la servidumbre de protección prevista en los artículos 23 a 26 Ley de Costas, extensiva a una franja de terreno de 100 metros tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar. Sólo en el caso de terrenos calificados como suelo urbano a la entrada en vigor de dicha norma legal esta extensión queda reducida a 20 metros, por mor de lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera. Sin embargo, esta previsión no resulta aplicable a terrenos que han pasado a tener tal calificación ex un Plan parcial aprobado definitivamente el mismo día de la entrada en vigor de la Ley de Costas. En efecto, el Tribunal Supremo en su STS de 12 de febrero de 2004, Ar. 834, entiende que el tenor de la misma es lo suficientemente claro –“terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor (...)”– como para excluir su aplicación al supuesto enjuiciado que, por tanto, quedará sujeto a lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la norma.

C) Usos privativos del demanio marítimo: exigen el otorgamiento previo de una concesión administrativa

a) El ordenamiento vigente prohíbe las concesiones a perpetuidad

A diferencia del ordenamiento precedente, la vigente normativa de costas establece un límite temporal claro –treinta años, artículo 66.2 de la Ley de Costas– a las concesiones

de aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre. Por ello, y considerando además que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Costas prohíbe las prórrogas del plazo de concesiones existentes más allá de este límite, los títulos otorgados a perpetuidad al amparo de la anterior normativa deben reconducirse a estas nuevas coordenadas, sin que de ello derive derecho alguno a indemnización (STS de 22 de diciembre de 2003, Ar. 344 de 2004).

b) En el procedimiento de otorgamiento concesional es necesario informe municipal

De acuerdo con lo establecido en el artículo 115 de la vigente Ley de Costas, uno de los trámites necesarios en el procedimiento de otorgamiento de concesiones de aprovechamiento del demanio costero es recabar informe del Ayuntamiento en cuyo término municipal pretende desarrollarse el objeto de la misma. Si este objeto fuese la implantación de una instalación flotante para piscicultura, resultaría también de aplicación el artículo 11 de la Ley 23/1984, de 23 de junio, de Cultivos Marinos, conforme al cual el transcurso de un mes sin respuesta por parte de aquél constituiría un supuesto de silencio estimatorio. Así lo recuerda la STS de 6 de febrero de 2004, Ar. 1047, FJ 2º.

c) La concesión se extingue por incumplimiento de las condiciones establecidas en su clausulado

Nuevamente ha de recordarse una doctrina ya señalada en anteriores entregas de esta Revista, y reiterada ahora por la STS de 17 de enero de 2004, Ar. 385. De acuerdo con la misma, es dable reconocer la existencia de concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación anterior que, contra la regla general de la Disposición Transitoria Segunda.2 Ley de Costas, no producen como efecto la transmutación de un bien demanial en privativo. Se trata sobre todo, y como de nuevo insiste en ello la STS de 9 de febrero de 2004, Ar. 819, de concesiones sometidas a condición que, caso de ser incumplida, determina la caducidad del título.

d) Es procedente el rescate de la concesión cuando exista un interés público preferente

Aún cuando no hubiese transcurrido el plazo de tiempo fijado en el título concesional, la existencia de un interés público prevalente justifica la procedencia de su rescate y el consiguiente fin del uso y aprovechamiento del bien de dominio público marítimo. Este interés se da, por ejemplo, cuando se desee regenerar una playa, recobrándola de las agresiones naturales y artificiales sufridas. Por lo tanto, y como proclama la STS de 18 de febrero de 2004, Ar. 1097, no cabe oponer a tal intención rescatadora la existencia de instalaciones sobre la porción demanial a recuperar. Y menos con el argumento peregrino de que las mismas no entorpecen la labor de regeneración: esta labor conlleva necesariamente la demolición de todo lo que por naturaleza no es playa.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

D) Pesca marítima

a) El cobro de ayudas públicas a la actividad requiere la existencia de un buque en activo al que aplicarlas

En ocasiones, la Administración pesquera prevé el otorgamiento de auxilios económicos a profesionales de la actividad con el fin de compensarles por las limitaciones que sufren en la misma. Es el caso de las ayudas contempladas en sucesivas Órdenes del Ministerio de Agricultura y Pesca de 1993, 1998 y 1999, que tenían como destinatarios a armadores que faenaban en caladeros marroquíes y que tuvieron que dejar de hacerlo como consecuencia de la falta de acuerdo en la materia entre la Unión Europea y Marruecos. Requisito esencial para su cobro es la existencia de un buque en activo, habilitado para la actividad pesquera en esa zona; buque que, en caso de naufragio, debe ser sustituido por otro si se desea seguir percibiendo las ayudas. No se procedió a esta sustitución en el supuesto enjuiciado por la **STS de 13 de enero de 2004**, Ar. 241, por lo que el Tribunal Supremo considera conforme a derecho la denegación del auxilio por parte de la Administración.

b) Es lícito establecer límites a la utilización de artes de pesca por razones de oportunidad, revisables jurisdiccionalmente

Con el fin de proteger determinadas especies, la Administración fija —a través de instrumentos normativos diversos— límites a la utilización de algunas artes de pesca. En ningún caso supone un impedimento a tal fijación el hecho de que la zona en que pretendan aplicarse las restricciones esté situada más allá de las aguas jurisdiccionales españolas, toda vez que el Derecho comunitario —de obligado cumplimiento— impone a los Estados miembros el deber de velar por la actividad pesquera de sus buques en todas las aguas, incluida la alta mar, y de establecer medidas técnicas que completen la normativa comunitaria o que vayan más allá de sus exigencias mínimas. Por supuesto, la adopción de las mismas atendiendo a razones de oportunidad no ha de identificarse con un ejercicio arbitrario de las funciones públicas, pudiendo ser esas decisiones controladas por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto es lo que hace la extensa **STS de 20 de enero de 2004**, Ar. 823, que se pronuncia en pro de la validez de la Orden de 22 de noviembre de 1996 —que prohibía la utilización de las artes de arrastre para la captura de anchoas, sardinas y bonito— aplicando los razonamientos expuestos en las líneas antecedentes. Adicionalmente añade esta Sentencia un pronunciamiento expreso acerca de la ausencia de vulneración por parte del texto reglamentario del principio de reserva de ley, toda vez que a lo que se limita el mismo es a concretar la cuantía de las sanciones que, para quien realizara estas actividades, había establecido previamente un texto legal.

5. CARRETERAS: CONDICIONES DE CONSTRUCCIÓN DE ACCESOS

En la **STS de 10 de diciembre de 2003**, Ar. 606 de 2004, se estima en parte el recurso de casación interpuesto por una empresa, frente a la Sentencia del Tribunal Superior de

Justicia castellano-manchego de 1998, que desestimó el recurso interpuesto contra la denegación por parte del Director General de Carreteras del acondicionamiento de un camino de servicio para el acceso a una fábrica.

En concreto, la Administración había construido un camino de servicio tras las obras de una autovía, en donde anteriormente existía un acceso desde la empresa recurrente a la carretera comarcal entonces existente.

Sin embargo, la empresa considera que el nuevo camino de servicio adolecía de una serie de deficiencias que afectaban al correcto acceso a su finca. En primer lugar, la instalación de una torreta de construcción eléctrica, que el TS considera que es contraria a lo establecido en el artículo 34.3 del Decreto 3151/1968, de 26 de noviembre, sobre instalaciones eléctricas, que prohíbe la instalación de líneas de alta tensión en las zonas de influencia de las carreteras, a partir de determinadas distancias (cuyo cumplimiento sólo puede eximirse en casos excepcionales, previa justificación por la Administración, extremo que no ha quedado acreditado en este caso).

En los demás aspectos, el TS desestima el recurso y confirma el criterio de la Sentencia de instancia, al considerar que el nuevo camino mejora las condiciones del anterior acceso. Por ello, no procede indemnizar a la empresa por los conceptos que ésta reclama.

6. MINAS: FOMENTO A LA MINERÍA

Sobre esta materia, destaca en esta ocasión la **STS de 23 de enero de 2004**, Ar. 436, que confirma la STSJ de Madrid de 1998, que a su vez estimó conformes a Derecho las compensaciones aprobadas por la Administración a la empresa ENDESA, en concepto de adquisición de carbón subterráneo a la empresa ahora recurrente.

Tal y como viene siendo habitual en el TS en otros pronunciamientos [como la **STS de 10 de abril de 2003**, Ar. 3697, véase crónica de esta Revista, núm. 22, XII.7.C)], son de aplicación aquí la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 31 de octubre de 1990 y las Resoluciones de 31 de diciembre de 1990 y de 30 de julio de 1991, que la desarrollan.

La mencionada Orden Ministerial regulaba dos tipos de ayudas compensatorias: unas para facilitar la reducción de la actividad minera y el eventual cierre de instalaciones, que percibían las empresas eléctricas que compraban carbón a las empresas mineras para destinarlo a las centrales térmicas (y que se calculaban según la reducción de personal —aspecto laboral— y según la reducción de la producción); y unas segundas ayudas, destinadas a compensar a las empresas mineras viables por la diferencia entre los precios pactados con las empresas eléctricas por la adquisición de carbón y los costes de extracción. Estos dos tipos de ayudas (la de cierre y la de suplemento de precio) eran incompatibles.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Pues bien, al igual que en la Sentencia antes mencionada, este caso se trata de las primeras, y el TS considera acertado el criterio de la Sentencia de instancia sobre el modo concreto de percepción de la ayuda en este caso.

7. PATRIMONIO CULTURAL: AUTORIZACIÓN PARA LA EXPORTACIÓN

En este apartado, debe destacarse la **STS de 30 de enero de 2004**, Ar. 1043, que confirma la STSJ de Madrid de 1998, quien consideró conformes a Derecho varias resoluciones del Ministerio de Cultura, que estimaron que varios cuadros (pertenecientes al Patrimonio Histórico Español) habían sido ilegalmente exportados y correctamente recuperados por el Estado, en aplicación de los artículos 29.1 y 79.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; y con ello adscritos al Museo Nacional del Prado [art. 3.e) del RD 111/1986, modificado por el RD 64/1994, de 21 de enero].

En este caso, aunque los cuadros no estuviesen incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español, ha quedado acreditado que tienen más de 100 años y que tienen interés artístico, por lo que era preciso obtener autorización administrativa para poder salir del territorio español (según el artículo 5 de la Ley); integrándose automáticamente en el Patrimonio del Estado (sin necesidad de expediente previo ni de practicar audiencia al interesado); autorización que no se ha obtenido en el presente caso.

8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

A) Puertos: más pronunciamientos en torno a la reserva de ley e inexigibilidad de cánones específicos a las concesionarias del servicio de estiba a partir de 1992

Las SSTSJ de Cataluña de 18 y 22 de mayo de 2003, JT 2004, 125 y 126, anulan liquidaciones relativas a tarifas por servicios portuarios, a la vista de cuál deba ser su verdadera naturaleza (tasas) y ello en relación con la normativa que les daba cobijo: una Orden Ministerial. La anulación se fundamenta en la infracción del principio de reserva de ley.

Por el contrario, el TSJ del País Vasco desestima la impugnación de liquidaciones por tarifas portuarias devengadas a partir de 2001, en el entendimiento de que la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, elevó a rango legal la anterior normativa reglamentaria, causa última de las frecuentes anulaciones efectuadas por los Tribunales. Se trata de la **STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2003**, JT 2004, 299.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de julio de 2002, JT 2004, 84, considera improcedente la exigencia de un canon específico a las concesionarias del servicio de estiba calculado en función del tonelaje a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/1992. Ese canon arrancaba del propio contrato de concesión, de acuerdo con las autorizaciones previstas en las normas que vino a derogar la citada Ley, quedando entonces la cláusula

contractual que lo contemplaba carente de apoyo legal, vacía de contenido y sin efecto alguno.

B) Otro dominio público: exenciones en tasas a sujetos públicos por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de telecomunicaciones y cuantificación de tasas por la utilización del dominio local

La STS de 19 de diciembre de 2003, RJ 2004, 613, interpreta el contenido de la exención prevista por el art. 21.2 del TRLHL, según la cual el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales no estarán obligados al pago de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente. Se trataba de canalizaciones efectuadas por la Comunidad Autónoma para el tendido de cable de fibra óptica, dándose la circunstancia de que la transmisión por cable iba a utilizarse en las comunicaciones internas de los Departamentos de la Administración regional, no ofreciéndose al público en general con una tarifa. El discurso se centra en el alcance del concepto “servicio público” que contiene el precepto. A juicio del Alto Tribunal este concepto ha de resultar impreciso en su definición estructural para adaptarlo casuísticamente a la finalidad perseguida por cada norma. La que ahora nos interesa pretende excluir el gravamen de un sector de interés general, no alterándose la finalidad de la norma por la circunstancia antes referida. Entiende pues el TS que el aprovechamiento ha de quedar exento.

La STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2003, JT 2004, 122, anula el contenido de una Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por utilización del dominio público, en cuanto a la tarifa prevista para mercados semanales no sedentarios. Como se sabe, el TRLHL previene que, con carácter general, estas prestaciones se cuantifiquen tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento. A juicio del Tribunal, el sistema contenido en la Ordenanza es manifiestamente erróneo, y como tal, arbitrario, porque no se fija la cuantía en relación con el valor en el mercado de la utilidad o aprovechamiento, sino en relación con el valor de repercusión del suelo, calculado según las normas estatales para el valor catastral.

C) Tributación de los bienes del Estado y otras Administraciones: Exención en el IBI de los pabellones destinados a viviendas de funcionarios de centro penitenciario

La STS de 17 de septiembre de 2003, RJ 2004, 81, estima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra Sentencia del TSJ de Extremadura de 20 de abril de 1998. La Administración demandante solicitaba la exención en el IBI de estos inmuebles, por considerar que se trata de bienes inmuebles propiedad del Estado directamente afectos al servicio penitenciario. No era ésa la interpretación del Tribunal de instancia, ni de otros Tribunales Superiores de Justicia. Frente a esta interpretación del adverbio “directamente”, el TS mantiene otra más laxa según la cual su utilización como viviendas obedece a la mejor y más eficiente prestación del servicio y a la vinculación que dicha uti-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

lización presenta con la función pública desempeñada por sus ocupantes. Se trata de una perspectiva coherente con la que ya se había desarrollado en relación con los inmuebles destinados a viviendas de la Guardia Civil.

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) Incumplimiento por el Reino de España de obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 75/442/CEE (residuos) en relación con un vertedero concreto. B) Incumplimiento de Alemania en relación a la Directiva 96/59/CE, eliminación de policlorobinefilos y policloroterfenilos. C) Incumplimiento por la República Helénica de obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 91/271/CEE (aguas residuales). Tanto el vertido directo sin colector como el indirecto de aguas residuales a zonas sensibles, supone el incumplimiento de la Directiva. D) Evaluación de Impacto Ambiental: dos incumplimientos de Estado en relación a los proyectos y actuaciones incluidos en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE. **3. Actividades clasificadas: No**

existe discriminación cuando se aplica selectivamente la declaración de zona acústicamente saturada conforme a la situación prevista en la normativa. 4. Espacios Naturales

Protegidos. A) El acuerdo de iniciación de los expedientes de aprobación de los planes de ordenación de los recursos naturales es recurrible en la vía correspondiente. B) Los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales de un Espacio Natural Protegido pueden ampliar las Zonas Periféricas de Protección y señalar concretas limitaciones en ellas. C) No es exigible el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico en la tramitación de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. **5. Fauna. Se autoriza la**

caza de la paloma torcaz durante el trayecto de regreso a los lugares de cría en el territorio Foral de Guipúzcoa en la temporada de 1998 con las restricciones señaladas. 6. Aguas

continentales. A) Delito ecológico: vertidos contaminantes con filtración a aguas subterráneas. B) Espacios naturales protegidos: denegación de concesión de abastecimiento por afección ambiental negativa. C) Vertidos de aguas residuales: revocación de la autorización provisional; sanción por vertidos en límites superiores a los autorizados; incumplimiento de Plan de Regularización; aprobación improcedente de proyecto de depuradora. **7. Aguas**

marítimas. A) El impacto negativo sobre el paisaje constituye un límite al otorgamiento de concesiones de aprovechamiento demanial. **8. Fiscalidad medioambiental.** A) Cánones

de saneamiento en las Comunidades Autónomas: ¿en la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido? B) Otros tributos medioambientales: El Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente: recursos pendientes ante el Tribunal Supremo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de mayo y junio de 2004; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 1 a la 1200 del RA (cuadernillos 1 a 6) y la Constitucional desde la 75/2004, de 26 de abril, a la 103/2004, de 2 de junio.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Las Sentencias aparecidas durante este período no presentan una gran complejidad jurídica y versan todas ellas sobre incumplimientos de Estado en relación a determinadas prescripciones comunitarias.

A) Incumplimiento por el Reino de España de obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 75/442/CEE (residuos) en relación con un vertedero concreto

La STJCE de 27 de mayo de 2004 (Sala Cuarta) en el asunto C-398/02, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, constata el incumplimiento de nuestro país de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, en relación al vertedero de La Bañeza (León).

Parece conveniente señalar, siguiendo lo que la propia Sentencia indica, que el procedimiento tiene su origen en la pregunta de un diputado del Parlamento europeo en relación a un posible vertedero ilegal en La Bañeza. A partir de allí se ha originado un procedimiento judicial en el que el Tribunal acaba constatando que este vertedero no cuenta con ningún tipo de autorización (incumpléndose así lo que indica el art. 9 de la Directiva 75/442/CEE) y que, igualmente, los residuos se vierten en él sin las adecuadas precauciones para que no perjudiquen el medio ambiente (art. 4 de la Directiva). Por ello se constata el incumplimiento y se condena en costas al Reino de España.

XIII. Medio Ambiente

B) Incumplimiento de Alemania en relación a la Directiva 96/59/CE, eliminación de policlorobinefilos y policloroterfenilos

La cuestión indicada en la rúbrica es tratada por la STJCE de 10 de junio de 2004 (Sala Segunda) recaída en el asunto C-454/01, relativa al incumplimiento por Alemania de algún precepto de la Directiva 96/59/CE del Consejo, de 16 de septiembre de 1996, relativa a la eliminación de los policlorobinefilos y policloroterfenilos.

La cuestión es muy simple y se limita a la constatación del incumplimiento por Alemania de la obligación de realizar un plan para la descontaminación y la eliminación de los aparatos que figuran en el inventario y de los PCB que éstos contengan tal y como indica el art. 11 de la Directiva. Se prueba durante el procedimiento judicial que no ha tenido lugar comunicación de dicho Plan aun cuando Alemania aduce que tras el plazo otorgado por el dictamen motivado, se ha enviado un informe sobre cuyo contenido el Tribunal no quiere entrar. Por todo ello se constata el incumplimiento de la República Federal y se le condena en costas.

C) Incumplimiento por la República Helénica de obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 91/271/CEE (aguas residuales). Tanto el vertido directo sin colector como el indirecto de aguas residuales a zonas sensibles, supone el incumplimiento de la Directiva

Mediante la STJCE de 24 de junio de 2004 (Sala Cuarta) recaída en el asunto C-119/02, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica, se declara el incumplimiento de este país de algunas obligaciones establecidas por la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas en su versión modificada por la Directiva 98/15/CE de la Comisión, de 27 de febrero de 1998.

En el procedimiento se constata la existencia de una zona sensible (el Golfo de Eleusis) que conforme a lo previsto en la Directiva debía haber sido objeto de protección en cuanto al vertido de aguas residuales. Esa protección consistiría en la construcción de un colector antes del 31 de diciembre de 1998 y en que sus aguas residuales, por proceder de aglomeraciones de más de 10.000 habitantes equivalentes, debían ser objeto de un tratamiento más riguroso que el usual. Se prueba que ambas cosas no han sucedido y, además, frente a la alegación griega de que el vertido no se producía directamente al golfo sino a pozos, la Comisión constata y el Tribunal concuerda en ello, en que la Directiva no distingue entre vertido directo e indirecto, puesto que el agua que va a esos pozos se filtra y llega, finalmente, a la zona sensible. En consecuencia, se constata el incumplimiento y se condena en costas a la República Helénica.

D) Evaluación de Impacto Ambiental: dos incumplimientos de Estado en relación a los proyectos y actuaciones incluidos en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE

En la STJCE de 10 de junio de 2004 (Sala Primera) recaída en el asunto C-87/02, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana, se consta-

ta el incumplimiento de este país de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

En concreto, el incumplimiento ha existido en que la construcción de una carretera no urbana de las incluidas en el Anexo II de la Directiva, debía ser objeto de una comprobación a los efectos de si tenía que sufrir, o no, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y que, en el marco de esa comprobación, debía de existir una motivación suficiente. En el derecho interno italiano existe una transcripción de los proyectos y actuaciones incluidos en dicho Anexo II limitándose a señalar que debe existir una comprobación destinada a determinar la necesidad de realizar una evaluación de impacto ambiental. Lo que señala el Tribunal es que no ha existido tal motivación y que el único elemento aducido en tal sentido, una autorización administrativa, lo es a los efectos de cruzar un determinado río y sin que en ella se produzca ningún tipo de valoración ambiental.

Por otra parte resulta de interés la afirmación del Tribunal europeo de que el hecho de que el tema haya sido objeto de recurso judicial interno y que en el marco del mismo los tribunales italianos no hayan accedido a la paralización del proyecto, no impide la formulación del recurso ante el mismo.

Finalmente, en la **STJCE de 24 de junio de 2004 (Sala Tercera) recaída en el asunto C-421/02**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se declara el incumplimiento de este país al no haber adoptado las medidas necesarias para el cumplimiento de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997.

En concreto el fallo de la Sentencia declara que en Escocia y en Irlanda del Norte, no existe norma que transcriba el contenido del Anexo II.1.c) de la Directiva, consistente en la necesidad de que los “proyectos de gestión de los recursos hídricos para la agricultura, con la inclusión de la irrigación y del avenamiento de terrenos”, sean objeto, o no, de una evaluación de impacto ambiental en las condiciones que señala el art. 4.2 de la Directiva y con el margen de apreciación que, en ejecución del mismo, tienen los Estados.

Las alegaciones de que existen normas en proyecto o de que Escocia tiene recursos hídricos abundantes y diversos no merecen, como puede ser fácilmente comprensible, ninguna consideración favorable por parte del Tribunal. Por tanto, se declara el incumplimiento y se condena en costas al Reino Unido.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS: NO EXISTE DISCRIMINACIÓN CUANDO SE APLICA SELECTIVAMENTE LA DECLARACIÓN DE ZONA ACÚSTICAMENTE SATURADA CONFORME A LA SITUACIÓN PREVISTA EN LA NORMATIVA

La Asociación Empresarial de Discotecas de Valencia recurrente en casación, cuya pretensión fue desestimada ya en la primera instancia, fundamenta su petición de anulación de la declaración de Zona Acústicamente Saturada a los barrios objeto del recurso por cuanto al no aplicarse ésta a otros barrios en idénticas condiciones se quebrantaba el principio de igualdad de trato.

Pues bien, el TS en su **STS de 3 de diciembre de 2003**, Ar. 602/2004, concluye que no existe la discriminación alegada por la recurrente cuando la actuación municipal aplica a un barrio determinado y no a otros la declaración de Zona Acústicamente Saturada como consecuencia de la existencia de las condiciones legales que posibilitan su adopción. Ya que pretender lo contrario alegando la existencia de otros establecimientos a los que sería igualmente de aplicación esa normativa no es otra cosa que pretender mantener la igualdad en una situación de ilegalidad.

4. ESPACIOS NATURALES

A) El acuerdo de iniciación de los expedientes de aprobación de los planes de ordenación de los recursos naturales es recurrible en la vía correspondiente

Interpuesto recurso de casación contra la sentencia del TSJ que había declarado la inadmisión del recurso deducido contra la Resolución del Consejero de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por la que se había acordado la iniciación del expediente para la aprobación de un plan de ordenación de los recursos naturales, el TS en la **STS de 23 de diciembre de 2003**, Ar. 134/2004, declara haber lugar al mismo desestimando el recurso contencioso-administrativo.

La decisión se fundamenta por el Alto Tribunal en la excepción a la regla general de inadmisibilidad de la acción impugnatoria de un acto administrativo que ordena la iniciación del procedimiento si éste no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto. Excepción que faculta el recurso cuando, como sucede en el presente caso, del acto de iniciación del procedimiento se derivan consecuencias que no son meramente procedimentales, al introducir modificaciones sustantivas en el régimen jurídico de situaciones anteriores, afectando al haz de derechos, deberes y obligaciones que definen su contenido.

En efecto el acto aquí impugnado incorpora la aplicación de medidas cautelares o preventivas que impiden, durante la tramitación del Plan, la realización de actos que supongan una transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos del Plan como mandata el art. 7 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. El recurso permite controlar si el acto de inicia-

ción y las modificaciones sustantivas de situaciones jurídicas anteriores a que da o puede dar lugar se producen de conformidad al ordenamiento jurídico.

B) Los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales de un Espacio Natural Protegido pueden ampliar las Zonas Periféricas de Protección y señalar concretas limitaciones en ellas

Siguiendo la doctrina sentada en anteriores sentencias el TS, en su STS de 21 de octubre de 2003, Ar. 54/2004, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Murcia revocando ésta en cuanto declaró nulo el apartado 2 del art. 2 del Decreto 45/1995, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Caballenque, Monte de las Cenizas y Peña del Águila.

Entiende el TS que, cuando la Ley creadora de un Espacio Natural Protegido hubiese establecido las Zonas Periféricas de Protección destinadas a evitar impactos ecológicos o paisajísticos y fijado las limitaciones necesarias, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, que posteriormente aprobase la Administración, deberá respetar tales Zonas Periféricas, sin que se pueda negar a éste la posibilidad de añadir alguna otra que resultase necesaria en función de la conservación de los espacios y las especies a proteger, dadas las competencias que a las Administraciones Públicas confiere la Ley 4/ 1989, de 27 de marzo, en orden a la planificación y gestión de los Espacios Naturales Protegidos, por cuanto el art. 4.3.c) exige, entre los contenidos mínimos, que el Plan de Ordenación defina el régimen jurídico de protección que proceda con especificación de las distintas zonas en su caso.

Además el TS refuerza su decisión dando respuesta a una cuestión dejada abierta en su anterior Sentencia de 16 de junio de 2003, Ar. 4458/2003, al admitir que es posible por Decreto señalar una zona de protección, sin cobertura de norma con rango de ley, en el supuesto excepcional contemplado en el art. 15.2 de la Ley 4/1989. Precepto que permite en este caso excepcional que la Administración declare como Parque o Reserva un espacio natural cuando existan razones que lo justifiquen, lo que conlleva implícita y lógicamente la potestad de establecer Zonas Periféricas de Protección y concretas limitaciones en ellas, siempre con el deber de tramitar en el plazo de una año, a partir de la declaración de Parque o Reserva, el correspondiente Plan de Ordenación.

C) No resulta preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico en la tramitación de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales por no tener el carácter de reglamento ejecutivo

El TS en la STS de 10 de diciembre de 2003, Ar. 106/2004, tras casar la sentencia del TSJ de Aragón, estimatoria del recurso deducido contra el Decreto 91/1995, de 2 de mayo, de la Diputación General de Aragón, sobre declaración de paisaje protegido de los pinares de Rodeno, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día al interpretar que no es exigible el informe del Consejo de Estado ni de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón en la tramitación de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales ni en la declaración de Paisaje Protegido.

XIII. Medio Ambiente

En el caso aragonés el TS, siguiendo la doctrina jurisprudencial, interpreta que estos instrumentos de planificación de los recursos naturales, cuyos objetivos y contenido vienen definidos en el art. 4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, no ejecutan propiamente esta Ley, en el sentido de precisar, desarrollar o completar sus previsiones normativas, sino que se limitan, más bien, tal y como dice el art. 4, al estudio de un concreto ámbito territorial con la finalidad de adecuar la gestión de sus recursos naturales a los principios inspiradores de dicha Ley. Es decir que no se trata de un reglamento ejecutivo de la Ley 4/1989, ni, como sucede en el caso objeto de debate, se incorpora una regulación de carácter general a la que quepa atribuir, propiamente, el significado o función de precisar, desarrollar o completar las previsiones normativas de la citada Ley.

El mismo criterio mantiene el TS en las SSTs de 2 de diciembre de 2003, Ar. 307 a 310.

5. FAUNA. SE AUTORIZA LA CAZA DE LA PALOMA TORCAZ DURANTE EL TRAYECTO DE REGRESO A LOS LUGARES DE CRÍA EN EL TERRITORIO FORAL DE GUIPÚZCOA EN LA TEMPORADA DE 1998 CON LAS RESTRICCIONES SEÑALADAS

El TS en su STS de 24 de noviembre de 2003, Ar. 59/2004, cambia el criterio que había venido manteniendo sobre la prohibición general de la caza en el caso de las aves migratorias y en concreto de la paloma torcaz durante el trayecto de regreso a los lugares de cría, criterio que se apoyaba en la redacción originaria del art. 34.b) de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna silvestres.

La razón que justifica el cambio de criterio jurisprudencial se justifica por la reforma legislativa de la mencionada Ley llevada a cabo por la Ley 40/1997, de 5 de noviembre. La modificación en lo que aquí afecta fue introducida por la inclusión de una nueva Disposición Adicional Octava con base en el art. 7.4 de la Directiva Europea 79/409/CEE que admite que los Estados miembros pueden introducir excepciones, si no hubiese otra solución satisfactoria, por los motivos siguientes: “permitir en condiciones estrictamente controladas y de modo selectivo, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades”. Considerando el TS de plena legalidad la Orden Foral de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 4 de febrero de 1998, por la que se autorizaba, en la temporada de 1998, la caza de la paloma torcaz durante el trayecto de regreso a los lugares de cría en los términos señalados en la misma. Orden que, siendo objeto de impugnación, propicia el pronunciamiento del Tribunal.

6. AGUAS CONTINENTALES

A) Delito ecológico: vertidos contaminantes con filtración a aguas subterráneas

Conforme al art. 347 bis del Código Penal de 1973 (posterior art. 325 del Código Penal de 1995) será castigado con la pena de arresto mayor y multa el que contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indi-

rectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. En la **STS de 3 de octubre de 2003**, Sala de lo Penal, Ar. 8487, se entiende que concurre el tipo delictivo descrito en el mencionado art. 347 bis, y que por tanto la condena impuesta por la Audiencia de Barcelona a dos cargos directivos de una empresa que realizó vertidos contaminantes a las aguas continentales debe ser ratificada. A pesar de que se había requerido a la empresa en 1992 para que incorporase algún sistema de depuración, ello no se hizo y los vertidos de aguas residuales con elementos contaminantes siguieron dirigiéndose a la red de alcantarillado durante más de un año, y como dicha red se hallaba en mal estado, este agua se filtraba al subsuelo alcanzando a las aguas subterráneas e incorporándose al ciclo hidrológico con el consiguiente riesgo para las personas.

B) Espacios naturales protegidos: denegación de concesión de abastecimiento por afección ambiental negativa

De los arts. 36 y 37 de la Ley de Espacios Naturales de Castilla y León 8/1991, de 10 de mayo, resulta que las modificaciones del dominio público hidráulico a ubicar en suelo no urbanizable de un espacio natural protegido y de su zona de protección requieren someterse a Evaluación de impacto ambiental, y además obtener autorización de la Consejería de medio ambiente. La **STS de 11 de diciembre de 2003**, Ar. 8532, confirma una Sentencia del TSJ de Castilla y León que precisamente apelaba a estos preceptos para considerar conforme a derecho la denegación de la CH del Duero de una concesión de abastecimiento a población que había sido solicitada por el Ayuntamiento de Molinos de Duero. Además, en el expediente se opuso el Ayuntamiento de Covaleda, porque de llevarse a cabo lo proyectado con dicha solicitud de concesión, este municipio vería cómo se captan manantiales situados en un monte municipal y se instala parte de la canalización que ocuparía más de 7.000 metros hasta llegar a Molinos de Duero, sin que Covaleda pudiese obtener ningún beneficio de ubicarse dicha toma de agua. Por ello lo que se pretende en este supuesto no es desconocer el innegable interés general del suministro de aguas para abastecimiento de poblaciones que es un uso prioritario del dominio público hidráulico, sino que se acepte la alternativa ofrecida por el Organismo de cuenca, como es situar la toma aguas abajo, en un lugar más cercano a la población, aunque las aguas que se reciban no sean de tanta calidad.

C) Vertidos de aguas residuales: revocación de la autorización provisional; sanción por vertidos en límites superiores a los autorizados; incumplimiento de Plan de Regularización; aprobación improcedente de proyecto de depuradora

En la **STS de 14 de octubre de 2003**, Ar. 8874, se apela al art. 2.1.c) del RD 484/1995, de 7 de abril, sobre medidas de regularización y control de vertidos (hoy derogado por RD 606/2003, de 23 de mayo, de modificación del RDPH) para resolver el caso contro-

vertido. En efecto, se trataba de dilucidar si podía considerarse válida una Resolución de la CH del Norte de 1995 sobre revocación de la autorización provisional de vertido con la que contaba una empresa. El TS estima que ha resultado probado que la Resolución se basa de forma correcta en el art. 2.1.c) del RD 484/1995 y que no es aplicable el art. 2.1.d) como pretende la empresa recurrente. Este art. 2.1 se dedica a la clasificación de los vertidos, dedicándose el apartado c) a los que poseen autorización provisional otorgada en virtud de la Orden de 23 de diciembre de 1986 pero cuyos titulares no han procedido a la implantación de instalaciones de depuración en el plazo previsto o que no cumplen los límites de emisión de la normativa aplicable, previéndose la revocación de dicha autorización a los 30 días de la entrada en vigor del RD 484/1995, pasando a partir de entonces los citados vertidos a tener el carácter de abusivos.

Fuera de esta Sentencia, la **STS de 4 de noviembre de 2003**, Ar. 8022, entiende válida una Resolución de 1995 consistente en imponer una sanción de multa de 16 millones de pesetas a una empresa, así como la obligación de reparar con más de 3 millones de pesetas los daños causados al dominio público hidráulico por haber quedado probado que dicha entidad había emitido vertidos al río Henares en límites superiores a los permitidos en su autorización de vertido, incurriendo en la infracción tipificada en el art. 108.c) de la Lag. de 1985 [posterior art. 116.c) TR de Lag. de 2001], que versa sobre el incumplimiento de condiciones impuestas en las autorizaciones. La Audiencia Nacional valoró correctamente el litigio cuando atribuyó la titularidad de la autorización de vertido a “Azuquime, SA”, Promotora del Polígono Industrial, pues a pesar de que dicha entidad insistiera en que no fuese causante de los vertidos, lo cierto es que las liquidaciones anuales del canon de vertido se giraron a nombre de tal empresa. Tampoco puede prosperar como motivo de casación la desviación de poder que se atribuye al Organismo de cuenca, pues si bien éste no realizó ningún requerimiento para exigir el establecimiento de mecanismos de depuración, más tarde ejercitó sus potestades de manera correcta, incoando el expediente sancionador.

Una Sentencia similar a la anterior es la **STS de 22 de diciembre de 2003**, Ar. 343, si bien esta última presenta una problemática peculiar al tratarse de un Ayuntamiento el sujeto sancionado por incurrir en la infracción del art. 108.c) de la Lag. de 1985, y porque en el expediente que se examina se produjo una reclasificación de los vertidos incluidos en el art. 2.1.c) al art. 2.1.d) del RD 484/1995, de 7 de abril, actuándose por la CH del Júcar el procedimiento de oficio que permitía el art. 5 del RD citado, habiéndose considerado por la Administración actuante como Plan de Regularización de Vertidos, el Plan Director de Saneamiento y Depuración de la Comunidad Valenciana. No obstante, hay que tener en cuenta que si bien la aprobación del Plan de Regularización por el Organismo de cuenca lleva aparejado el otorgamiento de una autorización provisional de vertidos (art. 5.4), el incumplimiento de las condiciones y obligaciones que se deriven de dicho Plan es causa de incoación de expediente sancionador, pudiendo comportar la revocación de la autorización provisional, pasando a considerarse de nuevo como vertido abusivo incluido en el art. 2.1.c) (art. 5.5).

Esto es precisamente lo que ha ocurrido en el supuesto que se analiza, que debido a que la toma de muestras indicaba que los vertidos de aguas residuales superaban los límites

permitidos en el RDPH, la actuación que consecuentemente se ha llevado a cabo es la revocación de la autorización provisional y la imposición de sanción y de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico, sin que el Ayuntamiento pueda aducir con éxito que son las industrias del municipio las que emiten los vertidos contaminantes, y que habría que dirigirse a éstas para pedir responsabilidades, pues la solución en este caso no es la de omitir la responsabilidad inherente a quien es titular de una autorización de vertido como es el Ayuntamiento, sino que las mencionadas industrias soliciten el correspondiente permiso administrativo individualmente como prevé el art. 7 de la Orden de 23 de diciembre de 1986, si sus vertidos contaminantes son desproporcionados en relación al vertido de tipo doméstico (Adviértase que esta Orden está derogada actualmente por el RD 606/2003, de 23 de mayo).

Finalmente, la **STS de 5 de febrero de 2004**, Ar. 1026, confirma la Sentencia del TSJ de Cataluña que anuló la aprobación de la Generalitat del proyecto de obra para la construcción de una estación depuradora, debido a que no se habían obtenido con carácter previo las autorizaciones necesarias del Organismo de cuenca con respecto a su ubicación en zona de policía de cauces, y en relación con la emisión de vertidos como exigen respectivamente los arts. 9.3 y 259.2 del RDPH. Según alegaba la Generalitat la prioridad temporal de unas actuaciones u otras no debería ser motivo para invalidar la aprobación del proyecto, sin embargo, como afirma el TS, dado que el proyecto aprobado habilitaba inmediatamente para ejecutar las obras y para iniciar un expediente expropiatorio sobre la finca sobre la que pretende construirse la estación depuradora, de ahí que sea adecuada la anulación, porque evita perjuicios que podrían tener lugar si una vez expropiado el terreno y ejecutadas las obras, el Organismo de cuenca no otorga las autorizaciones necesarias.

7. AGUAS MARÍTIMAS

A) El impacto negativo sobre el paisaje constituye un límite al otorgamiento de concesiones de aprovechamiento demanial

Como recuerda la **STS de 6 de febrero de 2004**, Ar. 1047, FFJJ 3º y 4º, el art. 138.2 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 (aún aplicable dado su carácter básico) prohíbe instalar, en lugares de paisaje abierto y natural rural o marítimo, elementos que limiten el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompan la armonía del paisaje o desfiguren la perspectiva propia del mismo. Por esta razón, la solicitud de concesión para emplazar en el demanio costero una instalación flotante destinada a la piscicultura podría encontrar como límite a su otorgamiento precisamente una afección en este sentido; afección que, sin embargo, no se aprecia en el supuesto enjuiciado, por lo que se considera procedente la concesión dispensada.

8. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Cánones de saneamiento en las Comunidades Autónomas: ¿en la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido?

La STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2003, JT 2004, 59, resuelve recurso contencioso presentado por un Ayuntamiento contra la desestimación de reclamaciones formuladas en relación con liquidaciones por el incremento de tarifa de saneamiento de Cataluña, ejercicios 1992 y 1993. Se plantean diversas cuestiones de gestión derivadas de la inclusión de conceptos diversos —como éste— en el recibo expedido por las entidades suministradoras del agua. Aunque, por razón de la materia, el TSJ no pudo entrar en la cuestión, nos parece muy interesante la dialéctica sobre la sujeción o no al Impuesto sobre el Valor Añadido del servicio prestado, bien directamente, o bien como mayor importe de la contraprestación por el suministro de agua. La Dirección General de Tributos se ha manifestado generalmente contraria a la inclusión de su importe en las bases del impuesto.

B) Otros tributos medioambientales: El Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente: recursos pendientes ante el Tribunal Supremo

Todavía aparecen sentencias relativas a este impuesto anulado por el Tribunal Constitucional. Ese es el caso de la STS de 15 de enero de 2004, RJ 477. Resuelve un recurso de casación formulado contra sentencia del TSJ de Baleares, desestimatoria del recurso contencioso, sobre la base de la infracción de normas no emanadas de la Comunidad Autónoma, como es la Constitución española y la LOFCA, relevantes o determinantes del fallo de la sentencia. El Alto Tribunal estima el recurso de casación, declarando nulos los actos impugnados.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Ayudas. A) Impugnación bases de la convocatoria.

a) Elementos reglados y discrecionales. Límites a la revocación una vez se publican las bases. b) Contenido exigible a las bases. c) Contenido necesario de las bases.

B) Denegación de la ayuda solicitada. a) Interpretación sobre la existencia o no de causa de fuerza mayor que justifique el no cumplimiento de las condiciones. No se dan las condiciones normativas para entender que existió incumplimiento. b) Incumplimiento de los requisitos legales. c) Supuestos en los que procede el concurso. Denegación no arbitraria al moverse dentro de los márgenes propios de la discrecionalidad. No se vulnera el principio de igualdad. d) Denegación ajustada a derecho. C) Retirada de la ayuda concedida.

a) Aceptada expresamente la cantidad ofrecida, no puede después alegarse que la reducción de lo inicialmente concedido es contraria a derecho. b) Ante el incumplimiento, aun por causa de fuerza mayor, la Administración puede optar entre modificar las condiciones o declarar el incumplimiento y exigir la devolución de lo entregado. c) El momento a considerar como *dies a quo* para que la Administración pueda exigir la devolución es la fecha de la sentencia que declaró la existencia de incumplimiento. **3. Exportación. Restitución**

de subvenciones a la exportación. 4. Pesca. Prohibición de pesca con artes de arrastre de determinadas especies pelágicas. 5. Precios. Productos farmacéuticos. 6. Privatizaciones.

Empresa Nacional Santa Bárbara. 7. Salvamento marítimo. A) Congruencia. Presunción de acierto de las resoluciones del Tribunal Marítimo Central. B) Congruencia. Equiparación

de la declaración de incompetencia improcedente a los defectos de forma. **8. Sector**

eléctrico. A) Cesión de línea eléctrica. B) Puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica. **9. Tabacos.** A) Estatuto concesional de la red de expendedurías de

tabaco y timbre. B) Revocación de concesión administrativa de expendeduría de tabacos.

10. Telecomunicaciones. A) Servicio de telecomunicaciones por cable. B) Ordenanza

municipal sobre instalación de antenas. **11. Transportes.** A) Transporte urbano colectivo de viajeros. Modificación del servicio y coincidencia de la nueva línea con otra ya concedida.

B) Taxi. a) Tarifas. Control por la Comunidad Autónoma. b) Concurso para concesión de licencia.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el examen de las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre los números 89/2004, de 19 de mayo, hasta 110/2004, de 9 de julio, así como las Sentencias del Tribunal Supremo contenidas en los cuadernos Aranzadi 1 a 5 de 2004.

2. AYUDAS

A) Impugnación bases de la convocatoria

a) Elementos reglados y discrecionales. Límites a la revocación una vez se publican las bases

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias estimó el recurso interpuesto por un particular frente a la Orden de 14 de julio de 1997 que establecía las bases para la convocatoria de las subvenciones para la modernización de las estructuras del sector del plátano. La sentencia fue recurrida en casación por el Gobierno de Canarias.

Al resolver el recurso de casación mediante la **STS de 25 de noviembre de 2003**, Ar. 653 de 2004, el Tribunal Supremo recoge la doctrina de la sentencia recurrida, en la que se contiene un resumen de interés sobre la doctrina jurisprudencial acerca del alcance de lo reglado y lo discrecional en materia de subvenciones. De forma resumida, esta doctrina trata de diferenciar el ámbito de lo discrecional (creación, regulación, limitación por razones presupuestarias de las subvenciones), de lo reglado, que sería la aplicación de la regla general al caso concreto. Así se afirma que “el otorgamiento de las subvenciones debe estar siempre determinado por el cumplimiento de todas las condiciones exigidas por la normativa reguladora de la subvención, pues de lo contrario la actuación de la Administración resultaría arbitraria y realmente atentatoria de la seguridad jurídica”.

Tomando como base esta doctrina el Tribunal de instancia anuló la Orden impugnada en la medida en que modificó, con carácter retroactivo, las condiciones establecidas con anterioridad para el disfrute de las subvenciones.

En su recurso de casación la Comunidad Autónoma recurrente alega que la modificación fue impuesta por normativa comunitaria. Este motivo es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que entiende que la normativa comunitaria que se alega no era aplicable a las subvenciones establecidas por la Orden de 1966, Orden que fue modificada por la que es objeto del recurso.

También se rechaza el argumento de la recurrente según el cual la Administración, al amparo del artículo 105.1 de la Ley 30/1992, podía revocar sus propios actos, al no afectar

a ningún derecho subjetivo, pues los solicitantes de subvenciones tendrían como máximo una expectativa de derecho.

El Tribunal Supremo afirma que en el supuesto de autos existía un verdadero derecho. Citando jurisprudencia anterior señala que “cuando la Administración regula y hace pública una convocatoria de subvención, el particular que ha solicitado la subvención en la forma y plazo exigidos, tiene derecho a obtener la subvención siempre que cumpla las condiciones en ella establecidas”. Consecuentemente estima que la modificación de condiciones supuso la revocación de un derecho previo.

Para concluir su razonamiento añade que otra cosa es que para períodos posteriores a los de la convocatoria se decida modificar las condiciones o dejar de conceder la autorización.

b) Contenido exigible a las bases

La Federación de Asociaciones de Prensa de España impugnó la resolución de Convocatoria de Ayuda y Subvenciones del año 1995. Desestimado el recurso por el Tribunal Superior de Justicia, la citada entidad recurrió en casación, recurso a su vez desestimado por la **STS de 15 de diciembre de 2003**, Ar. 113 de 2004.

La entidad recurrente impugnó en primera instancia la convocatoria de ayudas al entender que su contenido era en exceso amplio e indeterminado, permitiendo la arbitrariedad de la Administración. La Sala de instancia rechazó este argumento al entender que los criterios establecidos eran adecuados y que, además, la pretendida arbitrariedad debería examinarse en relación al acto de adjudicación, no en relación a las bases.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida y entiende que existen en la convocatoria elementos suficientes para acotar el juicio de la Administración al resolver sobre las ayudas que se soliciten.

c) Contenido necesario de las bases

La Asociación de Jóvenes Agricultores (ASAJA) interpuso recurso contra la Orden del MAPA por la que se regulaban las ayudas a la producción agrícola y ganadera en ejecución de la política agraria de la Comunidad Económica Europea. Desestimado el recurso en primera instancia, la citada entidad recurre en casación, siendo igualmente desestimado este recurso por la **STS de 27 de octubre de 2003**, Ar. 277 de 2004.

El Tribunal Supremo rechaza el argumento de la recurrente según el cual la Orden impugnada infringe el art. 3 del Reglamento CEE, siendo además dicha Orden arbitraria y escasamente objetiva. Para el Tribunal “del Reglamento CEE aplicable se deduce que el Estado español y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en ejercicio de

sus competencias no estaban obligados por la fijación de rendimientos anterior, y podían modificarla precisamente para proteger a las zonas desfavorecidas, como ya hemos declarado en nuestra Sentencia de 8 de octubre del año en curso (RJ 2003, 7902). En consecuencia no puede reprocharse a la Orden impugnada ser arbitraria o escasamente objetiva, por lo que la Sentencia no ha vulnerado el art. 3 del Reglamento CEE 1765/92, regulador de la materia, al abstenerse de apreciar la alegada arbitrariedad”.

B) Denegación de la ayuda solicitada

a) Interpretación sobre la existencia o no de causa de fuerza mayor que justifique el no cumplimiento de las condiciones. No se dan las condiciones normativas para entender que existió incumplimiento

Solicitada una subvención para el cultivo de cereales de acuerdo con la normativa comunitaria, la Administración autonómica la denegó al apreciar que no se había acreditado que el trigo sembrado en las parcelas objeto de subvención hubiese llegado a la etapa de floración, tal y como según su interpretación era obligado para poder dar la ayuda.

Recurrido el acuerdo autonómico en primera instancia, el Tribunal desestimó el recurso. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo, en su **STS de 2 de diciembre de 2003**, Ar. 600 de 2004, estimó el recurso en parte, confirmando en lo demás la sentencia recurrida.

De los dos motivos alegados en casación que son rechazados, interesa destacar el que se basa en el siguiente razonamiento: la incidencia de conejos y circunstancias edafológicas sobre la plantación de cereales debió equipararse a causas de fuerza mayor. Al existir una situación de fuerza mayor no pudo exigirse responsabilidad alguna al sujeto subvencionado y denegarle la ayuda.

El Tribunal Supremo rechaza que se trate de un caso de fuerza mayor, pues la sequía y la existencia de conejos eran circunstancias conocidas o que se podían prever.

Sí se estima en cambio un último motivo de casación. El recurrente alegaba que no se había aplicado correctamente el art. 9.2 del Reglamento Comunitario, según el cual se denegará la subvención si existe una diferencia del 20 por ciento entre la superficie declarada y la determinada. Para el recurrente la superficie donde no prosperó la siembra suponía un 19,39 por ciento de la superficie declarada. Por ello, no se daba el supuesto normativo que podía justificar la denegación de la subvención.

El Tribunal Supremo, al apreciar que lo afirmado por el recurrente no es contradicho por la Administración, estima en este punto el recurso y reconoce el derecho del recurrente a recibir la ayuda solicitada.

b) Incumplimiento de los requisitos legales

El MAPA desestimó una solicitud de ayuda interesada al amparo de la Orden de 29 de noviembre de 1999 que regula la concesión de ayudas a los armadores de buques de pesca que faenan en el caladero marroquí. Impugnado el acuerdo que denegó la ayuda solicitada, la Audiencia Nacional confirmó el acto impugnado. El Tribunal Supremo, en la **STS de 13 de enero de 2004**, Ar. 241, confirmó la sentencia impugnada y la validez del acto.

La cuestión jurídica de mayor interés se centró en determinar qué requisitos exigía la normativa aplicable para tener derecho a la ayuda solicitada. Para el recurrente no era necesario contar con un buque, ya que lo que posibilitaba la obtención de la ayuda era la existencia de los derechos de pesca. Al haber exigido contar con un buque, la sentencia llevó a cabo una interpretación errónea de la normativa aplicable.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida. Según esta última, la pérdida del buque no comporta que no se pueda acceder a la ayuda, pero el armador debe acreditar que sustituye el buque siniestrado por otro y debe obtener la autorización de la transmisión de la licencia.

Dado que en el caso enjuiciado el recurrente, en el momento de solicitar la ayuda, no tenía buque ni había solicitado la autorización de la sustitución de la licencia de pesca, el acto denegatorio fue ajustado a derecho.

c) Supuestos en los que procede el concurso. Denegación no arbitraria al moverse dentro de los márgenes propios de la discrecionalidad. No se vulnera el principio de igualdad

Solicitada por el Ayuntamiento de Gijón una ayuda para la realización del Centro Tecnológico de Gijón, al amparo de la OM de 19 de mayo de 1999 (Bases reguladoras de la concesión de ayudas para actuaciones de reindustrialización), dicha ayuda le fue denegada. Interpuesto recurso ante la Audiencia Nacional, el mismo fue desestimado. Recurrida la sentencia en casación el Tribunal Supremo desestimó también el recurso (**STS de 1 de marzo de 2004**, Ar. 928).

El Tribunal Supremo se remite en su sentencia de 1 de marzo de 2004 a la de 24 de febrero de 2004, Ar. 1892, en la que se resolvieron ya los dos motivos casacionales planteados.

El primer motivo se basaba en la pretendida vulneración de la normativa sobre concesión de subvenciones al no haberse otorgado mediante concurso procedimiento que, según el recurrente, era preceptivo en virtud de lo establecido en el art. 81.6.b).5 de la Ley general presupuestaria.

Para el Tribunal Supremo el precepto alegado no establece el concurso como sistema general y, por el contrario, parece establecer este procedimiento con carácter residual. Además, el art. 4 del RD 2225/1993 que aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas atribuye al órgano convocante de la subvención la opción de que la concesión se efectúe o no en régimen de concurrencia competitiva.

A mayor abundamiento el Tribunal Supremo entra a ponderar los criterios que llevaron a la Administración a denegar la ayuda solicitada y entiende que “están dentro de los márgenes de la discrecionalidad administrativa”.

Igualmente se rechaza el segundo motivo del recurso fundado en la vulneración del principio de igualdad. De acuerdo con una doctrina ya reiterada en múltiples ocasiones, para que se entienda vulnerado el principio de igualdad debe existir un trato desigual ante situaciones iguales. Al no haberse acreditado que los supuestos que se citan como parámetro de referencia fueran empresas que estuvieran en idéntica situación, no se estima que existiera vulneración del principio de igualdad.

d) Denegación ajustada a derecho

Denegada la ayuda solicitada para la realización de mejoras en una bodega de elaboración de vino de mesa, se recurrió en primera instancia. Confirmada la denegación, se recurre en casación, siendo desestimado dicho recurso por la **STS de 13 de enero de 2004**, Ar. 874.

Las cuestiones que examina la sentencia del Tribunal Supremo son las siguientes: primero, la normativa aplicable. Entiende que no era aplicable por razón temporal el RD 2225/1993 tal y como pretendía el recurrente; en segundo lugar, estima que no se había vulnerado la normativa procedimental general dado que sí se había cumplido con las exigencias del trámite de audiencia; por último, en tercer lugar, se afirma que si bien es cierto que se realizaron inversiones en la bodega, se añade que no se cumplieron los plazos exigidos y que además se modificó el proyecto inicial sin conocimiento de la Administración.

c) Retirada de la ayuda concedida

a) Aceptada expresamente la cantidad ofrecida, no puede después alegarse que la reducción de lo inicialmente concedido es contraria a derecho

La Administración que concedió una ayuda por la paralización definitiva de un buque, modificó con posterioridad la cuantía concedida, al estimar que en un primer momento había aplicado incorrectamente la normativa aplicable.

El Tribunal Supremo, en la STS de 15 de diciembre de 2003, Ar. 327 de 2004, niega que se trate de un supuesto de mera rectificación de errores, al entender que la Administración llevó a cabo una revisión por nulidad de pleno derecho del acto que se corrige, ya que el acto inicial fue dictado sin tener en cuenta la norma aplicable.

Por otro lado se plantea el Tribunal si el hecho de haber aceptado el recurrente la cantidad finalmente otorgada, e inferior a la fijada por la Resolución inicial, supone que se convalidara el acto material de la concesión de la ayuda, acto que después se impugna.

Planteadas la pregunta el Tribunal afirma que consta expresamente que el recurrente aceptó la ayuda concedida, y de ello concluye que “si la parte interesada aceptó plenamente —como así hizo— el aspecto sustancial de la modificación que se ofrece puede resultar contrario a la buena fe, en relación con la doctrina de los actos propios, el que posteriormente se pretenda que la expresa aceptación en su día formulada quede sin efecto”.

b) Ante el incumplimiento, aun por causa de fuerza mayor, la Administración puede optar entre modificar las condiciones o declarar el incumplimiento y exigir la devolución de lo entregado

La Sala de la Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por determinada entidad contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda que declaró el incumplimiento de condiciones de inversión y creación de empleo a que se había sometido la subvención concedida, condenando a la entidad subvencionada a la devolución de la cantidad ya recibida. El Tribunal de instancia apreció que el incumplimiento en parte de las condiciones no era imputable a la recurrente y estimó el recurso.

Recurrida la sentencia en casación por la Administración, el Tribunal Supremo, en su STS de 11 de febrero de 2004, Ar. 894, estima el recurso. Para el Tribunal Supremo la normativa aplicable (art. 34.3 del RD 1535/1987) establece que cuando los objetivos previstos al solicitar la subvención no se alcancen en su totalidad, por circunstancias sobrevenidas de fuerza mayor, la Administración podrá optar entre abrir un expediente para modificar las circunstancias iniciales o declarar el incumplimiento. Por tanto, la Administración pudo optar por un expediente de incumplimiento y, por ello, la sentencia de instancia debió desestimar el recurso y confirmar la validez del acto impugnado.

c) El momento a considerar como dies a quo para que la Administración pueda exigir la devolución es la fecha de la sentencia que declaró la existencia de incumplimiento

Frente al acuerdo por el que se dejaron sin efecto los beneficios concedidos a determinada empresa en aplicación de la normativa sobre ayudas a zonas de urgente reindustrialización se interpuso recurso de casación, el cual a su vez fue desestimado por la STS de 28 de enero de 2004, Ar. 883.

El segundo motivo casacional contenía de hecho una impugnación indirecta de la normativa en base a la cual se otorgó la ayuda. La entidad recurrente solicita la nulidad de la OM que retira los beneficios concedidos por haberse basado en una disposición reglamentaria sin habilitación legal suficiente.

El Tribunal Supremo rechaza este motivo. Por un lado, niega que la exigencia de aceptación de la subvención contemplada en el art. 16.7 del RD 189/1985 contravenga el principio de legalidad y jerarquía normativa, ya que esta previsión no contradice disposición legal alguna y se dictó al amparo de la remisión reglamentaria contenida en la Disposición Final Quinta de la Ley 27/1984 de Reversión y reindustrialización.

También se rechaza la existencia de una vulneración del principio de seguridad jurídica al haberse acordado la devolución de la subvención once años después de su concesión.

El Tribunal Supremo señala que el momento temporal a considerar para comprobar si había prescrito la capacidad revisora de la Administración era la fecha en la que la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimando la pretensión de la actora de que se le otorgase la subvención en los términos solicitados. Dado que la sentencia se dictó en el año 1993 y que la Administración reclamó la devolución de los beneficios en el año 1995, no habían transcurrido los cinco años, o cuatro años, de prescripción para el ejercicio de los derechos de la Hacienda Pública.

3. EXPORTACIÓN. RESTITUCIÓN DE SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN

La STS de 27 de enero de 2004, Ar. 952, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Sindicatura de la Quiebra Necesaria de Vinícola del Suroeste, contra la Sentencia de 16 de diciembre de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Esta sentencia, por su parte, desestimó la impugnación de la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 15 de abril de 1996 que, a su vez, había confirmado en vía administrativa la Resolución de 7 de febrero de 1996, dictada por el Director General del SEMPA. La Resolución confirmada disponía la devolución de la subvención concedida en su momento a la citada empresa vitivinícola, en concepto de restituciones a la exportación de mostos de uva concentrados desduanados en el país tercero Suecia.

No se discute en ninguna de las instancias si la empresa vitivinícola ha realizado o no la exportación del mosto de uva al país importador-receptor (Suecia), sino cuál ha sido el destino real de la mercancía y si, en su caso, el producto ha llegado a integrarse de manera efectiva en el circuito económico sueco. Por lo tanto, lo único que se discute es que los productos exportados no han sido puestos al consumo en Suecia, o al menos, no se ha acreditado este extremo, habiéndose concedido la subvención por este concepto. De las investigaciones realizadas se desprende que la mercancía fue importada en Suecia con la única finalidad de reexportarla automáticamente a los Estados Unidos.

Resultando aplicable el Reglamento CEE núm. 3665/87, de la Comisión, de su art. 18 se deriva que, en principio, la aportación del certificado de despacho de aduana es suficiente para considerar realizada la exportación subvencionada. No obstante, cuando se tienen dudas fundadas de que efectivamente se haya producido la exportación del producto, puesto que se tienen sospechas de su reexportación a un tercer país, como sucede en el caso enjuiciado, el art. 5.1 del Reglamento citado dispone que: “los servicios competentes de los Estados miembros podrán exigir medios de prueba suplementarios que demuestren, a satisfacción de las autoridades competentes, que el producto ha sido efectivamente puesto en el mercado del tercer país de importación en su estado natural”. Estas pruebas suplementarias, para acreditar no sólo la exportación del mosto, sino su comercialización efectiva en Suecia, han sido exigidas a la empresa vitivinícola y, sin embargo, no han sido aportadas.

Por otro lado, y recogiendo una reiterada doctrina, el TS recuerda que “la no notificación del cambio de Ponente, ni por tanto de la diligencia por la que se señala fecha para la votación y fallo, no tiene trascendencia alguna (...), a no ser que se hubiera, cuando menos, alegado que el nuevo Ponente estaba afectado por alguna causa de abstención, recusación, o hubiera habido alguna otra irregularidad en el nombramiento” (FJ 2º).

4. PESCA. PROHIBICIÓN DE PESCA CON ARTES DE ARRASTRE DE DETERMINADAS ESPECIES PELÁGICAS

La STS de 20 de enero de 2004, Ar. 823, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Asociación de Armadores de Buques de Pesca de Pasajes y otros contra la Sentencia de 21 de febrero de 2001 de la Audiencia Nacional, que desestima el recurso contencioso-administrativo contra la Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1996, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que prohíbe la pesca de determinadas especies pelágicas (anchoas, sardinas y bonito) con artes de arrastre, así como la tenencia a bordo, transporte y desembarque.

El primer motivo de casación se plantea bajo la rúbrica general de infracción de las normas del ordenamiento español. De su interior destacamos las dos siguientes cuestiones. De entrada, los actores entienden que la Orden impugnada es nula por aplicarse fuera de las competencias pesqueras del Estado español. Argumentación rechazada por la sentencia, “pues además de que el art. 132 de la Constitución Española declara como bienes de dominio público el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, el Reglamento CEE 2847/93, de 12 de octubre, impone a los Estados miembros velar por el cumplimiento de la normativa comunitaria en sus aguas, tanto de sus buques como de otros Estados miembros y así mismo impone a los Estados miembros velar por la actividad pesquera de sus buques en todas las aguas, incluida la alta mar, e incluso el Reglamento CEE 3094/86, autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas técnicas que completen la normativa comunitaria o que vayan más allá de las exigencias mínimas” (FJ 2º).

En segundo lugar, los recurrentes estiman que la sentencia impugnada “admite y defiende la absoluta discrecionalidad para prohibir la captura incidental de unas especies pelágicas”. Razonamiento rechazado por el TS, al afirmar que: “el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, por las razones que en cada caso concurren, puede optar por una u otra medida, pero no con la absoluta discrecionalidad que el recurrente se refiere, y sí por razones de oportunidad dirigidas siempre a la conservación y mejora de los recursos pesqueros, que serán y son los extremos susceptibles de control jurisdiccional, que es a lo que se refiere la sentencia recurrida” (FJ 2º).

Como segundo motivo de casación se alega, con carácter también general, la infracción de las normas del ordenamiento comunitario europeo, en especial las relativas a las competencias de los Estados miembros para dictar disposiciones en materia de conservación y ordenación de pesca marítima. Junto a algunas consideraciones puntuales, el tribunal rechaza este motivo “porque las alegaciones del recurrente no han desvirtuado las valoraciones de la sentencia recurrida, ni han evidenciado que haya incidido en las infracciones que se denuncian” (FJ 3º).

5. PRECIOS. PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

La intervención del Estado y las Comunidades Autónomas en la determinación o fijación de los precios de referencia de los productos farmacéuticos que deben ser prescritos por el sistema público de sanidad incide de manera no desdeñable en la ordenación económica del sector, habida cuenta de la alta importancia proporcional que tiene la prescripción pública.

Ello es objeto de controversia, y encuentra una primera respuesta en la **STC 98/2004, de 25 de mayo**, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra el art. 51 de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1997, que bajo la rúbrica “Precios de referencia en especialidades farmacéuticas” dispone que: “El Gobierno de Canarias podrá regular gradualmente y por grupos de medicamentos, en el ámbito del Servicio Canario de Salud la fijación de precios de referencia en relación a las especialidades farmacológicas equivalentes, a los efectos previstos en el apartado siguiente. 2. Publicadas esas normas de regulación y con relación a los medicamentos en ellas incluidas, la prescripción por los facultativos del Servicio Canario de Salud, de especialidades farmacéuticas cuyo importe exceda de los precios de referencia fijados por orden departamental requerirá de un informe complementario por el facultativo en el que se justifique, desde el punto de vista terapéutico, la elección de la especialidad prescrita con preferencia al resto de los productos registrados que contengan idéntico principio activo y cuyo importe sea igual o inferior al precio de referencia. Dicho informe deberá ser aprobado por el órgano competente del Servicio Canario de la Salud que, al efecto, se determine por orden departamental, como requisito para la financiación pública de la especialidad prescrita en cuanto al exceso de su importe sobre el precio de referencia. 3. Por el Consejero

de Sanidad y Consumo se dictarán las normas precisas para la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo”.

El Estado opone su competencia basada en los arts. 149.1.1ª 149.1.16ª y 149.1.17ª CE: estos dos últimos atribuyen al Estado la competencia respecto de la “legislación sobre productos farmacéuticos” y la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social,” respectivamente, pero con el matiz de que la regla 16ª del art. 149.1 CE se refiere tanto a la “legislación sobre productos farmacéuticos” como a las “bases y coordinación general de la sanidad”, siendo este último, como se verá, el título rector en que procede incardinar la controversia planteada.

En primer lugar, se descarta la materia “productos farmacéuticos”, porque no se hace referencia a su régimen de autorización, control, etc., sino a la financiación pública en su prescripción. Igualmente se rechaza la aplicación del título competencial estatal relativo al régimen económico de la Seguridad Social. El TC insiste en que a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17ª CE). El precepto impugnado no se circunscribe a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, a la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional aprecia que la norma canaria no afecta al régimen económico de la Seguridad Social, ni a sus recursos financieros, ni a la vigencia del principio de “caja única” por el que se rige. Y ello resulta avalado porque la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias (proceso este que ha culminado con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía).

Dentro ya de la materia bases y coordinación de la sanidad, el Tribunal Constitucional entiende que la norma canaria es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, según la cual la potestad del Gobierno de Canarias para establecer los precios de referencia de los medicamentos se prevé respetando los mínimos establecidos por el Estado, con lo cual no se afectaría la competencia de éste para fijar las bases, ya que aquí se entiende por “bases” el establecimiento de “mínimos”, a partir de los cuales, las Co-

munidades Autónomas pueden aumentar su grado de protección de la salud por vía de la financiación pública de los productos farmacéuticos prescritos.

Finalmente, tampoco se acepta que se invada la competencia estatal del art. 149.1.1ª CE.

Es de señalar que no se alega por el Estado ni se pone en cuestión su competencia para la ordenación general de la economía en los términos acuñados por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, a pesar, como se ha dicho, de la notable incidencia de la fijación de estos precios de referencia en el sector económico de los medicamentos.

6. PRIVATIZACIONES. EMPRESA NACIONAL SANTA BÁRBARA

La STS de 26 de enero de 2004, Ar. 626, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Comité Intercentros y por los Comités de Empresa de los Centros de Trabajo de la Empresa Nacional Santa Bárbara, SA (ENSB), contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001, por el que se autoriza a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) a vender la citada empresa, así como su filial SBB. Blindados, SA, a la multinacional General Dinamys.

Habida cuenta de la naturaleza privada de la adjudicación, la primera cuestión que se discute es el sometimiento del litigio a la jurisdicción contenciosa. Trayendo a colación el régimen jurídico aplicable a la SEPI, que se crea como una Sociedad Estatal de las recogidas en el art. 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria, la sentencia recuerda el art. 12.1 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, con la modificación introducida por el Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre, según el cual: “La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales se registrará, en todas sus actuaciones, por el ordenamiento jurídico privado, mercantil y laboral, sin perjuicio de las materias en las que le sea aplicable el texto refundido de la Ley General Presupuestaria. En materia de contratación, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales registrará su actividad contractual por el derecho privado, con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, sin que le sea de aplicación la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”.

De acuerdo con esta norma, parece, a primera vista –según el tribunal–, que la operación de venta de acciones de ENSB realizada por SEPI queda fuera de los límites de la jurisdicción contenciosa. “No obstante lo anterior, no puede desconocerse que el apartado 5 del indicado art. 12 exige la autorización previa del Gobierno para la enajenación de acciones o participaciones de que sea titular SEPI en el capital social de las empresas participadas. Esta autorización constituye un acto administrativo, que puede ser sometido a revisión en esta jurisdicción contencioso-administrativa” (FJ 2º). En este mismo fundamento, el tribunal analiza extensamente el alcance del control que el Gobierno realiza a través de esa autorización. Alcance que, en todo caso, “vendrá limitado desde una doble perspectiva. En primer término, porque la autorización tiene naturaleza discrecional y constituye un acto de política económica del Gobierno que se encuentra fuera del control judicial,

salvo en sus aspectos reglados. En segundo lugar, y en relación con estos aspectos, porque la propia autorización, como acto de control de la Sociedad Estatal, no puede tener un alcance tan absoluto que permita interferirse en la estrategia comercial de ésta”.

Salvada la competencia de la Sala para conocer del asunto, la sentencia entra a examinar –para desestimar– los motivos en los que se funda el recurso. El primero de ellos es la “omisión de la autorización previa del Consejo de Ministros, que se otorgó un año después de la celebración del contrato, sin haberse pronunciado cuatro órganos –Consejo Consultivo de Privatizaciones, Ministro de Economía, Comisión Delegada para Asuntos Económicos y Consejo de Ministros–, que con su intervención deben contribuir a la legalidad y acierto de la decisión” (FJ 1º). Según el tribunal, es verdad que el art. 12.5 de la Ley 5/1996 exige que el acuerdo sea previo a la operación. Pero añade que “si bien es cierto que se celebró entre las partes contrato privado de enajenación de acciones el 13 de abril de 2000 [mientras que el acuerdo de autorización es de 30 de marzo de 2001], quedó sometido con carácter suspensivo, como señala su estipulación cuarta, a la autorización por el Consejo de Ministros, tras el dictamen del Consejo Consultivo de Privatizaciones”. Y concluye: “Esta cláusula comportaba, en primer lugar, que la eficacia del contrato quedaba suspendida hasta que se otorgara dicha autorización y, en segundo término, que su validez se supeditaba a ésta. No puede decirse, por tanto, que la operación se realizó antes de la autorización del Consejo de Ministros, pues el contrato privado celebrado previamente no la consumaba por sí mismo, por falta de un requisito que se reputaba esencial” (FJ 3º).

En segundo lugar, los recurrentes alegan que “el precio a pagar es 30 veces inferior a la suma de las cantidades que la Administración se compromete a abonar o invertir”, de manera que “el contrato autorizado es mucho más complejo que una simple compraventa, ya que las obligaciones más importantes no son las propias de ella, sino que se refieren al saneamiento de la empresa por parte del Estado y a su gestión durante un plazo de cinco años por el adquirente, lo que (...) transforma la operación de lucrativa en onerosa para el Estado, viniendo a ser una ayuda pública a General Dinamys a cambio de que mantenga durante cinco años la existencia de ENSB y su plantilla” (FJ 1º). El tribunal rechaza también este motivo, argumentando que “no afecta a la validez del acto” el hecho de que el precio a pagar por la compradora de las acciones pueda ser inferior al coste económico que tenga para el Estado: “Debe tenerse presente que en este sistema de privatizaciones previsto en la Ley 5/1996 y Real Decreto 15/1997, no prima necesariamente la obtención de ganancias” (FJ 5º).

También alegan los recurrentes la “infracción del art. 39 de la Ley General Presupuestaria, al someter a arbitraje las diferencias que puedan surgir en la ejecución del contrato” (FJ 1º). Alegación que es rechazada en la sentencia, al entender que el mencionado artículo “no tiene aplicación al presente caso, ya que está previsto para derechos de la Hacienda Pública, respecto de los cuales, evidentemente, no cabe ninguna forma de transacción judicial o extrajudicial”. Y añade, en relación con el caso enjuiciado, que: “Al tratarse, por tanto, de una relación jurídico-privada, nada impide a las partes que se sometan a arbitraje en las condiciones previstas en la cláusula 12.2 del contrato. Es natural que éste se

desenvuelva en el ámbito estrictamente privado, de las cuestiones que se le sometan, ya que si rebasaran este ámbito y entraran en el propiamente público, la competencia de los árbitros no alcanzaría a ellas, y es así como hay que interpretar dicha cláusula” (FJ 6°).

En el último motivo de impugnación se aduce que se ha hecho un uso inadecuado de la discrecionalidad, por no haberse valorado la conveniencia del contrato para los intereses públicos. Según el tribunal, “en realidad, lo que pretenden los recurrentes es sustituir su apreciación personal sobre la de la Administración, sin una adecuada fundamentación y prueba sobre los extremos que invocan. De lo que resulta del expediente y de los autos, no puede inducirse que los intereses públicos que se mencionan en el escrito de demanda, como superiores a los tenidos en cuenta en la operación, son prevalentes (...). En materia de discrecionalidad, a falta de una prueba que no se ha solicitado sobre estos extremos, la Sala sólo tiene la facultad de examinar si el acto se ha realizado conforme a los principios del derecho, a los fines que lo justifican, y a los hechos determinantes. A partir de estos elementos de control, y en ausencia de otros no aportados por las partes, no puede decirse que el acto sea ilegal o que haya incurrido en desviación de poder” (FJ 7°).

7. SALVAMENTO MARÍTIMO

A) Congruencia. Presunción de acierto de las resoluciones del Tribunal Marítimo Central

La STS de 18 de noviembre de 2003, Ar. 546 de 2004, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una empresa armadora (Aktieselskabet Dampskisselskabet Svendborg y Dampskibsselskabet AF 1912 Aktieselskab) contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2000, que desestima los recursos contencioso-administrativos interpuestos, desde posiciones contrapuestas, por la citada empresa armadora y por Remolcadores de Puerto y Altura, SA, contra la resolución del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada de 22 de mayo de 1995. Esta resolución estimó parcialmente el recurso de alzada planteado contra la resolución dictada por el Tribunal Marítimo Central de 27 de septiembre de 1994, con motivo del servicio prestado por el remolcador Nervio al buque de bandera danesa Robert Maerks.

La resolución del Almirante Jefe incrementa el importe de la indemnización debida en concepto de premio por el salvamento realizado y que había sido fijado por el Tribunal Marítimo Central. La parte recurrente en casación funda su oposición a este incremento en los dos siguientes motivos: la existencia de incongruencia y la vulneración de la presunción de acierto de las resoluciones del Tribunal Marítimo Central.

En relación con el primer motivo, el TS recuerda su propia doctrina y la del Tribunal Constitucional en materia de congruencia.

Respecto a su propia doctrina, con cita de numerosas sentencias, recuerda la existencia de diferentes clases de incongruencia (omisiva, por defecto o por silencio; positiva o por

exceso, y mixta o por desviación), así como los requisitos que son precisos y los que no lo son para que concurra. Se afirma, de entrada, que “no incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando por qué no se concede el exceso”. Por otro lado, se afirma que la congruencia “no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas y los motivos en que éstas se fundan”. Concluyendo la sentencia que “el principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes” (FJ 3º).

La doctrina constitucional sobre congruencia se halla contenida en las sentencias citadas en el FJ 4º. Añade este mismo fundamento que, “con arreglo a esta doctrina, para apreciar lesión constitucional por incongruencia, que consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, debe distinguirse (...) entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras, puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor”. Y termina la sentencia definiendo la llamada “incongruencia por error” como “un supuesto en el que no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado”.

El primer motivo es rechazado: “la aplicación de la jurisprudencia sobre incongruencia al caso examinado conduce (...) a la evidencia de que la sentencia de instancia no incurre en la incongruencia denunciada” (FJ 7º).

El motivo segundo de casación es la infracción de la jurisprudencia que establece el principio de presunción de acierto de las resoluciones del Tribunal Marítimo Central, fundada en la preparación técnica y especialización de sus miembros que, por lo demás, son ajenos a los intereses de las partes. En relación con este motivo, el TS recuerda su propia doctrina, contenida, principalmente, en la STS de 10 de febrero de 1998. De esta jurisprudencia se infiere que: “A) La presunción de acierto de las resoluciones administrativas sobre remuneración en materia de salvamento cede ante elementos de juicio que demuestren una errónea apreciación de los supuestos fácticos o, en otros términos, una falta de apreciación en forma o modo conveniente de los hechos o circunstancias del tema discutido o el desconocimiento del principio de proporcionalidad. B) La demostración de la existencia de un defecto de apreciación o en la aplicación del principio de proporcionalidad ha de referirse a la resolución de la Administración. En consecuencia, en el caso de que la resolución que agota la vía administrativa modifique la dictada por el Tribunal Marítimo, los razonamientos de ésta podrán hacerse valer para demostrar dicho error de apreciación, pero no pueden prevalecer por sí mismos frente al criterio del órgano de alzada. La referencia legal a la competencia del Tribunal Marítimo Central, que fundamenta la presunción de acierto de sus decisiones, incluye lógicamente la que corresponde al órgano de alzada en virtud del sistema de recursos previsto en el art. 46 de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos

y extracciones marítimos. C) Finalmente, la indemnización fijada por la Administración no sólo puede ser objeto de moderación, sino también de incremento, en función de las pretensiones de las partes” (FJ 9º).

El TS estima que “la sentencia de la Audiencia Nacional se ajusta a esta interpretación jurisprudencial” y, en consecuencia, rechaza también este segundo motivo de casación (FFJJ 9º y 10º).

B) Congruencia. Equiparación de la declaración de incompetencia improcedente a los defectos de forma

La STS de 25 de noviembre de 2003, Ar. 550 de 2004, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Wing Son Navigation Co., SA, contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2000, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esa misma empresa contra la resolución del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada de 22 de febrero de 1999. Esta resolución estimó parcialmente el recurso ordinario planteado contra la resolución dictada por el Tribunal Marítimo Central el 22 de febrero de 1998, con motivo del servicio prestado por el remolcador Ría de Vigo al buque de bandera panameña Wing Son.

La resolución del Tribunal Marítimo Central deja de calificar la asistencia prestada por el remolcador al buque por entender que no le corresponde fijar remuneración o precio por dicho servicio, ya que estuvo pactado de antemano. Esta resolución equivale a una declaración de que los hechos no están sometidos al ámbito de su jurisdicción, derivada del objeto regulado en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos, fundada en la existencia de un previo contrato de remolque que se entiende aplicable. Por su parte, la resolución dictada por el Almirante Jefe anula la resolución recurrida en alzada, por entender que los hechos están comprendidos dentro del ámbito objetivo de la citada ley, ya que el contrato de remolque no afectaba al remolcador de la empresa reclamante.

La cuestión planteada ante el TS se centra en determinar si el órgano que resolvió en alzada actuó correctamente al ordenar la retroacción de las actuaciones, con objeto de que se dictara una nueva resolución por el Tribunal Marítimo Central o, por el contrario, como pretende la parte recurrente, debió resolver sobre el fondo del asunto, calificando los hechos y fijando la indemnización procedente. De manera coherente con lo expuesto, el recurrente alega como único motivo de su recurso de casación que la resolución dictada en alzada y la sentencia de la Audiencia Nacional incurren en incongruencia, porque no resuelven el fondo del asunto de conformidad con las pretensiones de las partes y no resuelven todas las cuestiones planteadas por los interesados.

El TS afirma que la resolución del Tribunal Marítimo Central constituye una declaración de incompetencia administrativa que equivale, a todos los efectos, a los defectos de forma: “Esta Sala (...) entiende que la resolución dictada en la primera instancia administrativa, cualquiera que sean los términos empleados, tiene (...) el sentido de una declaración

de incompetencia administrativa para resolver sobre el asunto. La declaración de incompetencia que no se ajusta a la Ley tiene el mismo valor y produce efectos similares a los defectos de forma que privan al acto administrativo de los elementos indispensables para alcanzar su fin o producen indefensión (art. 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas), puesto que impide al interesado obtener una resolución administrativa que resuelva sus pretensiones por motivos ajenos al fondo de su reclamación”. Y añade, tras reproducir el contenido del art. 113.2 de la Ley 30/1992, “que cuando el órgano que resuelve el recurso administrativo aprecia un defecto de forma en el acto recurrido (situación equiparable a la declaración de incompetencia improcedente) debe valorar si estima o no procedente resolver sobre el fondo, en función de la existencia de elementos de juicio adecuados para ello en el procedimiento. En el caso de no estimar procedente hacerlo, debe retrotraer el procedimiento” (FJ 5º).

Prosigue la sentencia negando “que la retroacción del procedimiento produzca indefensión, pues la nueva resolución administrativa dictada en la instancia puede ser objeto de nuevo recurso ordinario y de recurso contencioso-administrativo”. Concluyendo que la Audiencia Nacional “no resuelve en contra de esta interpretación cuando afirma que el órgano decisorio no incurre en incongruencia al estimar en parte el recurso con el fin de que el inferior jerárquico asuma la competencia que le corresponde y se pronuncie sobre el fondo de la cuestión planteada” (FJ 6º).

8. SECTOR ELÉCTRICO

A) Cesión de línea eléctrica

La STS de 5 de febrero de 2004, Ar. 747, declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por “Industrias Pecuarias de los Pedroches, SA”, contra la Sentencia de 8 de junio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Esta última sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad citada contra la resolución de 15 de diciembre de 1995 de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo de la Junta de Andalucía que, a su vez, confirmaba en vía administrativa la resolución de 17 de julio de 1995 de la Delegación Provincial en Córdoba de esa Consejería.

En breve, los hechos son los siguientes. Tanto la sociedad recurrente como “Eléctrica Latorre, SL” son empresas distribuidoras de energía eléctrica. La recurrente tenía la condición de empresa suministradora del Grupo de Electrificación Rural “La Cigüeñela” y del Vertedero de la Diputación Provincial de Córdoba, ambos centros situados en el término municipal cordobés de Dos Torres. El Grupo “La Cigüeñela”, que construyó y tenía en propiedad una línea eléctrica de alta tensión y varias de baja tensión, cedió sus líneas a “Eléctrica Latorre”, a cambio de determinadas contrapartidas. Por su parte, la Diputación Provincial construyó las líneas de abastecimiento de energía al Vertedero de Residuos y acordó igualmente cederlas a la distribuidora “Eléctrica Latorre”.

“Industrias Pecuarias de los Pedroches” considera ilegal la cesión de las instalaciones eléctricas a favor de “Eléctrica Latorre” por ser la primera la empresa suministradora. La respuesta de la Administración, en las dos resoluciones indicadas, confirmada su corrección por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, consistió en destimar la solicitud formulada por no ser competencia de la Administración entrar a conocer la legalidad de la cesión de las instalaciones eléctricas entre particulares, por tratarse de contratos de carácter privado cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil.

El recurso de casación se fundamenta en la presunta infracción de los arts. 23 y 27 del Reglamento de Acometidas Eléctricas, aprobado por el Real Decreto 2949/1982, de 15 de octubre. En el primero de ellos se reconoce que “las instalaciones de extensión quedarán de propiedad de las empresas eléctricas, quienes deberán atender a su explotación y mantenimiento”. El TS desestima este motivo recordando que fueron el Grupo “La Cigüeñela” y la Diputación Provincial de Córdoba quienes construyeron y eran propietarios de las líneas eléctricas, razón por la cual pudieron cederlas a “Eléctrica Latorre”.

En el segundo de los artículos, por último, se establece que “las discrepancias, dudas o interpretaciones de las normas y principios de este Real Decreto y su Reglamento serán resueltas por los correspondientes organismos competentes del Ministerio de Industria y Energía en cada caso concreto o por el órgano competente del ente autonómico que le sustituya”. Con base en este precepto, la parte actora acusa a la Administración andaluza de “dejación de sus competencias”. La sentencia, sin embargo, rechaza también este motivo: “Sin necesidad de extendernos en este momento sobre los perfiles de la intervención administrativa propiciada por aquel precepto y sobre cuál sea la eficacia de las resoluciones, más o menos interpretativas, dictadas a su amparo, lo cierto es que (...) ha de tenerse en cuenta que la Administración sí dio respuesta (que es lo que exige el art. 27 citado) a la solicitud que se le había dirigido en cuanto a los extremos de ésta que contenían un componente no propiamente privado” (FJ 4º).

B) Puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica

La STS de 9 de febrero de 2004, Ar. 787, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un conjunto de empresas distribuidoras de energía eléctrica contra determinados preceptos del Real Decreto 385/2002, de 26 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 2018/1997, de 26 de diciembre, que aprobó el Reglamento de Puntos de Medida de los Consumos y Tránsitos de Energía Eléctrica.

Los primeros preceptos impugnados son los arts. 9.2.c) y 26.1.a), en cuanto a la obligación de asunción por parte de las empresas distribuidoras de energía eléctrica, para los casos de clientes cualificados, de los costes de comunicaciones y de lectura. El TS recuerda que los motivos que sustentan esta impugnación fueron ya mantenidos con anterioridad y desestimados por la STS de 24 de noviembre de 2003, remitiéndose a los razonamientos contenidos en esta sentencia.

En segundo lugar, los actores impugnan también el art. 30, en cuanto establece el régimen sancionador. Impugnación que es igualmente rechazada. En este caso, por entender el tribunal que el recurso ha perdido su objeto en este punto, habida cuenta que la citada STS de 24 de noviembre de 2003 ya declaró la nulidad de este precepto, por infracción del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la Constitución: “Y tal como esta sala jurisdiccional ha afirmado de modo reiterado (...), siendo el recurso directo contra disposiciones generales un instrumento procesal que tiene como finalidad la de eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias a derecho, y no tanto la de resolver acerca de las pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica entre el recurrente singular y la Administración, aquel recurso pierde su sentido cuando, al tiempo de dictar la sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico. Que es exactamente lo que ocurre en el caso de autos” (FJ 5º).

9. TABACOS

A) Estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre

La STS de 3 de febrero de 2004, Ar. 890, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la titular de una expendeduría de tabacos de carácter especial instalada en el interior del Edificio Administrativo de Servicios Múltiples de Almería, contra el párrafo tercero del art. 42.2 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre.

El precepto impugnado establece que: “Las expendedurías especiales e interiores existentes a la entrada en vigor de la Ley 13/1998 no podrán suministrar a puntos de venta con recargo distintos de los ubicados en el recinto en que la expendeduría está sita. Respecto de las expendedurías de los tipos indicados que se provean a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley, los correspondientes pliegos de condiciones establecerán disposiciones expresas respecto a las posibilidades de suministro, o no, a puntos de venta con recargo. En caso de duda, discrepancia o falta de señalamiento de la expendeduría de suministro, de negativa injustificada al suministro o prestación deficiente del servicio, el Comisionado designará la expendeduría más cercana”.

La parte recurrente funda su pretensión en los siguientes cinco motivos, todos ellos desestimados por la sentencia. Se recuerda la existencia de tres previas sentencias del mismo tribunal, todas ellas de fecha 18 de junio de 2001, en la que también se rechazan las respectivas impugnaciones del mismo art. 42.2, párrafo tercero.

De entrada, en la “infracción del art. 62.2 de la Ley 30/1992, porque en la Ley 13/1998 no existe ningún artículo que limite o prohíba a las expendedurías especiales la venta a puntos de venta con recargo, siendo el Reglamento el que la establece traspasando los límites de la Ley”. El tribunal rechaza este primer motivo con base en la siguiente triple argumentación. En primer lugar, en la existencia de una habilitación legal suficiente (Ex-

posición de Motivos, Disposición Final Primera y Disposición Adicional Séptima de la Ley 13/1998). A lo que debe añadirse, en segundo lugar, “que se está en presencia de una situación de sujeción especial, tradicionalmente reservada, según entiende la doctrina y la jurisprudencia, a la regulación administrativa”. Y, finalmente, se destaca que esa misma prohibición “ya se recogía en la normativa anterior, y, en concreto, en el art. 13.2 del Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre (...), con lo que no se ha variado en este extremo el régimen jurídico que implícitamente se ha aceptado por la recurrente durante gran parte del tiempo de vigencia de su concesión” (FJ 2º).

El segundo motivo esgrimido por la parte recurrente es la “arbitrariedad del precepto porque no justifica la desigualdad de tratamiento entre unos titulares de expendedorías y otros”. Motivo igualmente rechazado por la sentencia: “Las expendedorías especiales tienen sus propios consumidores constituidos por los funcionarios que trabajan en el edificio y por los ciudadanos que van a resolver sus asuntos oficiales al recinto u organismo en que están instaladas. Es lógico pensar que el que se presentó al concurso para obtener una de estas expendedorías ya calibró la rentabilidad que estos consumidores le iban a proporcionar, que además representaba un público estable, a diferencia de las otras expendedorías generales sometidas a los abatares del fluir de las poblaciones en el punto en que se sitúan”. Y concluye: “Con base en lo anteriormente razonado, cabe señalar que no puede invocarse una discriminación, cuando ésta es objetiva y razonable, y cuando, además no se da una situación de igualdad entre las situaciones enfrentadas, ya que el distinto régimen que se establece para una y otra clase de expendedorías, generales y especiales, con diferentes requisitos, ubicación, y efectos, permite hablar de categorías desiguales, en la que no es aplicable el derecho a la igualdad reconocido en el art. 24 de la Constitución” (FJ 3º).

El tercero de los motivos alegados, en estrecha ligazón con el anterior, es la “discriminación, pues la prohibición no se extiende a los que obtengan una expendedoría de este tipo con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley”. Se rechaza la existencia de discriminación en la sentencia, afirmándose que “serán los pliegos de condiciones los que podrán establecer dicha prohibición, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Bien es verdad, que cabe la posibilidad de que en los mismos se abra la puerta a esta forma de venta a vendedores con recargo, pero dado el carácter de excepción al régimen general de prohibición, ello tendrá que justificarse adecuadamente en cada supuesto y por circunstancias muy especiales, para evitar que el sistema común pueda transformarse en excepción y a la inversa la excepción en régimen común” (FJ 3º).

En cuarto lugar, el recurso se funda en la “irregularidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque se hubiera debido aprovechar para determinar qué criterios se emplearán para permitir o denegar la venta a puntos de venta con recargo”. Pero, según la sentencia, la no fijación de esos criterios “no afecta a la ilegalidad de la norma, en primer lugar, porque los remite a cada caso concreto, en segundo término, porque dada la variedad de circunstancias que pueden concurrir, es difícil, cuando no imposible, fijar *a priori* esos criterios, y en último término, porque la ilegalidad de la norma no puede derivarse de lo que no dice sino de lo que expresamente regula” (FJ 3º).

El último motivo del recurso es la “infracción de la regulación que sobre monopolios fiscales contiene el art. 86.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, porque se trata de una medida no exigida para el funcionamiento correcto del monopolio”. Motivo que “también debe rechazarse (...), porque no se especifica ni razona en qué medida la prohibición contraría la regulación que de los monopolios fiscales se contiene en el Tratado Constitutivo. Además, no parece inducirse de ella que perturbe la competencia o los intercambios comerciales, que es esencialmente lo que trata de evitar el art. 86.2 del mismo” (FJ 3º).

B) Revocación de concesión administrativa de expendedoría de tabacos

La STS de 10 de febrero de 2004, Ar. 820, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el titular de una expendedoría de tabacos contra la Sentencia de 3 de diciembre de 1998 de la Audiencia Nacional. Esta sentencia desestimó el recurso interpuesto por esa misma persona contra una resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de noviembre de 1994 que, a su vez, confirmaba en vía administrativa la resolución de 8 de junio de 1994 de revocación de la concesión administrativa de la expendedoría de tabacos, por la comisión de la infracción muy grave del art. 28.3 del Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, regulador de las actividades de importación y comercio mayorista y minorista de labores de tabaco, consistente en “la cesión de la expendedoría en forma ilegal, así como la asociación con otra u otras personas para explotarla en común o compartir el beneficio que reporte”.

La parte actora, en su único motivo de casación, admite los razonamientos de la sentencia impugnada consistentes en que las normas de procedimiento aplicables al expediente incoado son las contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Ahora bien, critica que esa misma sentencia la extienda “a la aplicación de un concepto tan absolutamente capital en la materia como es la caducidad que, por su propia naturaleza, borra o suprime los efectos de la propia infracción”. Y añade el recurrente: “La Disposición Transitoria Única del RD 1398/1993 no es contradictoria con la del RD 1394/1993, que en su número primero dispone que los procedimientos sancionadores iniciados con anterioridad a su entrada en vigor se resolverán de acuerdo con la normativa anterior, pero su número tercero establece que los procedimientos a que se refiere el apartado primero deberán ser resueltos en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del reglamento que se aprueba por el presente RD, entendiéndose caducadas por el transcurso de treinta días desde el vencimiento de este plazo de seis meses sin haberse dictado la resolución” (FJ 2º).

El TS rechaza este motivo, “porque dada la especificidad de la materia que es propia de las expendedorías de tabacos, ha de considerarse de preferente aplicación sobre lo dispuesto en el RD 1398/1993, cuyo art. 1.1 deja fuera de su ámbito aplicativo a los “procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas” respecto de los cuales únicamente tendrá el carácter de norma subsidiaria en lo no previsto en aquéllas. De acuerdo con esto, ha de aplicarse lo establecido en la Disposición Transitoria Única del RD 1394/1993, que regula el procedimiento sancionador en el Monopolio de Tabacos, que, sin ningún tipo de distinción, indica que la tramitación de los procedimientos

sancionadores regulados en el presente Real Decreto que hubieran sido incoados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del mismo continuará rigiéndose por los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958”. Y concluye la sentencia: “Entre las normas de tramitación se encuentran las relativas a los plazos en que deben dictarse las resoluciones administrativas, por lo que el instituto de la caducidad está íntimamente ligada a ellos, no siendo posible la escisión que se pretende por el recurrente; máxime, cuando, como ocurre en el caso presente, la revocación, a la par que una sanción, es un efecto ligado a la concesión, cuya naturaleza contractual es evidente, de tal forma que al incumplimiento de condiciones por parte del adjudicatario puede ligarse esa consecuencia extintiva de la relación que es posible ejercitarse por parte del concedente durante la vigencia del contrato mientras la causa subsista o haya transcurrido el plazo de prescripción. De otra forma, en el caso presente, se vulneraría el carácter intuitu persona que tiene este tipo de concesiones, alterándose el sistema de transmisiones de las expedienturías que viene regulado en el art. 24 del RD 2738/1986” (FJ 2º).

10. TELECOMUNICACIONES

A) Servicio de telecomunicaciones por cable

La STS de 9 de diciembre de 2003, Ar. 667 de 2004, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don C.A., titular de una red de televisión por cable local en Sevilla, contra la sentencia dictada el 10 de marzo de 1998 por la Audiencia Nacional. Esta sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Ministerio de Fomento de 28 de febrero de 1997, que aprueba el Pliego de bases administrativas y condiciones técnicas que rigen el concurso público para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Sevilla y contra la Orden Ministerial de 8 de abril de 1997, por la que se dispone la publicación del Pliego antes citado y la convocatoria del concurso público para la adjudicación de la concesión para la prestación del mencionado servicio público en la demarcación sevillana.

El recurso de casación se fundamenta en los siguientes motivos. El primero de ellos es la presunta vulneración, por las Órdenes impugnadas, de los arts. 1.2, 3 y 4 de la Directiva 95/51/CEE, de la Comisión, de 18 de octubre de 1995, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE, con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados. Del mismo modo, se considera también vulnerado el art. 86 del Tratado de la Unión Europea, por cuanto las Órdenes Ministeriales, al aprobar el pliego de bases y aprobar la convocatoria del correspondiente concurso, están sujetando a concesión administrativa la actividad de televisión por cable y, por tanto, están imponiendo restricciones a su libre ejercicio.

El segundo motivo de casación se basa en la infracción del art. 53.1 de la Constitución, en relación con el art. 20.1 del mismo texto, por cuanto las reiteradas Órdenes Ministeriales,

así como el pliego de bases a que hacen referencia, suponen de hecho una restricción al contenido esencial del derecho a la libre expresión y comunicación que tiene el recurrente como titular de una red de televisión por cable en Sevilla, en cuanto que, al sujetar la actividad de televisión por cable a concesión administrativa, se están imponiendo unas condiciones de imposible cumplimiento para los titulares de pequeñas redes de televisión por cable locales, limitando el ejercicio de la citada actividad al concesionario y a Telefónica de España, SA. Como subraya el recurrente, de lo que se está hablando es de pequeñas y medianas redes de televisión por cable, que en su día fueron calificadas como “vídeos domésticos”, integradas en empresas de carácter familiar y cuyo objeto era informar de todos aquellos acontecimientos que ocurren en la vida política, social y cultural de su municipio.

El tercero y último de los motivos en los que se funda la impugnación es la presunta vulneración del art. 2.2 de la Directiva 96/19/CEE, de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE, en lo relativo a la instauración de la plena competencia en el Mercado de las Telecomunicaciones, y los arts. 4, 5, 7, 8, 9 y 25 de la Directiva 97/13/CEE, 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.

El TS, en su sentencia, analiza extensamente cada uno de los motivos alegados para rechazarlos, declarando, consecuentemente, no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

B) Ordenanza municipal sobre instalación de antenas

La STS de 15 de diciembre de 2003, Ar. 326 de 2004, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Telefónica Servicios Móviles, SA, contra la Sentencia de 14 de julio de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Esta sentencia se limitó a anular algunas de las expresiones utilizadas en el art. 14 de la Ordenanza municipal sobre instalación de antenas en Las Palmas de Gran Canarias de 26 de septiembre de 1997, declarando ajustado a derecho el resto de su articulado.

La primera cuestión que se discute en la sentencia es la competencia normativa de los Ayuntamientos en relación con la instalación de antenas de telefonía móvil. El TS llega a las dos siguientes conclusiones. Primera: “La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de “calas y canalizaciones” o instalaciones en edificios (...), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (...), ordenación del tráfico de vehículos

y personas en las vías urbanas (...), protección civil, prevención y extinción de incendios (...), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (...), protección del medio ambiente (...), patrimonio histórico-artístico (...) y protección de la salubridad pública”. Y, como segunda conclusión: “El ejercicio de dicha competencia municipal, en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos, no puede entrar en contradicción con el ordenamiento, ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar” (FJ 3º).

La segunda cuestión planteada es la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas reglamentarias y, en concreto, por las Ordenanzas municipales. Según el tribunal, esa utilización “es no sólo posible y constitucionalmente lícito, sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”. Y añade: “En definitiva, supone una técnica en la que, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado ‘halo o zona de incertidumbre’, en relación con el cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva, supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de los conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse, en cada caso, si concurre o no el supuesto determinante, según la previsión de la Ordenanza, de la procedencia de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables, de una determinada actividad” (FJ 3º).

Se plantea también la posibilidad de establecer un plan técnico para la autorización de la instalación de las antenas de telefonía móvil. Según la sentencia, la exigencia de ese plan “se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales (...). Con este objetivo, no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento” (FJ 3º).

Otro de los motivos de la impugnación se dirige contra la limitación temporal de las licencias que otorgue el Ayuntamiento a dos años. Según la parte recurrente, la Ordenanza vulnera, en este punto, los preceptos de rango superior que no establecen dicho límite temporal. No obstante, este motivo es también rechazado por el tribunal: “Es cierto que

el art. 15.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que las licencias relativas a instalación tienen vigencia mientras subsista ésta; pero también lo es que la normativa sectorial puede limitar el plazo de ciertas licencias. Y, en el presente caso, la temporalidad que contempla el precepto de la Ordenanza no es incompatible con el régimen de la clase de licencia de que se trata, que permite determinaciones accesorias, como es la que constituye el señalamiento de un determinado plazo de vigencia, siempre que estén previstas en la correspondiente disposición general, y resulten adecuadas al cumplimiento de la finalidad a que responde el acto de intervención administrativa. En la previsión normativa examinada, tal adecuación resulta evidente por la necesidad de que las instalaciones de antenas existentes sean compatibles con la normativa urbanística y conservación del patrimonio artístico. En el bien entendido que la renovación de tales licencias, a que se refiere el propio precepto de la Ordenanza, está sujeta a los mismos condicionamientos reglados que los que preside su inicial otorgamiento” (FJ 4º).

El último motivo de casación es la presunta infracción de las normas que consagran el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, en tanto que, a juicio del recurrente, la Ordenanza “establece la posibilidad de aplicar con carácter retroactivo la misma licencia concedida con anterioridad” (FJ 2º). Este motivo es también desestimado por el tribunal. En primer lugar, porque “no se trata de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derecho, en el sentido estricto en que acoge este concepto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Y, en segundo término, porque estamos ante un supuesto de “retroactividad de grado mínimo” (en contraposición a las de grado máximo y medio), que “es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas” (FJ 5º).

11. TRANSPORTES

A) Transporte urbano colectivo de viajeros. Modificación del servicio y coincidencia de la nueva línea con otra ya concedida

Como consecuencia de las modificaciones operadas en la línea del servicio de transporte urbano colectivo de viajeros de la ciudad de Pamplona, se produjo la coincidencia de una nueva línea con otra anterior ya concedida.

La entidad titular de la primera concesión recurrió el acuerdo municipal y obtuvo en primera instancia la anulación de dicho acuerdo en aplicación de la normativa foral en materia de transportes. No obstante, la sentencia denegó la petición de indemnización de daños y perjuicios por los daños sufridos por sustracción de viajeros.

La recurrente impugnó la sentencia de primera instancia en relación a este segundo punto, al estimar que se vulneró la ley jurisdiccional que obliga a fijar en la sentencia las bases sobre las que calcular la indemnización.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 20 de enero de 2004**, Ar. 877, estimó este argumento. Entiende el Tribunal que la nulidad del acuerdo impugnado comportó una lesión no soportable y que la Sala poseía los elementos fácticos suficientes para establecer las bases para determinar en ejecución de sentencia la cuantía de la indemnización. Consecuentemente casó la sentencia, reconoció el derecho del recurrente a la indemnización y fijó las bases para el cálculo de su cuantía.

B) Taxi

a) Tarifas. Control por la Comunidad Autónoma

La **STS de 26 de enero de 2004**, Ar. 825, se enfrenta de nuevo con la temática relativa a la fijación de las tarifas del servicio de taxis por la Administración local titular del servicio y las facultades de su control por el órgano regional competente en materia de política de precios.

La sentencia que comentamos reitera la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2001, Ar. 1028, y de 1 de abril de 2003, Ar. 3602, y tras recordar la distinción entre tarifas y tasas, reitera que la potestad tarifaria local está sujeta en su ejecución a la normativa sobre política de precios.

Consecuentemente desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia que declaró la nulidad del acuerdo municipal en tanto prescindió del trámite de solicitud de autorización de incremento de precios ante la Comisión de Precios de Euskadi.

b) Concurso para concesión de licencia

El Tribunal Supremo, en su **STS de 3 de diciembre de 2003**, Ar. 551 de 2004, casa la sentencia impugnada y falla a favor de la nulidad del Acuerdo municipal por el que se crearon nuevas licencias de autotaxi y se aprobó el Pliego de Bases que debía regir la adjudicación.

Los motivos para estimar el recurso y acordar la nulidad de los acuerdos impugnados se centran en la existencia de vicios graves de procedimiento. De forma particular se pone de relieve la falta de audiencia a las Asociaciones del sector, una de las cuales es la entidad recurrente. Acreditada esta falta de audiencia se añade que el trámite de información pública no puede convalidar este vicio procedimental.

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN Y GALÁN
JOSEP MOLLEVI I BÓRTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) Autorización precisa para la comercialización de biocidas como las tabletas de madera de cedro rojo con propiedades naturales antipolilla. B) Información veraz sobre la salud proporcionada mediante la publicidad y etiquetado de productos alimenticios. **2. Deporte.** A) Naturaleza jurídico-pública del acto de determinación de las fechas y horarios de los encuentros del Campeonato Nacional de Liga de Fútbol. B) Retransmisión televisiva de acontecimientos deportivos con aparición de vallas publicitarias de bebidas alcohólicas. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Extinción de autorización para Centros de Formación Profesional Específica. **4. Extranjeros.** A) Permiso de trabajo y de residencia. B) Expulsión. C) Asilo y condición de refugiado. D) Extradición. E) Nacionalidad. **5. Sanidad.** A) La fijación de las prestaciones farmacéuticas y su financiación pública es competencia estatal. B) Legalidad de la Orden Ministerial que regula la prescripción y dispensación de fórmulas magistrales y preparados oficinales para tratamientos peculiares (antiobesidad).

1. CONSUMO**A) Autorización precisa para la comercialización de biocidas como las tabletas de madera de cedro rojo con propiedades naturales antipolilla**

La STJCE de 15 de julio de 2004, as. C-443/02, resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal italiano sobre la necesidad de obtener autorización previa para la comercialización en Italia de un producto natural que contiene biocidas. Al respecto, recuérdese que el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/8, entiende por “biocidas” las “sustancias activas y preparados que contienen una o más sustancias activas, presentados en la forma en que son suministrados al usuario, destinados a destruir, contrarrestar, neutralizar, impedir la acción o ejercer un control de otro tipo sobre cualquier organismo nocivo por medios químicos o biológicos”.

Las tabletas de cedro como las controvertidas en el procedimiento principal deben ser consideradas “biocidas” en el sentido de la Directiva 98/8 y, según el tercer considerando de esta Directiva, los biocidas pueden implicar riesgos de distinto tipo para los hombres,

los animales y el medio ambiente, debido a sus propiedades intrínsecas y a los modos de utilización correspondientes, exigiéndose una autorización previa a su comercialización que responde a objetivos de protección de la salud pública. Así, debe indicarse que el régimen de autorización previa controvertido en el procedimiento principal guarda proporción, según el Tribunal de Justicia, con el fin legítimo perseguido. En efecto, aunque hay que reconocer que las tabletas de madera de cedro como las controvertidas pueden ser comercializadas en Alemania sin autorización ni registro previo, el hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas.

En estas circunstancias, un régimen que supedita a autorización previa la comercialización de tabletas de madera de cedro rojo con propiedades naturales antipolilla debe ser calificado de medida de efecto equivalente contraria al artículo 28 CE. No obstante, dado que tal régimen corresponde al nivel de protección de la salud pública, que el Estado miembro de que se trata desea garantizar en relación con la comercialización de todo producto biocida, y que no es desproporcionado con este objetivo, se le puede considerar justificado con arreglo al artículo 30 CE.

B) Información veraz sobre la salud proporcionada mediante la publicidad y etiquetado de productos alimenticios

La STJCE de 15 de julio de 2004, as. C-239/02, resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal belga en la que, en primer lugar, se cuestiona la denominación del producto. El Tribunal de Justicia señala que el artículo 2 de la Directiva 1999/4 no prohíbe que se haga figurar una denominación de fantasía o una marca de comercio, además de una denominación de venta obligatoria. Tal prohibición limitaría la información de los consumidores sobre las características de los productos de que se trata en el asunto principal e iría en contra de uno de los objetivos enunciados en el sexto considerando de la Directiva 2000/13. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que el artículo 2 de la Directiva 1999/4 debe interpretarse en el sentido de que, al comercializar los productos mencionados en el anexo de esta Directiva, no se descarta que puedan utilizarse otras denominaciones, como un nombre comercial o de fantasía, además de las denominaciones de venta.

Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente pide, esencialmente, que se dilucide si el artículo 28 CE, así como el artículo 18, apartados 1 y 2, de la Directiva 2000/13 se oponen a una normativa nacional que prohíba las referencias al “adelgazamiento” y a las “recomendaciones, certificados, declaraciones o dictámenes médicos o a declaraciones de homologación” en el etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimenticios. De la resolución de remisión se desprende que el Real Decreto de 17 de abril de 1980 de Bélgica prohíbe utilizar las indicaciones controvertidas no sólo en la publicidad de los productos alimenticios sino también en su etiquetado. Al respecto el Tribunal de Justicia indica que una prohibición absoluta de hacer constar en el etiquetado y publicidad de los productos alimenticios determinadas indicaciones relativas al adelgazamiento

o a recomendaciones médicas sin que se examine, caso por caso, su posibilidad efectiva de inducir a error al comprador, daría lugar a que los productos alimenticios que llevaran tales indicaciones no pudieran ser libremente comercializados en Bélgica, ni siquiera en el supuesto de que éstas no fueran engañosas.

Por lo tanto, tal medida excedería de lo que es necesario para alcanzar el objetivo de protección de los consumidores contra los fraudes y, por ende, no estaría justificada en virtud del artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2000/13. Por otra parte, en el caso de que las menciones de que se trata estén científicamente fundadas, proporcionan a los consumidores una información pertinente, que puede precisamente inducirles a adquirir y a consumir el producto o a disuadirles de ello. Por último, en lo que atañe a la posible dificultad de comprobar, en determinados casos, el carácter engañoso de una indicación, procede señalar que, en toda situación de duda, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales formarse su propia opinión tomando en consideración las expectativas que presumiblemente tiene un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia decide que en el etiquetado y publicidad de los productos alimenticios, la Directiva 2000/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida, que prohíbe, en el etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimenticios, las referencias al “adelgazamiento” y a las “recomendaciones, certificados, declaraciones o dictámenes médicos o a las declaraciones de homologación”.

2. DEPORTE

A) Naturaleza jurídico-pública del acto de determinación de las fechas y horarios de los encuentros del Campeonato Nacional de Liga de Fútbol

La STS de 2 de marzo de 2004, Ar. 2405, rechazando las causas de inadmisibilidad alegadas, desestima el recurso de casación interpuesto por el Real Club Deportivo de La Coruña, en origen contra el Acuerdo del Consejo Superior de Deportes de 12 de mayo de 1994, desestimatorio del recurso formulado contra Resolución del Comité de Competición y Disciplina de la Real Federación Española de Fútbol de 9 de mayo de 1994 por la que se fijan las fechas y horarios de los encuentros correspondientes a la última jornada del Campeonato Nacional de Liga Fútbol. Al efecto el Tribunal Supremo hilvana su argumentación con los siguientes puntos:

a) La Ley 10/1990, de 15 de octubre, reguladora del deporte, contiene en su artículo 30 la previsión de que las Federaciones Deportivas españolas son entidades cuyo ámbito de actuación se extiende en desarrollo de las competencias que les son propias y, entre ellas, el apartado a) del artículo 33 otorga a las mismas la función de calificación y organización, en su caso, de las actividades y competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal. El artículo 41 señala que son competencias de las Ligas profesionales (dentro del apartado cuarto), además de las que pueda delegarles la Federación Deportiva Española, las relati-

vas a organizar las competiciones en coordinación con la Federación Deportiva Española y de acuerdo con los criterios en garantía exclusiva de los compromisos nacionales e internacionales que pueda establecer el Consejo Superior de Deportes.

b) El Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, contiene el desarrollo reglamentario de los capítulos tercero y cuarto del título tercero de la Ley del Deporte y en el artículo 3.1.a) vuelve a reiterar que las Federaciones Deportivas tienen por misión la calificación y organización de las actividades y competiciones oficiales de ámbito estatal.

c) La Resolución de 10 de febrero de 1993, que contiene los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol, señala en su artículo 5.1.a) que además de las previstas en los artículos precedentes como actividades propias de la Real Federación Española de Fútbol, ejerce ésta bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, entre otras funciones de carácter público y de carácter administrativo, la de calificar y organizar las actividades y competiciones oficiales de ámbito estatal y en el artículo 16 se subraya que la Liga Nacional de Fútbol Profesional organizará sus propias competiciones si bien en coordinación con la Real Federación Española de Fútbol y todo ello se instrumenta a través del Convenio suscrito entre ambos organismos de 2 de diciembre de 1991.

d) El Convenio suscrito el 2 de diciembre de 1991 entre el Presidente de la Real Federación Española de Fútbol y la Liga Nacional de Fútbol Profesional, recoge en la cláusula segunda, apartado b), la competencia de la Real Federación Española de Fútbol para el enjuiciamiento y resolución de las cuestiones de índole competencial y disciplinaria, propias de los partidos de Clubes profesionales, la constitución en el seno de la Real Federación Española de Fútbol de un Comité de Competición compuesto por tres miembros que deberán poseer la titulación de licenciados en derecho, designados, uno, por la Real Federación, otro, por la Liga de Fútbol y el tercero, de mutuo acuerdo entre ambas, desempeñando la presidencia, quien entre ellos designe el que ostente la de la Real Federación Española de Fútbol, siendo las atribuciones del Comité de Competición extendidas a los partidos de 1ª y 2ª División y a cualquier otros oficiales, sea cual fuere el torneo o campeonato de que se trate, en que al menos uno de los dos clubes contendientes estén integrados en la Liga.

e) El Reglamento de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, aprobado en marzo de 1993, señala en el artículo 89, respecto del horario de disputa de los encuentros, que se establece con carácter general los domingos en horario unificado a las 7 horas, entre el período comprendido entre el 1 de mayo de y el 30 de septiembre y a las 5 horas, el resto de las jornadas. La Liga Nacional de Fútbol Profesional fija la fecha y hora de disputa de los encuentros que sean objeto de transmisión por televisión, respetando lo establecido en el Convenio de 2 de diciembre de 1991, pudiendo autorizar, excepcionalmente, el Presidente de la Liga Nacional de Fútbol Profesional el cambio de horario o fecha de disputa por motivos justificados y a petición de su Comité Deportivo. En todo caso, señala dicho Reglamento, se autorizará a disputar el sábado los encuentros previstos para una jornada cuando uno de los equipos contendientes deba disputar eliminatoria de competición eu-

ropea el miércoles siguiente, ello a partir de cuartos de final en cuanto a copa de la UEFA y al comienzo del sistema de Liga en Copa de Europa de Club Campeones. La solicitud, en este caso, de adelantamiento, debe ser efectuada por el Club o sociedad anónima deportiva en los plazos que determine la Liga Nacional de Fútbol Profesional, al inicio de cada temporada, clasificada en competición europea, siendo obligatoria su aceptación por el Club o sociedad deportiva oponente.

Así, la interpretación que se infiere del artículo 89 del Reglamento General de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, frente al criterio de la parte recurrente que estima que únicamente es de aplicación para aquellos Clubes que les interese o convenga y siempre de forma voluntaria y libre, reconoce a los equipos que participen en competiciones europeas adelantar el partido y ganar así un día de preparación para el compromiso internacional y ceñido al ámbito concreto de la cuestión que aquí se examina, como explícitamente reconoce el escrito de oposición de la representación procesal de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, el Barcelona disputaba el miércoles siguiente a la jornada núm. 38 del Campeonato Nacional de Liga la final de la Copa de Europa, dándose la circunstancia de que en la referida jornada 38, que era la última del campeonato, tenía una influencia determinante el resultado que obtuviera el Real Club Deportivo de La Coruña en su encuentro con el Valencia Club de Fútbol, ya que ello era determinante en el resultado final de la competición.

En consecuencia, no puede entenderse que la posibilidad del adelantamiento se deba a una voluntaria y libre decisión del recurrente, puesto que a lo largo de la disputa del Campeonato Nacional de Liga, la Real Federación Española de Fútbol fija con carácter unificado los horarios y fechas de los partidos en que han de participar los equipos, teniendo en cuenta que el resultado final puede tener influencia determinante en la clasificación final sobre la base de las distintas clasificaciones, competiciones europeas, descensos y promociones y si no se hubiera establecido, con carácter unificado, la celebración de los encuentros a disputar por el Fútbol Club Barcelona y el Real Club Deportivo de La Coruña, disputándose el del Fútbol Club Barcelona el sábado 14 de mayo de 1994 y el Real Club Deportivo de La Coruña el domingo 15 de mayo de 1994, este último hubiera gozado de ventaja al conocer previamente el resultado del primero.

En conclusión, los razonamientos precedentes conducen a que la sentencia impugnada aplica correctamente los criterios legales, teniendo en cuenta que se está refiriendo al último partido del campeonato, sin que se pueda considerar tal cuestión de naturaleza jurídico-privada, como se infiere de los artículos 30 y 33 de la Ley 10/1990 del Deporte y 3 del Real Decreto 1835/1991 sobre Federaciones Deportivas, pues en el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentra la organización de las competiciones ante el Consejo Superior de Deportes, se está ante actos sometidos al control jurisdiccional contencioso-administrativo, al tratarse de ejercicio de actuaciones públicas de carácter administrativo, como agentes colaboradores de la Administración.

B) Retransmisión televisiva de acontecimientos deportivos con aparición de vallas publicitarias de bebidas alcohólicas

Dos SSTJCE de 13 de julio de 2004, as. C-262/02 y C-429/02, resuelven recursos interpuestos por la Comisión y Gran Bretaña contra Francia y, una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación francés, respectivamente, en las que el fondo de la cuestión se resume en la determinación de si la legislación francesa que prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas en televisión vulnera la Directiva de radiodifusión televisiva o el principio de libre circulación de emisiones televisivas dentro de la Unión Europea, cuando las imágenes procedan de retransmisiones deportivas celebradas en otro país. Aunque la raíz del tema es similar al caso ya comentado en esta misma sección de la Revista en el núm. 19, los supuestos son distintos.

Así, por ejemplo, la Comisión después de haber requerido a la República Francesa para que presentara sus observaciones, le dirigió, el 21 de noviembre de 1996, un dictamen motivado en el que señalaba que la prohibición de la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas comercializadas en Francia, en la medida en que afecta a la publicidad televisiva indirecta derivada de la aparición en pantalla de vallas visibles durante la retransmisión de acontecimientos deportivos binacionales que tengan lugar en el territorio de otros Estados miembros, le parecía incompatible con la libre prestación de servicios.

El Tribunal de Justicia confirma que el régimen francés de publicidad televisiva constituye una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE, en la medida en que los propietarios de vallas publicitarias deben rechazar, de manera preventiva, cualquier anuncio de bebidas alcohólicas si el acontecimiento deportivo puede retransmitirse en Francia. Además, el mismo régimen impide la prestación de los servicios de difusión de programas televisivos, porque las emisoras francesas deben negarse a emitir cualquier retransmisión de acontecimientos deportivos durante la cual sean visibles vallas publicitarias que anuncien bebidas alcohólicas comercializadas en Francia y, los organizadores de acontecimientos deportivos que se celebren fuera de Francia no pueden vender los derechos de retransmisión a las emisoras francesas si la difusión de los programas televisivos dedicados a estos acontecimientos puede implicar publicidad televisiva indirecta de las citadas bebidas alcohólicas.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia entiende que el régimen francés de publicidad televisiva persigue un objetivo de protección de la salud pública, adecuado para garantizar la realización de tal objetivo, por lo que no acoge las alegaciones presentadas por la Comisión y el Reino Unido para acreditar el carácter desproporcionado del citado régimen.

En resumen, concluye que el artículo 49 CE no se opone a que un Estado miembro prohíba la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas comercializadas en este Estado, en la medida en que afecta a la publicidad televisiva indirecta resultante de la aparición en pantalla de vallas visibles durante la retransmisión de acontecimientos deportivos binacionales que tengan lugar en el territorio de otros Estados miembros.

Asimismo, el Tribunal de Justicia afirma que el artículo 2, apartado 2, párrafo primero, primera frase, de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, no se opone a que un Estado miembro prohíba la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas comercializadas en este Estado, en la medida en que afecta a la publicidad televisiva indirecta resultante de la aparición en pantalla de vallas visibles durante la retransmisión de acontecimientos deportivos binacionales que tengan lugar en el territorio de otros Estados miembros. Esta publicidad televisiva indirecta no debe calificarse de “publicidad televisiva” en el sentido de los artículos 1, letra b), 10 y 11 de la citada Directiva.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Extinción de autorización para Centros de Formación Profesional Específica

La STS de 24 de febrero de 2004, Ar. 1009, puede tener un cierto interés en el ámbito específico a que se refiere. En concreto, se trata de una autorización a la Asociación de Empresarios de Pastelería, Confitería, Bollería, Heladería, Repostería y Platos Cocinados de la Comunidad Autónoma de Madrid, de apertura y funcionamiento del ciclo formativo de grado medio de Técnico en Pastelería y Panadería, otorgada por la correspondiente Orden Ministerial en la que se recogía el requisito previo de la comprobación de que las titulaciones del profesorado y el equipamiento didáctico se ajustaba a las condiciones establecidas. Pues bien, resultó que este último requisito no se llegó a cumplir, aunque tampoco el Centro (y éste es un dato relevante) inició sus actividades docentes. El Ministerio de Educación, a la vista del incumplimiento relativo a las titulaciones del profesorado, dictó una resolución determinando la extinción de la autorización, con cese de actividades (que es el acto administrativo que se impugnó ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En esta Sentencia, el Tribunal Supremo ratificará la anulación de dicha resolución, puesto que, en vez de disponer la revocación expresa de la autorización —que es, a su juicio, lo que podía haber hecho el Ministerio—, dispuso la extinción de la autorización por cese de actividades (cuando éstas no se habían producido, como ya ha quedado señalado) y siguiendo, además, un procedimiento diferente: no es lo mismo, ni tiene establecidas las mismas formas procedimentales, extinguir la autorización por inactividad docente que revocarla por incumplimiento de las normas de ordenación académica, razón por la cual apreciará la existencia de un vicio de anulabilidad en la resolución administrativa.

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de trabajo y de residencia

La STS de 20 de octubre de 2003, Ar. 758 de 2004, reitera una vez más su conocida doctrina sobre la invalidez del requisito reglamentario de la fecha de matrimonio anterior en tres años a la solicitud de exención de visado.

La **STS de 4 de diciembre de 2003**, Ar. 406 de 2004, ratifica la legalidad de una orden de expulsión basándose en la fecha de cancelación de los antecedentes delictivos en nuestro país (y no en una pretendida prescripción de los delitos).

La **STS de 19 de enero de 2004**, Ar. 1014, anula una denegación de permiso de trabajo en cuyo procedimiento se había omitido la debida audiencia del interesado. Pero merece destacar la fundamentación del Tribunal Supremo al respecto: “no puede acogerse la tesis del Abogado del Estado que viene a suponer que la plena oportunidad de defensa en el proceso da por buena cualquier indefensión producida en el expediente administrativo, incluida la falta de oportuna audiencia. De ser así, podría justificarse *a posteriori* cualquier infracción del procedimiento administrativo con tal de que el ulterior proceso judicial se siguiera por sus cauces y con oportunidad de defensa y prueba, ignorando el doble carácter que el procedimiento administrativo ostenta no sólo de acierto para la Administración sino también de auténtica y específica garantía para el administrado, de modo que si en su propio seno pueden subsanarse iniciales indefensiones, no pueden, sin embargo, entenderse superadas o convalidadas por las oportunidades que representan la demanda y la prueba en el ulterior proceso judicial”.

También anula una denegación la **STS de 2 de febrero de 2004**, Ar. 1023, por carecer de motivación, pues la resolución denegatoria se refiere a la “existencia de razones que impiden la concesión del permiso de residencia”, informadas por la Dirección General de la Policía, pero sin ninguna constancia en el expediente de tales razones.

Por último, la **STS de 4 de febrero de 2004**, Ar. 827, anula una denegación de revocación de permiso de trabajo (siguiendo los precedentes de sus sentencias de 12 de enero de 1998, Ar. 594; de 17 de septiembre de 2002, Ar. 9440, y de 19 de mayo de 2003, Ar. 5773), al entender que la venta ambulante, cuando se acredite en forma que permite la subsistencia del interesado, es una “actividad lucrativa continuada”.

B) Expulsión

La **STS de 9 de febrero de 2004**, Ar. 791, se dicta en única instancia por la Sala Tercera en un recurso indirecto contra reglamento “químicamente puro” (podíamos decir) —en el que se deduce que se utilizó la posibilidad de recurso de alzada *per saltum* (prevista en el segundo párrafo del artículo 117.3 LRJPAC)—, donde el objeto mediato de la impugnación es la Disposición Adicional Sexta del Reglamento de Extranjería (RD 864/2001, de 20 de julio) que detalla el régimen de las resoluciones dictadas en esta materia.

Esta Sentencia solventa de manera bastante expeditiva un inveterado y complejo problema como es, en definitiva, el de compatibilizar la ejecutividad de un acto que no agota la vía administrativa con la tutela cautelar judicial efectiva. El acto debatido de manera más inmediata era una denegación de entrada en España, por falta de visado, a una ciudadana colombiana. Dicha resolución fue dictada por el Jefe de Servicio del Puesto Fronterizo

del Aeropuerto de Madrid Barajas, en virtud de delegación conferida por el Delegado del Gobierno de Madrid; dado, entonces, que los actos dictados por este último no agotan la vía administrativa, la denegación debía ser preceptivamente impugnada en alzada administrativa. Esto impedía, a juicio de la recurrente, acudir directa e inmediatamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y que ésta aplicase las previsiones de los artículos 129 y siguientes LJCA, con lo que se vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del extranjero, al que se deniega su entrada en España y se acuerda su retorno al lugar de procedencia.

El Tribunal Supremo, sin embargo, entenderá en primer lugar que tanto el legislador como el Gobierno cuando ejerce su potestad reglamentaria (si bien, en este segundo caso, respetando las previsiones que al respecto pudieran contenerse en la Ley que se ejecute) pueden establecer en qué supuestos una resolución pone fin o no a la vía administrativa. En segundo lugar, el Tribunal Supremo interpreta que “no hay base alguna para sostener que la determinación reglamentaria de un supuesto concreto en que una resolución pone fin a la vía administrativa, con la consecuencia de su previa y obligada impugnación mediante el recurso de alzada, vulnera ese derecho de acceso a la justicia, cuando es obvio que el previo recurso administrativo no impide dicho acceso, ni lo condiciona o limita de modo no razonable, teniendo en cuenta, además, que el recurso administrativo es, ante todo, una garantía del administrado, en tanto en cuanto permite que, de manera inmediata y extremadamente sencilla, la Administración pueda reconsiderar el acto que dictó y, en su caso, revocarlo. El establecimiento de un recurso previo administrativo no obstaculiza ni impide el acceso ulterior al proceso judicial, ni supone una carga irrazonable o injustificada, sin que, en ninguna instancia o ámbito jurisdiccional, o en sede constitucional, se haya declarado o mantenido lo contrario”.

A todo ello añadirá, además, “que las mismas medidas cautelares que se pudieran adoptar en la vía contencioso-administrativa, pueden adoptarse, en su caso, en la vía administrativa de recurso, lo que refuerza la consideración de que esta última vía es una garantía para los interesados y no un obstáculo. Y dicha suspensión en vía administrativa, a diferencia de lo que se afirma en el recurso, no opera transcurrido un mes desde que se solicite por el recurrente, sino que puede ser acordada tanto de oficio como a instancia de parte inmediatamente”.

A la vista de todo ello, considera “carente, por completo de fundamento” el recurso y lo desestima.

C) Asilo y condición de refugiado

Las SSTS de 26 de enero y 16 de febrero de 2004, Ar. 1075 y 801, respectivamente, ratifican la legalidad de la inadmisión a trámite de sendas solicitudes de asilo, al declarar que no se habían aportado siquiera indicios suficientes de la persecución política aducida.

Por su parte, la STS de 16 de febrero de 2004, Ar. 836, ratifica la desestimación de una solicitud de asilo, siguiendo precedentes anteriores (como es la STS de 7 de noviembre de

2003, Ar. 8607), al considerar que la persecución se la originaba a la solicitante un grupo terrorista que ya es perseguido por el Gobierno de su país (a diferencia de otros países, donde es el propio Gobierno el que organiza y dirige la persecución de los opositores).

D) Extradición

La STS de 22 de enero de 2004, Ar. 944, desestima el recurso interpuesto contra el Acuerdo de Consejo de Ministros que inicia el procedimiento de extradición, ordenando continuarla en la preceptiva vía judicial penal, por considerar que tal acto no ha generado indefensión, sino que será precisamente en la vía judicial en la que el interesado podrá defenderse con plenitud.

E) Nacionalidad

La STS de 22 de diciembre de 2003, Ar. 764 de 2004, ratifica una denegación de solicitud de concesión de nacionalidad. El Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre el requisito de la “buena conducta cívica”, en relación con los efectos de la cancelación de antecedentes penales, sintetizando su postura de la siguiente manera: por un lado, debe ser valorado mediante el examen conjunto de la trayectoria personal del solicitante y, por otro lado, remite a un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno, según sus palabras.

5. SANIDAD

A) La fijación de las prestaciones farmacéuticas y su financiación pública es competencia estatal

La STC 98/2004, de 25 de mayo, interpreta que el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de sanidad, con lo que se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa uniformidad mínima puede ser susceptible de mejora por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre que no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad.

Esta interpretación, sin embargo, contó con un voto particular suscrito por tres magistrados.

B) Legalidad de la Orden Ministerial que regula la prescripción y dispensación de fórmulas magistrales y preparados oficinales para tratamientos peculiares (antiobesidad)

Merece señalarse aquí —aunque no pueda hacerse una referencia detallada a su fundación, por lo extensa y heterogénea que resulta— la STS de 18 de diciembre de 2003, Ar. 1934 de 2004, que ratifica la legalidad de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 14 de febrero de 1997, así como la corrección del no planteamiento al respecto de cuestión prejudicial interpretativa al Tribunal de Luxemburgo solicitada por alguna de las partes recurrentes.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) No es un acto administrativo la resolución del tercero mediador designado por el Ministerio de Cultura por la que se determina la remuneración compensatoria del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual. b) Corresponde al orden civil conocer del recurso interpuesto contra Resolución del Director General de Protección al Menor y la Familia de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales sobre contrato de acogimiento familiar. c) Jurisdicción competente para conocer del recurso contra Resolución de la DGRN sobre inscripción en el Registro Mercantil. B) Competencia. a) Juzgados Centrales: conocen del recurso contra Acto del Ministro de Defensa confirmatorio de otro del Director General de la Guardia Civil sobre incompatibilidades. b) Tribunal Superior de Justicia. a') Conoce del recurso contra la Resolución disciplinaria del Consejero Director General de Correos y Telégrafos. b') Conoce del recurso contra la Resolución de la Jefatura Técnica Provincial de Operaciones adscrita a la Gerencia Operativa de Madrid de RENFE, relativa a la adjudicación de una cafetería. c') Conoce del recurso contra la Resolución del Rector de la UNED sobre reconocimiento de servicios a efectos de trienios. d') Conoce del recurso contra Resolución del Director General Gerente del INVIFAS. e') Conoce del recurso contra Resolución de la Real Federación Española de Fútbol y de la Liga Nacional de Fútbol Profesional sobre denegación de licencia federativa. c) Audiencia Nacional. a') Conoce del recurso contra Resolución de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de Defensa. b') Conoce del recurso contra Acto del Ministro de Hacienda en materia de responsabilidad patrimonial. C) Sujetos: Legitimación: los denunciante en vía disciplinaria han de tener un interés real: no lo presenta un abogado para pedir una sanción para los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio Profesional. D) Objeto. a) Los actos derivados de las

relaciones de control entre una Asamblea representativa y el Ejecutivo que responde políticamente ante aquélla son jurisdiccionalmente controlables. b) Los actos dictados en ejecución de sentencia no son actos administrativos en sentido estricto, sino actos emanados de un mandato jurisdiccional en una actuación procesal.

c) La declaración municipal de persona *non grata* no es un acto político.

d) No es impugnabile el Acuerdo de un Consejo Consultivo manifestando un criterio sobre su propia competencia. E) Procedimiento. a) El plazo de interposición no

empieza a correr en tanto que la Administración Pública informe al interesado del artículo 49.4.2 LPAC. b) La obligación del Tribunal de realizar los emplazamientos

no exime a los afectados de actuar con la debida diligencia. c) Prueba. a') Es posible resolver un recurso con base en una prueba pericial practicada en otro procedimiento idéntico. b') Valoración de los silencios o evasivas en la confesión. d) La falta de notificación del cambio del Ponente no produce indefensión, salvo que el nuevo estuviese afectado por causas de abstención o de recusación. F) Sentencias: extensión de efectos: la necesaria identidad de situaciones jurídicas ha de entenderse en sentido sustancial.

G) Medidas cautelares. a) Deben ponderarse los intereses en conflicto y acreditarse que la ejecución del acto podría hacer perder su finalidad legítima al recurso.

b) Una vez solicitada la suspensión en vía jurisdiccional, la Administración no puede decidir sobre la solicitada en vía administrativa. **2. Recurso de casación.** A) Sujetos.

a) Legitimación: la pérdida sobrevenida de legitimación supone la carencia de objeto.

B) Objeto: No se puede juzgar en casación sobre el Derecho Autonómico. C) Motivos: contra los autos dictados en ejecución de sentencia caben los motivos del artículo

88.1 LJCA si se refieren a la prohibición de resolver cuestiones no decididas en la sentencia. D) Inadmisión: las sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LJCA

de 1998 en los procesos pendientes antes de esa fecha y cuya competencia sea de los Juzgados, no son recurribles en casación. **3. Recurso de casación para la unificación de**

doctrina. A) Procedimiento: sólo se pueden invocar como sentencias de contraste las del mismo orden jurisdiccional.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos en los Repertorios de Jurisprudencia Aranzadi números 1 a 6 de 2004, entre los que merecen ser destacados los relativos a la doctrina de los actos políticos y a la prueba en el procedimiento contencioso-administrativo.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) No es un acto administrativo la resolución del tercero mediador designado por el Ministerio de Cultura por la que se determina la remuneración compensatoria del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual

La doctrina de los “actos separables” surgida como arbitrio para delimitar la competencia de las jurisdicciones civil y administrativa, a propósito de los contratos privados celebrados por la Administración, después acogida en nuestro derecho, primero, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, después, por la propia legislación (artículo 4, apartado 3 de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada por la Ley de 17 de marzo de 1973 y artículos 8 y 40 y siguientes del Reglamento de contratos del Estado), supone que antes de llegar al contrato y su contenido, por muy privado que éste sea, hay que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de indudable carácter administrativo y rigurosamente regulados por el Derecho Administrativo, todos los cuales son perfectamente separables del contrato que se perfecciona después de ellos, cuyo contrato, si es de naturaleza privada, será impugnante ante el Orden Jurisdiccional Civil, siendo los actos administrativos que le preceden (los “actos separables”) impugnables ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Pero esa doctrina del “acto separable” no es aplicable al caso que examina la **STS de 3 de febrero de 2004**, Ar. 498, al analizar la naturaleza jurídica de la Resolución que dicta el Tercero-mediador designado por el Ministerio de Cultura por la que se determina la remuneración compensatoria del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, pues los actos separables, a la vista de la Ley de Propiedad Intelectual y del RD 1434/1992, serán, en todo caso, los del Ministerio de Cultura previos a la designación del Mediador, que han de ajustarse a los trámites previstos en el artículo 32 del RD 1434/1992 y una vez nombrado el Mediador éste no actúa en representación del Ministerio de Cultura o por delegación de funciones de éste, sino que lo hace con el carácter privado de tercero experto en la materia, no pudiendo por tanto atribuirse a la Resolución del tercero-mediador carácter administrativo, al no emanar de órgano de la Administración, teniendo dicha Resolución un carácter estrictamente privado, como lo tiene el propio convenio del artículo 25.5.a) de la LPI, al que sustituye, y siendo, por tanto, generadora de obligaciones jurídico-civiles, una vez formalizada en escritura pública, como se especifica en el precitado artículo 25.5, apartado b).

b) Corresponde al orden civil conocer del recurso interpuesto contra Resolución del Director General de Protección al Menor y la Familia de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales sobre contrato de acogimiento familiar

El artículo 3.a) de la Ley de la Jurisdicción de 14 de diciembre de 1998, determina que no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública. Dicho precepto, por lo que a la delimitación objetiva del contenido material de esta Jurisdicción se refiere, debe completarse con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley, donde se establece que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo. Así pues, no todo acto de una Administración Pública, por este solo hecho, queda sometido a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino que será necesario, además, que se trate de actos sometidos al derecho administrativo.

A base a esta doctrina, la STS de 17 de diciembre de 2003, Ar. 125, analiza las resoluciones administrativas que dejaban sin efecto el contrato de acogimiento familiar de una menor, concluyendo que estamos en presencia de una cuestión civil, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. La presencia de una entidad pública, encargada de la guarda y acogimiento de los menores, no desvirtúa estas conclusiones ya que es el fundamento esencial de la pretensión que en cada caso se formula lo que, por principio, delimita el orden jurisdiccional competente. Las pretensiones basadas en normas de naturaleza civil competen a la jurisdicción civil [art. 2.a)], aunque se encuentre presente en la relación una Administración Pública. En los procedimientos de acogimiento y de adopción ante el Juzgado de Familia se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia. Tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen. Pero ello no implica desde luego que la competencia para conocer las cuestiones de que se trate corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) Jurisdicción competente para conocer del recurso contra Resolución de la DGRN sobre inscripción en el Registro Mercantil

La STS de 12 de enero de 2004, Ar. 859, nos recuerda su doctrina según la cual el criterio para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo está constituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de igualdad con los particulares, se someterá al Derecho privado y corresponderá la jurisdicción al orden civil. Cuando actúe en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa, esto es, como poder público, manifestando su voluntad a través

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de actos administrativos sujetos al Derecho administrativo, la jurisdicción corresponderá a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Existen, sin embargo, supuestos —a veces caracterizados como “Administración pública del Derecho privado”— en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por objeto la garantía o definición de relaciones de Derecho privado. En estos casos, por lo general, nuestro ordenamiento jurídico considera prevalente el carácter objetivo de la materia, defiriendo la “cuestión civil” planteada a la jurisdicción de esta clase. Falta, sin embargo, en nuestro ordenamiento una definición de lo que se considera cuestión civil. No existen, para solucionar el problema, criterios que puedan aspirar a una validez general. Tanto las leyes especiales como la jurisprudencia de este Tribunal parten de considerar que los conflictos que afectan al derecho de propiedad, como institución nuclear del Derecho patrimonial privado, constituyen cuestiones de naturaleza civil. Así, existe constante y reiterada jurisprudencia que establece la competencia de la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de las cuestiones relativas al derecho de propiedad, aunque se produzcan por consecuencia de actos ejecutados por la Administración pública. Ésta es la razón por la que las cuestiones relativas al Derecho inmobiliario registral han gozado de idéntica calificación. Las cuestiones registrales, tal como han sido tradicionalmente concebidas, afectan a la constancia y subsistencia del derecho de propiedad y demás derechos reales incluso cuando se proyectan sobre aspectos externos o formales del título autorizado o inscrito, las cuales pueden estar en conexión con el Derecho administrativo. Esta posición se ha mantenido cuando la función calificadora se ha proyectado sobre aspectos formales externos relacionados con requisitos de carácter administrativo o fiscal.

La legislación reciente, sin embargo, atribuye en ocasiones a los registradores funciones de control del cumplimiento de requisitos administrativos que pueden ir más allá de la mera comprobación de la intervención de la Administración competente para el ejercicio de la potestad correspondiente. En dichos supuestos puede ocurrir, aun cuando el supuesto sea excepcional, que en vía registral se resuelva de manera definitiva una cuestión de carácter administrativo. Cuando la decisión de inscribir se produce por estimar el Centro Directivo que la certificación emitida lo ha sido por el órgano o sujeto administrativo competente, en contra del criterio seguido inicialmente por el registrador de la propiedad, que apreció falta de competencia en el secretario del Ayuntamiento, la decisión de inscribir resuelve, así, definitivamente sobre la cuestión administrativa suscitada más allá del terreno de las formalidades extrínsecas del documento presentado, consistente en determinar a quién corresponde la competencia para emitir la certificación a que se refiere el artículo 37 del Texto refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, incluso. La pretensión encaminada a discutir la competencia decidida por la autoridad registral se encuadra en estos supuestos en las que el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial define como “pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo” determinante de la competencia de la jurisdicción de esta índole. No cabe la exclusión de esta jurisdicción por razón de la materia, pues no se trata de una cuestión de índole civil. La decisión de la autoridad registral contra la que se dirige la pretensión va más allá de la mera comprobación de los requisitos extrínsecos del do-

cumento sobre el cumplimiento de formalidades administrativas, en una manifestación del principio de colaboración con la Administración. Engloba un juicio definitivo sobre una cuestión de neto carácter jurídico-administrativo, difícilmente residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa de manera independiente de la resolución del registrador. Tampoco puede estimarse que dicha pretensión vaya encaminada a entablar contienda entre los interesados acerca de la validez del título, como dice el artículo 66 de la Ley hipotecaria (“Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”). La contienda sólo puede quedar establecida entre el interesado y la autoridad registral. Versa sobre si concurre o no competencia en el órgano certificante para ejercer la facultad que reconoce el artículo 37.2 del Texto refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, e, indirectamente, sobre qué órgano es el competente para verificar el cumplimiento de la legalidad urbanística en función en la obra realizada. No es una contienda frente a otros posibles interesados sobre si el título presentado reúne un requisito extrínseco exigido por la Ley consistente en no haberse omitido una formalidad administrativa.

B) Competencia

a) Juzgados Centrales: conocen del recurso contra Acto del Ministro de Defensa confirmatorio de otro del Director General de la Guardia Civil sobre incompatibilidades

La STS de 26 de enero de 2004, Ar. 661, atribuye a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer del recurso interpuesto contra Acto del Ministro de Defensa confirmatorio de otro del Director General de la Guardia Civil sobre incompatibilidades, y ello en base a que el artículo 9.a) LJCA de 1998 no distingue en función de que el acto impugnado emane directamente de aquéllos o confirme, como es el caso, el dictado por otro órgano central de la Administración General del Estado.

b) Tribunal Superior de Justicia

a') Conoce del recurso contra la Resolución disciplinaria del Consejero Director General de Correos y Telégrafos

La Resolución del Consejero Director General de Correos y Telégrafos dictada por el Presidente en calidad de órgano delegante (artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), adoptada con posterioridad a la fecha –16 de marzo de 2000– en que el Ministro de Fomento dejó de ejercer las funciones de Presidente de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos es un acto que emana de un organismo público, que reúne la condición de entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Fomento a

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

través de la Secretaría General de Comunicaciones y en la actualidad a la Subsecretaría de Fomento que tiene personalidad jurídica diferenciada y extiende su competencia a todo el territorio nacional. Podría, pues, sostenerse que el conocimiento del recurso contencioso-administrativo corresponde, a tenor del artículo 9.c) de la Ley de esta Jurisdicción, a los Juzgados Centrales.

Sin embargo, la **STS de 15 de diciembre de 2003**, Ar. 191, considera que la atribución de competencia a estos Juzgados que efectúa el artículo 9.c) no es absoluta, sino que tiene lugar, como expresamente se señala en el mismo, “sin perjuicio de lo dispuesto en la letra i) del apartado 1 del artículo 10”, que a su vez atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos que se deduzcan en relación con “los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior a Ministro o Secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa”, y en el recurso de que se trata la actividad administrativa impugnada se refiere a materia de personal, pues versa sobre la imposición de una sanción disciplinaria de suspensión de funciones a un funcionario de Correos y Telégrafos. Por este motivo, la sentencia que se comenta declara que la competencia objetiva para conocer del recurso entablado corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en una interpretación concordante de los artículos 9.c) *in fine* y 10.1.i) de la Ley de esta Jurisdicción, reforzada por la prevalencia que el artículo 13.c) de la misma Ley otorga a la atribución de competencia por razón de la materia sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto.

b’) Conoce del recurso contra la Resolución de la Jefatura Técnica Provincial de Operaciones adscrita a la Gerencia Operativa de Madrid de RENFE, relativa a la adjudicación de una cafetería

La **STS de 12 de febrero de 2004**, Ar. 1130, analiza la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo planteado contra la resolución de una Jefatura Provincial Técnica de Operaciones, adscrita a la Gerencia Operativa de Madrid de RENFE, por la que se adjudicó la cafetería de una Estación. Considera que, si bien se está ante una resolución de una entidad perteneciente al sector público estatal, dicha resolución emana de un órgano periférico de aquélla, esto es, de un órgano con competencia territorial limitada, lo que excluye la aplicación de la regla de competencia prevista en el apartado c) del artículo 9 de la Ley de esta Jurisdicción. Por otro lado, tampoco puede aplicarse la regla de competencia prevista en el apartado 3, inciso primero, del artículo 8 de la expresada Ley, en relación con lo dispuesto en el artículo 13.a) de aquélla, en cuanto se refiere a los actos de la Administración periférica, pues en el inciso segundo de dicho apartado 3 se excluyen de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, regulada en el mencionado artículo 8, los actos que se dicten, entre otros supuestos, en ejercicio de competencias sobre el dominio público, pues en el caso presente, como ya se ha expuesto, la resolución de que se trata se refiere al alquiler de una cafetería sita en una estación de ferrocarril, que es un bien de dominio público. Así las cosas, como en el caso en cuestión se está ante una resolución cuyo enjuiciamiento

no está atribuido expresamente a un determinado órgano del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entra en juego lo dispuesto en el artículo 10.1.j), conforme al cual las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocen en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con “Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional”.

c') Conoce del recurso contra la Resolución del Rector de la UNED sobre reconocimiento de servicios a efectos de trienios

La STS de 26 de febrero de 2004, Ar. 1144, analiza la competencia para conocer del recurso contra actos del Rector de la UNED sobre trienios y concluye que se está ante unas resoluciones adoptadas en materia de personal por un órgano —el Rector de una Universidad— con nivel orgánico inferior a Ministro o Secretario de Estado e integrado en una Entidad —la UNED— que tiene ámbito nacional y ejerce sus actividades en todo el territorio español, y que hay que considerar incardinada en la Administración General del Estado. Procede, por tanto, y dado lo dispuesto en el artículo 9.c), en relación con el artículo 10.1.i), ambos de la Ley de esta Jurisdicción, entender que la competencia cuestionada corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. También debe tenerse presente que conforme al artículo 13.a) de la indicada Ley, para aplicar las reglas de competencia contenidas en la misma, entre otros, hay que tener en cuenta el siguiente criterio: las referencias que se hacen a la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.

d') Conoce del recurso contra Resolución del Director General Gerente del INVIFAS

La STS de 27 de enero de 2004, Ar. 631, determina la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución dictada por el Director General Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, por la que autorizó la enajenación a favor del recurrente de determinada vivienda que venía ocupando, fijándose, entre otros extremos, el precio de la venta. Dicho Instituto es un Organismo Autónomo adscrito a la Subsecretaría del Ministerio de Defensa y el Gerente de aquél tiene rango de Director General (arts. 3.1, 3.2 y 10 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, artículo 12.8 del Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, y artículo 60 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Dado lo acabado de indicar y como en el caso que nos ocupa, y por lo antes razonado, la cuestión controvertida en el proceso de que se trata debe ser calificada como de personal, la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dado lo dispuesto en el artículo 10.1.i), en relación con el 9.c), de la Ley de la Jurisdicción, sin que a la conclusión que se ha sentado pueda oponerse que el referido artículo 10.1.i) se refiere a la Administración General del Estado, pues conforme al artículo 13.a) de la antes indicada Ley, las referencias que se hacen, en las reglas de distribución de competencias, a la Administración del Estado, Co-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

munidades Autónomas y Entidades Locales, comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.

e') Conoce del recurso contra Resolución de la Real Federación Española de Fútbol y de la Liga Nacional de Fútbol Profesional sobre denegación de licencia federativa

La STS de 12 de febrero de 2004, Ar. 800, resuelve un conflicto de competencia que se refiere a un proceso laboral que tiene por objeto resoluciones de la Federación Española de Fútbol y de la Liga Nacional de Fútbol Profesional que deniegan el otorgamiento de una licencia federativa, y como dichos acuerdos no puede entenderse que emanan del Consejo Superior de Deportes, la competencia discutida, al no existir una regla competencial específica referida a un acuerdo como el antes expresado, corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.j) de la Ley de esta Jurisdicción, si bien preciso es indicar que la decisión de esta cuestión de competencia, en el sentido acabado de expresar lo es a los solos efectos de determinar el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo que ha de resolver en relación con el planteamiento del conflicto de competencia de que se trata, sin que, por tanto, con dicha decisión se esté prejuzgando que la cuestión planteada en el proceso laboral al que el expresado conflicto se refiere esté atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

c) Audiencia Nacional

a') Conoce del recurso contra Resolución de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de Defensa

La STS de 29 de enero de 2004, Ar. 635, analiza el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Director Gerente del Organismo Autónomo denominado Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa que desestimó el recurso de reposición entablado contra la resolución del mismo Director Gerente que declaró extinguida la autorización de uso concedida al demandante sobre las fincas por expiración del plazo concedido y en virtud de la facultad de libre rescate por parte de la Administración, en ejercicio de competencias delegadas por el Secretario de Estado de Defensa que es el Presidente de aquel Organismo Autónomo. Por tanto, ex artículo 13.4 de la Ley 30/1992, los actos administrativos han de considerarse dictados por el órgano delegante, es decir, por el Secretario de Estado de la Defensa. Por ello, la sentencia comentada de acuerdo con el artículo 11.1.a) LJCA concluye que la competencia para el conocimiento del recurso contencioso-administrativo corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

b') Conoce del recurso contra Acto del Ministro de Hacienda en materia de responsabilidad patrimonial

La STS de 29 de enero de 2004, Ar. 636, analiza la reclamación de indemnización de daños y perjuicios dirigida a la Dirección General del Patrimonio del Estado, incardinada en el Ministerio de Hacienda, que ha sido resuelta desestimatoriamente, previo dictamen

preceptivo del Consejo de Estado, por resolución del Secretario General Técnico del Ministerio en ejercicio de competencias delegadas por el Ministro titular del Departamento, acto que, ex artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se considera dictado por el órgano delegante, es decir por el Ministro de Hacienda. Por ello, de acuerdo con el artículo 11.1.a) LJCA puesto en relación con el artículo 142.2 de la Ley 30/1992, la sentencia comentada concluye que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra tal desestimación expresa corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. El criterio mantenido por la Sala de la Audiencia Nacional en su auto de 20 de marzo de 2002, en el que invoca el artículo 10.1.i) LJCA incurre en el error de considerar que el acto impugnado ha sido dictado por órgano de la Administración del Estado de rango jerárquico inferior al de Ministro, pues, como resulta inequívoco de lo expuesto, ha sido el Ministro de Hacienda, en el ámbito de la Administración del Estado, el que ha denegado la reclamación planteada.

C) Sujetos: Legitimación: los denunciantes en vía disciplinaria han de tener un interés real: no lo presenta un abogado para pedir una sanción para los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio Profesional

Reiterada jurisprudencia ha analizado la cuestión relativa a la falta de legitimación activa de la parte recurrente y a su vez denunciante en procedimientos sancionadores, singularmente con ocasión de denuncias formuladas por particulares contra Jueces y Magistrados. Cuestión que ha sido resuelta señalándose, en principio, que el denunciante está legitimado con arreglo al artículo 28.1.a) LJCA, en relación con el artículo 24 CE, para obtener una respuesta del Tribunal. Mas al abordarse nuevamente la cuestión resultó preciso un reexamen que ha justificado en otros casos una solución diferente y que ha sido recogida en otras sentencias en las que se expresa que partiendo de que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, se entiende que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda de ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga, estimándose que el referente de ese interés no puede ser un concreto acto de un determinado procedimiento administrativo, que sólo tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva, y no meramente formal, y que, en principio, debe ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél, siendo la consecuencia inmediata de este planteamiento que, si se niega la condición de parte en el procedimiento administrativo, por falta de interés en él, falta ya una base —en términos sustancialistas— para poder sustentar esa misma condición en un ulterior proceso impugnatorio de actos de aquél, pues el mero dato formal de la existencia de un acto dictado en el procedimiento administrativo no tiene entidad para alumbrar un interés nuevo, diferenciable del inexistente antes.

La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en un expediente abierto en virtud de denuncia

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de un abogado por una hipotética responsabilidad, 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, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada.

La base del anclaje de un interés legitimador del denunciante en vía disciplinaria profesional, según la **STS de 28 de noviembre de 2003**, Ar. 169, sobre la que poder sustentar una hipotética condición de parte en el procedimiento administrativo a que pueda dar lugar la denuncia, o una derivada condición de parte procesal en un ulterior recurso contencioso-administrativo de impugnación de resoluciones dictadas en aquél, ha de situarse desde la perspectiva de la existencia de un interés “real”, lo que equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. Establecido que la noción de interés legítimo es identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, la sentencia comentada concluye que la esfera jurídica personal y profesional del abogado recurrente en modo alguno se ve afectada por una eventual imposición de una sanción disciplinaria a todos o algunos de los miembros de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados que se limitaron a emitir el preceptivo y no vinculante informe, en un procedimiento de jura de cuenta.

D) Objeto

a) Los actos derivados de las relaciones de control entre una Asamblea representativa y el Ejecutivo que responde políticamente ante aquélla son jurisdiccionalmente controlables

La **STS de 4 de diciembre de 2003**, Ar. 552, se centra en determinar si en las normas que regulan el ejercicio por los procuradores-junteros del derecho a solicitar información y documentos de la Diputación Foral existen conceptos judicialmente asequibles. A tal efecto, dado que tal derecho es de los llamados de configuración legal, se examina de qué manera lo contemplan las propias normas guipuzcoanas. Pues bien, de ellas se desprende no sólo su reconocimiento explícito e inequívoco en los artículos 31 de la citada Norma Foral de 26 de febrero de 1983 y 11 del Reglamento de las Juntas Generales, sino también el correlativo deber de la Diputación de satisfacer esas demandas [artículos 11.1 del Reglamento de las Juntas Generales y 46.c) de la Norma Foral 3/1984, de mayo sobre Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Guipúzcoa]. De esta manera, para la sentencia comentada es indudable que la normativa foral ha perfilado en términos precisos, tanto en su vertiente activa como en la pasiva, la facultad que atribuye a los miembros de las Juntas Generales. Facultad que se integra en el conjunto de atribuciones propias de su cargo y, por tanto, forma parte del derecho fundamental a ejercerlo en los términos previstos por el artículo 23.2 CE tal como ha sido interpretado por reiterada jurisprudencia constitucional. Dando un paso más, la sentencia sostiene que en el régimen establecido por las normas que se acaban de citar se ha introducido un elemento reglado el control de cuya observancia sí es fiscalizable en la vía contencioso-administrativa. En efecto, el artículo 11.1 del Reglamento de las Juntas Generales señala que, en el caso de que no se atienda en el plazo allí indicado la demanda de información o documentación

formulada por los procuradores-junteros, la Diputación Foral deberá motivarlo por escrito.

b) Los actos dictados en ejecución de sentencia no son actos administrativos en sentido estricto, sino actos emanados de un mandato jurisdiccional en una actuación procesal

Reiterada jurisprudencia, oportunamente recordada por la STS de 4 de diciembre de 2003, Ar. 553, mantiene la inimpugnabilidad de los actos de mera ejecución, que no entrañen extralimitación objetiva de los que traen causa debidamente notificados y que se dicten por el órgano competente. En lo relativo a actos de ejecución se mantiene este criterio, con la precisión de que no todos los actos administrativos en esta vía serían excluidos de la impugnación, cuando se trate de acuerdos administrativos dictados para ejecutar una sentencia, si desbordan el contenido del fallo, en cuyo caso pueden ser examinados como actos autónomos. Es decir, son impugnables si suponen una extralimitación objetiva, pero no si están dentro del marco de la ejecución, se dictan por órgano competente, y proceder pronunciarse sobre ellos en el marco de la ejecución correspondiente.

c) La declaración municipal de persona non grata no es un acto político

Los llamados “actos políticos” dieron lugar, durante la vigencia de la LJCA de 1956 a un imparable debate y a múltiples pronunciamientos jurisprudenciales que delimitaron la naturaleza de tales actos restringiendo el ámbito sustraído al control jurisdiccional. Posteriormente, una vez aprobada la Constitución, se suscitó, incluso, la duda sobre si había de entenderse o no derogada la propia categoría. La jurisprudencia posconstitucional ha apreciado el carácter o naturaleza política, en orden al enjuiciamiento de legalidad, respecto de determinados actos del Gobierno y de órganos parlamentarios. La existencia de tales actos debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en virtud de lo establecido en los artículos 9.1 y 24 de la Constitución, y en lo señalado en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando dispone que “los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”. Y, en todo caso, es preciso que el ordenamiento jurídico-constitucional confiera la debida cobertura a lo que no son sino excepciones, más o menos matizadas, al derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Estos llamados actos políticos son siempre residenciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando vulneren derechos fundamentales, ya que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos, independientemente de la naturaleza política o no de la actividad desarrollada, y su protección corresponde, por vía sumaria y preferente, a la jurisdicción ordinaria (artículo 53.2 CE) y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional. Y, en fin, cuando los actos exentos de control jurisdiccional afecten a derechos o intereses legítimos o a situaciones jurídicas de terceros de contenido patrimonial o susceptibles de una valoración de tal naturaleza, es

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

menester prever el resarcimiento del perjudicado por la Administración. El acto político, por otra parte, es susceptible de control, según la más moderna corriente jurisprudencial cuando contenga elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico; o cuando el legislador haya definido mediante conceptos jurídicamente asequibles los límites o requisitos previos a que deben sujetarse dichos actos. Se da así una interpretación del acto político distinta de la de su clásica concepción, entendiendo que no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Y así resulta, en la actualidad, de la LJCA de 1998. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo de contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico o jurídicamente asequibles, tales elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional, como ha señalado nuestra jurisprudencia.

Ello implica que la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable. Por tanto, no es posible acoger “la doctrina del acto político” como excepción al examen jurisdiccional y declarar la inadmisibilidad del recurso, debiendo entrarse por el contrario en el estudio del fondo del asunto.

Desde estas perspectivas, la **STS de 24 de noviembre de 2003**, Ar. 60, considera que, ni desde la clásica concepción ni desde la obligada concepción constitucional puede apreciarse en el acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento sobre declaración de una empresa como *non grata* los requisitos de naturaleza subjetiva y objetiva que caracterizan el denominado acto político. Por el contrario, se trata de un acuerdo municipal –no del Gobierno o de algún Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma– y no se dicta en el ejercicio de la función de dirección política o en el ámbito de relaciones constitucionales. Constituye, en definitiva, un acto municipal plenamente fiscalizable en sede contencioso-administrativa.

d) No es impugnabile el Acuerdo de un Consejo Consultivo manifestando un criterio sobre su propia competencia

Según la **STS de 9 de febrero de 2004**, Ar. 872, el Acuerdo del Pleno del Consejo Consultivo de Galicia por el que se declaraba que dicho Cuerpo Consultivo es competente para emitir dictamen preceptivo en los expedientes de indemnización de daños y perjuicios reclamados a los entes locales de Galicia es un acuerdo interpretativo del artículo 11 de la Ley de Galicia 9/1995, de 10 de noviembre, por la que se crea el Consejo Consultivo, no susceptible de ser impugnado ante los Tribunales de la jurisdicción puesto que no impone obligaciones inmediatas a terceros, entre ellos a los entes locales. Es un acto *ad intra* o puede serlo, al ser constitutivo de un simple criterio a seguir del que se informa a las entidades locales gallegas; manifiesta el criterio del mismo sobre su propia competencia, pero carece de fuerza vinculante para terceros.

E) Procedimiento**a) El plazo de interposición no empieza a correr en tanto que la Administración Pública informe al interesado del artículo 49.4.2 LPAC**

El Tribunal Constitucional ha proclamado: y con respecto a los efectos del silencio negativo “que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales.”. La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA de 1958 (hoy artículo 58 LPAC), de manera que la “notificación” sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente.

Según la **STS de 23 de enero de 2004**, Ar. 1021, esta doctrina sigue siendo válida en la actualidad. Efectivamente el actual artículo 42.4.2 de la LPAC dispone: “En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente”. Este precepto tiene su origen en el mandato del artículo noveno de la Constitución, desarrollado por el legislador, precisamente, para garantizar la Seguridad Jurídica. En él se establece una regla general, universal, que no admite excepciones: “en todo caso”, regla general que se dirige a las Administraciones Públicas (todas) quienes necesariamente “informarán” a los interesados y un contenido explícito de ese mandato informativo.

La exégesis de este texto, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga al Alto Tribunal a concluir que en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr.

b) La obligación del Tribunal de realizar los emplazamientos no exime a los afectados de actuar con la debida diligencia

Es doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional, establecida a partir de la Sentencia número 9/1981, de 31 de marzo, y perfilada en otras muchas posteriores, que los interesados en un proceso Contencioso-Administrativo han de ser emplazados directa y personalmente, sin que sea suficiente el emplazamiento por edictos previsto en la derogada Ley de la Jurisdicción, siempre que ese emplazamiento sea posible porque

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

dichos interesados sean identificables por los datos que consten en el escrito de interposición del recurso, de la demanda o del expediente administrativo. La falta de emplazamiento personal en tales casos constituye una omisión del órgano judicial que provoca la indefensión del interesado y vulnera por tanto el artículo 24.1 CE. Pero también ha declarado dicho Tribunal que la falta de emplazamiento personal es una infracción que sólo deviene en lesión inconstitucional cuando, pese a haber mantenido el ciudadano una actitud diligente, se ve colocado en una situación de indefensión, y si tal diligencia no existe, tampoco existe lesión; pues de otro modo, la protección ilimitada del derecho del no emplazado conllevaría, en su automatismo, el sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva de quien, actuando de buena fe, fue parte en el proceso contencioso-administrativo y se creía protegido por la paz y seguridad jurídica que implica la institución de la cosa juzgada. Asimismo se ha afirmado que cuando exista certeza de que los afectados por el acto administrativo impugnado tuvieron conocimiento oportuno del proceso contencioso-administrativo de modo que hubieran podido comparecer y ser oídos en él, no cabe apreciar una verdadera indefensión.

Por consiguiente, tal y como señala la **STS de 1 de diciembre de 2003**, Ar. 95, desde la perspectiva del derecho fundamental, la obligación del Tribunal de realizar los emplazamientos no exime a los afectados de actuar con la debida diligencia en la defensa de sus derechos e intereses. El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo no conciben el emplazamiento como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para garantizar el derecho de defensa. Y para determinar si en un caso concreto ha resultado o no infringido tal derecho deben tomarse en consideración las circunstancias concurrentes, entre las que destacan la diligencia de la persona legitimada y el conocimiento extraprocésal de la existencia del proceso, así como el momento en que llegó a conocer la existencia de la sentencia que puso término al proceso. El incumplimiento de la obligación de emplazamiento personal que el art. 24 CE mediatamente impone a los órganos jurisdiccionales y que, tras la reforma operada por la Ley 10/1992 también se exige legalmente a la Administración autora del acto o disposición impugnados, no implica por sí solo una indefensión material contraria al invocado derecho fundamental. Para que la falta de emplazamiento personal ocasione una indefensión constitucionalmente relevante es necesario, además, que el demandante de amparo actuase con la debida diligencia y que no tuviese conocimiento extraprocésal de la existencia del litigio, pues no se puede sostener una pretensión constitucional de indefensión por quien, con su actitud pasiva y negligente, coadyuvó a su producción al no comparecer en el proceso pese a tener conocimiento de su existencia por cauces distintos al de su emplazamiento personal.

Por consiguiente, tres son los requisitos a los que la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala supedita la existencia de vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE: 1º) Que quien alega la infracción sea titular de un derecho o de un interés legítimo susceptible de ser afectado en el proceso contencioso-administrativo, lo que determina su condición de legitimado pasivamente en el proceso. En el bien entendido de que la situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad o, por contra, con cualquier perjuicio que pueda resultar de la decisión del proceso. 2º) Que quien aduce la vulneración del derecho sea identificable sobre la base del contenido del escrito de interposición del recurso, expediente adminis-

trativo o demanda. 3º) Que se haya producido a quien invoca el derecho una situación de indefensión que no le sea atribuible. Y ello no ocurre cuando el interesado tiene un conocimiento extraprocesal del asunto o no actúa con la necesaria diligencia para lograr su personación en el proceso.

c) Prueba

a') Es posible resolver un recurso con base en una prueba pericial practicada en otro procedimiento idéntico

En la **STS de 2 de diciembre de 2003**, Ar. 307, se cuestiona el hecho de que la Sala sentenciadora haya resuelto basándose en las conclusiones de un informe pericial, emitido en otro proceso, del que no se le dio oportunamente traslado a las partes, sosteniendo, en síntesis, que este motivo impugnatorio no es atendible porque la sentencia recurrida se limita a resolver el nuevo recurso contencioso-administrativo de acuerdo con lo declarado en otra sentencia anterior, en la que se plantearon las mismas cuestiones, lo que supone el debido respeto a los principios de igualdad y de seguridad jurídica pues, salvo que la Sala sentenciadora hubiese cambiado de criterio, expresándolo abiertamente, lo correcto es mantener el precedente y, ante todo, la valoración o apreciación de los hechos determinantes de la decisión. No se trata, pues, de que el Tribunal a quo haya decidido sin tener en cuenta la prueba pericial practicada en el proceso, siguiendo, sin embargo, las conclusiones de un informe pericial llevado a cabo en otro, sino de que ha resuelto de la misma manera dos acciones idénticas, basándose en los mismos hechos y en iguales argumentos jurídicos, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, protegido por el artículo 14 de la Constitución, relacionado con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el artículo 9.3 de ésta, y en conexión también con el derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 24 de la Constitución, significa en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que un mismo Juez o Tribunal no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación expresa, o que resulte patente que la diferencia de trato tiene su justificación por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen.

b') Valoración de los silencios o evasivas en la confesión

La **STS de 2 de febrero de 2004**, Ar. 817, sostiene que no se puede pretender que la posibilidad del Tribunal de acordar diligencias de prueba imponga a la Sala la obligación de suplir por este medio sus deficiencias en la actuación probatoria. El artículo 549 LEC no establece una prueba tasada sino un criterio para valorar el silencio o respuestas evasivas de una de las partes, a tener en cuenta en relación con el conjunto de las pruebas practicadas, cuyo resultado no puede ser combatido en un recurso de casación.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

- d) La falta de notificación del cambio del Ponente no produce indefensión, salvo que el nuevo estuviese afectado por causas de abstención o de recusación**

La STS de 27 de enero de 2004, Ar. 952, considera que la no notificación del cambio de Ponente, ni de la diligencia por la que se señala fecha para la votación y fallo, no tiene transcendencia alguna a no ser que se hubiera, cuando menos, alegado que el nuevo Ponente estaba afectado por alguna causa de abstención, recusación, o hubiera habido alguna otra irregularidad en el nombramiento, ya que la parte recurrente se limita a señalar la falta de comunicación de esos trámites, sin aducir o hacer alegación alguna sobre la existencia de causa de incompatibilidad u otra irregularidad que hubiera podido denunciar al notificársele el cambio de Ponente y la diligencia de señalamiento, en definitiva sin acreditar el perjuicio o la indefensión que le ha ocasionado.

- F) Sentencias: extensión de efectos: la necesaria identidad de situaciones jurídicas ha de entenderse en sentido sustancial**

El artículo 110.1.a) LJCA es terminante al exigir que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones jurídicas. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad. La STS de 12 de enero de 2004, Ar. 766, ha señalado que tal requisito debe entenderse en sentido sustancial, es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro.

G) Medidas cautelares

- a) Deben ponderarse los intereses en conflicto y acreditarse que la ejecución del acto podría hacer perder su finalidad legítima al recurso**

La STS de 15 de diciembre de 2003, Ar. 328, ha señalado que, tratándose de la suspensión cautelar de actos administrativos ha de atenderse a las circunstancias de cada uno de los casos en función del criterio general, explícito en el artículo 130.1 LJCE, de que, de no acordarse la suspensión, la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Pero no sólo han de ponderarse todos los intereses en conflicto para acordar la suspensión, sino que para adoptar esa resolución debe haberse acreditado que la ejecución del acto impugnado podría hacer perder su finalidad legítima al recurso.

- b) Una vez solicitada la suspensión en vía jurisdiccional, la Administración no puede decidir sobre la solicitada en vía administrativa**

La STS de 26 de enero de 2004, Ar. 392, ha señalado que la petición de suspensión en vía administrativa no puede tener ninguna virtualidad jurídica una vez solicitada la suspensión ante la Sala de instancia dentro del recurso contencioso-administrativo iniciado, ya que la cuestión queda reservada al ámbito jurisdiccional competente. Por ello, el Ayuntamiento recurrido no podía decidir sobre cuestión sometida al Tribunal, ni podía produ-

cirse la suspensión por el transcurso del plazo de treinta días a que se refiere el artículo 111.3 de la LRJ-PAC porque, antes de que transcurriese dicho plazo, la Sala de instancia ya había dictado el auto correspondiente.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Sujetos

a) Legitimación: la pérdida sobrevenida de legitimación supone la carencia de objeto

Según la STS de 21 de enero de 2004, Ar. 878, si bien el artículo 89.3 LJCA habilita a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento para interponer recurso de casación contra la Sentencia dictada por el Tribunal de instancia, ello no releva de la necesidad de mantener a lo largo del mismo la legitimación que con carácter general exige el artículo 19 de la misma Ley y subraya la Jurisprudencia, legitimación que ha dejado de ostentarse desde el momento en que, habiéndose desprendido de la titularidad del establecimiento farmacéutico que posibilitó en su día el ejercicio de su derecho a recurrir ante el Tribunal Supremo los originalmente recurrentes, ni han comparecido a sostener su derecho los sucesores del codemandado fallecido pese al requerimiento efectuado, ni han hecho uso del plazo otorgado para oponerse a la pretensión de archivo de las actuaciones las otras dos originalmente recurrentes, aparte de constar en autos la falta de interés en el sostenimiento del recurso de casación por parte de los nuevos titulares de los establecimientos farmacéuticos. Circunstancias todas estas que conducen a la declaración de la carencia de objeto en la sustentación del recurso, con la consiguiente desestimación del mismo.

B) Objeto: No se puede juzgar en casación sobre el Derecho Autonómico

La STS de 27 de octubre de 2003, Ar. 276, resuelve un recurso de casación en el que se combaten las declaraciones de la Sentencia pretendiendo que se basan en lo dispuesto en preceptos de un Reglamento autonómico, y estos artículos se exceden de lo dispuesto en la Ley de autonómica. Es decir, bajo la apariencia procesal de que se afirma han sido vulnerados los artículos de normas generales que en nada obstan para que la legislación autonómica establezca limitaciones y protecciones adicionales, lo que se está pretendiendo es que el Alto Tribunal se pronuncie sobre si un Reglamento autonómico se atiene a una Ley autonómica, es decir, que juzgue sobre derechos autonómicos, lo que está vedado por el artículo 86.4 LJCA.

C) Motivos: contra los autos dictados en ejecución de sentencia caben los motivos del artículo 88.1 LJCA si se refieren a la prohibición de resolver cuestiones no decididas en la sentencia

Determinada jurisprudencia establece que no son admisibles, en los recurso de casación contra autos dictados en ejecución de sentencia, los motivos generales del artículo 88.1

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

LJCA, sino sólo, según su artículo 87.1.c), los de haber resuelto cuestiones no decididas directa o indirectamente en la sentencia o haber contradicho los términos del fallo.

Esto es cierto. Pero también lo es, como nos recuerda la **STS de 15 de enero de 2004**, Ar. 658, que las prohibiciones de resolver en fase de ejecución de sentencia cuestiones no decididas en ella o la de contradecir el fallo no se encuentran en el artículo 87.1.c) de la LJCA, sino en otros preceptos constitucionales y legales (artículos 117.3 y 118 de la CE, 2.1 y 18.2 LOPJ y 103.1, 104.1 y 105 LJCA), y, en consecuencia, no pueden inadmitirse los motivos si se refieren a infracciones de preceptos que, en definitiva, son los que prohíben resolver cuestiones no decididas o contradecir el fallo.

D) Inadmisión: las sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LJCA de 1998 en los procesos pendientes antes de esa fecha y cuya competencia sea de los Juzgados, no son recurribles en casación

La **STS de 4 de febrero de 2004**, Ar. 1120, analiza el tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en los procesos pendientes antes de esa fecha cuya competencia corresponda, conforme a la misma, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y que la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, preceptúa continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión.

Pues bien, a estas sentencias es doctrina consolidada que debe aplicárseles la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede —artículo 86.1— contra las recaídas en única instancia. Téngase en cuenta que aunque el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera, que contempla los “procesos pendientes” ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, guarda silencio al respecto, el inciso final del apartado 2 de la misma transitoria, es decir, la regla que equipara el régimen de impugnación de las sentencias de las expresadas Salas a las dictadas en segunda instancia, cuando se trata de procesos que, conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, se hayan atribuido a los Juzgados, están redactadas en plural, “en estos casos”, dice, expresión que permite entender comprende tanto los casos del apartado 2 como los del apartado 1. La interpretación contraria vaciaría prácticamente de contenido el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera —nótese que la puesta en funcionamiento de los Juzgados tuvo lugar al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio— y es difícilmente conciliable con la “plena aplicación” del nuevo régimen de la casación a las resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor —Disposición Transitoria Tercera—, plena aplicación que comporta que sólo puedan ser susceptibles de casación las sentencias que hubieran podido ser dictadas en única instancia con arreglo a la nueva Ley de esta Jurisdicción.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Procedimiento: sólo se pueden invocar como sentencias de contraste las del mismo orden jurisdiccional

No puede ser contemplada a la hora de enjuiciar el recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia pronunciada por la Sala Primera de este Tribunal Supremo, pues como declara la STS de 3 de octubre de 2003, Ar. 19, es presupuesto indeclinable de esta modalidad singular de la casación que la sentencia o sentencias que sirven como término de contraste procedan de los Tribunales, de este orden jurisdiccional, nunca de otros órganos jurisdiccionales incardinados en un orden distinto.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

T. CANO CAMPOS

La suspensión de las autorizaciones administrativas para conducir en las infracciones sancionadas por autoridades distintas de las del Estado

[Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 120 (octubre-diciembre 2003)]

ANTONIO M. BUENO ARMILLO

Con la excusa de un tema aparentemente menor, las consecuencias de la distribución de la potestad sancionadora en materia de tráfico entre distintas administraciones territoriales, el profesor CANO CAMPOS propone en este brillante artículo un interesante acercamiento a ciertos aspectos generales del Derecho Administrativo sancionador y, en particular, al principio del *non bis in idem*.

En primer lugar, expone —en ocasiones críticamente, como en el caso del País Vasco—, el sistema de reparto de competencias sancionadoras en materia de tráfico, destacando la reserva de competencias para la imposición de sanciones pecuniarias en materia de tráfico que se prevé a favor de los municipios y las Comunidades Autónomas de Cataluña y País Vasco.

Sobre dicho reparto, y al hilo de un recurso de inconstitucionalidad planteado por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo —e inadmitido mediante Auto del Tribunal Constitucional—, estudia su adecuación al principio *non bis in idem*, en sus dos vertientes, material y procedimental. A su juicio, la vertiente material de este principio no supone la prohibición de que se impongan dos sanciones por la misma infracción, si ambas es-

tán previstas en la misma norma sancionadora (lo que supondría entroncar este principio, equivocadamente, con el de proporcionalidad). Lo que la vertiente material del *non bis in idem* prohíbe en realidad —entroncando con el principio de legalidad y los problemas del concurso de normas—, es la aplicación de dos o más normas sancionadoras a un solo comportamiento infractor del ordenamiento. Respecto a la vertiente procedimental del *non bis in idem*, o prohibición del doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, recuerda CANO CAMPOS que no es una prohibición tan absoluta como la anterior, señalando que, en la medida en que el reparto competencial estudiado no da lugar a que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, no resulta vulnerado.

Finalmente concluye que, si bien el reparto estudiado no parece vulnerar el principio *non bis in idem*, sí que produce diversos inconvenientes, los más, relacionados con la falta de eficacia de la actividad administrativa y la política represiva desplegada en este sector. Se aboga, en consecuencia, por la aprobación de un Reglamento de infracciones y sanciones que garantice cierta uniformidad en este ámbito.

M. IZQUIERDO CARRASCO

La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo

[Lex Nova, Valladolid, 2004, 340 páginas]

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

La prestación de servicios de seguridad por parte de empresas y personal de seguridad privada es una actividad en continua y creciente expansión. Su conexión con la seguridad ciudadana y las consecuencias que esta actividad pueda tener para los derechos y libertades de todo ciudadano justifican

una intensa regulación normativa e intervención de la Administración. Pues bien, esta obra contiene una exposición sistemática y completa de esta intervención.

El estudio comienza con un análisis del contenido de cada uno de los servicios de seguridad privada que enumera la Ley de Seguridad Privada, de las consecuencias del carácter exclusivo y excluyente que tiene la prestación de estos servicios y de su ámbito espacial (propiedad privada, urbanizaciones, vía pública, etc.) A partir de ahí, la monografía se estructura en cuatro grandes bloques temáticos: el primero se dedica al análisis de los requisitos que tienen que cumplir las empresas y personal de seguridad privada, prestando una especial atención al alcance de las funciones de los vigilantes de seguridad; en el segundo, se exponen los controles administrativos a los que quedan sometidos estas empresas y personal antes de iniciar sus actividades, durante su realización y para la prestación de servicios específicos (así, el servicio de escolta); el tercero profundiza en el régimen sancionador, y, finalmente, en cuarto lugar, se aborda el régimen jurídico de la responsabilidad por sus actuaciones.

El autor se enfrenta, a lo largo de toda su obra y sin rehuir de los mismos, con graves problemas teóricos de importantes consecuencias prácticas —es el caso de los límites constitucionales al desarrollo de estos servicios—, así como a las dificultades que se derivan de una no siempre cuidada técnica normativa. Todo ello se aborda y discute con un lenguaje sencillo y comprensible, no sólo por el estudioso del Derecho sino también por todas aquellas personas que trabajan en la seguridad pública o privada. Un estudio doctrinal imprescindible si se desea conocer la realidad del régimen jurídico-administrativo de este sector.

J. DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA y

A. PANIZO GARCÍA

Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones

[Lex Nova, Valladolid, 620 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

J. DEL BARCO y A. PANIZO han elaborado un comentario completo y sistemático de la nueva Ley General de Subvenciones, de eminente carácter práctico, pero también de gran utilidad para los estudiosos del derecho de subvenciones.

Las subvenciones públicas han sido siempre un tema objeto de atención doctrinal, por las numerosas cuestiones que plantea la aplicación de su normativa reguladora. La reciente promulgación de la nueva Ley General de Subvenciones vuelve a suscitar nuevas cuestiones sobre la interpretación del nuevo orden vigente, a cuya resolución contribuirá notablemente la obra aquí reseñada.

J. CONDE ANTEQUERA

El deber jurídico de restauración ambiental

[Comares, Granada, 397 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Entre la creciente atención que la doctrina viene dedicando a las distintas instituciones del ordenamiento ambiental, destaca esta monografía de J. CONDE ANTEQUERA, dedicada al deber jurídico de restauración ambiental.

Ciertamente, en el ordenamiento ambiental tienen especial relevancia las técnicas preventivas, por su eficacia para impedir daños ambientales que, en la mayoría de los casos, resultan de difícil o imposible

reparación. Pero, cuando falla la prevención, surge la necesidad y el deber jurídico de reparación de los daños ambientales. Por ello, la monografía de J. CONDE supone una considerable aportación al panorama jurídico y doctrinal, escaso hasta ahora de estudios sobre este tema.

Partiendo de delimitar claramente el objeto de la restauración ambiental, el autor realiza un minucioso análisis de las particularidades del deber de restaurar, distinguiendo según que éste surja de actuaciones lícitas o ilícitas, o que competa a sujetos privados o a las Administraciones Públicas.

J.L. REQUERO IBÁÑEZ y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ

Balance de cinco años de aplicación de la ley jurisdiccional

[CGPJ, Madrid, 235 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Como su propio título indica, esta obra lleva a cabo una interesante valoración del tiempo de aplicación de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Junto con el análisis del siempre relevante papel del Tribunal Supremo en el orden contencioso-administrativo, la monografía comentada presta especial atención a los órganos unipersonales de este orden jurisdiccional, haciendo balance de las ventajas y de las carencias que se han revelado desde que comenzaron a funcionar los juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Precisamente en relación con la experiencia mostrada por el funcionamiento de estos órganos unipersonales, los autores se Pronuncian también sobre algunas medidas convenientes para la agilización del proceso contencioso-administrativo.

Además de lo señalado, la monografía de J.L. REQUERO y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA analiza con destacable atención y rigor la aplicación del derecho Comunitario por los órganos del orden contencioso-administrativo; un tema al que la doctrina no ha dedicado toda la atención que merece. Los autores aportan gran cantidad de datos y observaciones sobre las cuestiones relativas a la interpretación y a la aplicación del derecho comunitario, entre las que destacan las referidas al planteamiento de la cuestión prejudicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

A. RUIZ OJEDA

Derecho de la contratación pública y regulada

[Civitas, Madrid, 1.939 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

A. RUIZ OJEDA lleva a cabo un comentario sistemático y concordado de la legislación vigente en materia de contratos.

Las continuas intervenciones normativas en materia de contratación administrativa –propiciadas en su mayoría por el Derecho de la Unión Europea– son suficientes para resaltar el valor de una obra que, como ésta, expone de forma completa y ordenada el panorama actual de la materia.

La monografía de A. RUIZ OJEDA tiene un elevado interés teórico y práctico para estudiosos y aplicadores del derecho de la contratación pública, pues, no sólo analiza la normativa general de los contratos de las Administraciones Públicas, sino también las especialidades propias de modalidades específicas de contratos como los de obra o los relativos a los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

M. SÁNCHEZ MORÓN

Derecho de la Función Pública

[Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 333 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

La aparición de la cuarta edición del *Derecho de la Función Pública* de Miguel SÁNCHEZ MORÓN pone de manifiesto el éxito de una obra que analiza detalladamente la totalidad de las instituciones del régimen del empleo público.

Derecho de la Función Pública aborda de manera sistemática el régimen propio de las distintas categorías de empleados públicos, completando este análisis con numerosas referencias a las disposiciones de la legislación autonómica sobre función pública.

La cuarta edición de esta monografía incorpora los últimos cambios normativos, así como la jurisprudencia más reciente relativa al empleo público.

Z. SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y formas de participación ciudadana

[Lex Nova, Valladolid, 520 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

La creciente participación ciudadana en la actividad administrativa, además de una manifestación democrática, constituye un nuevo mecanismo de control administrativo e, incluso, ha determinado cambios en el propio concepto de Administración Pública.

La monografía de Z. SÁNCHEZ aborda ampliamente los aspectos generales y particulares de la participación ciudadana en ciudades y municipios, y lo hace, precisamente, en un momento en que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local,

se ha ocupado de potenciar dicha participación en los denominados “municipios de gran población”, creando los órganos oportunos a tal efecto.

Además de las cuestiones generales, la autora estudia, por un lado, el régimen jurídico de la participación individual en el ámbito municipal y, por otro lado, los mecanismos de participación ciudadana de carácter colectivo.

M. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

El abastecimiento de agua en España

[Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 824 páginas]

BEATRIZ SETUÁN MENDÍA

En esta monografía de la que ahora se da noticia —y que trae causa de la Tesis Doctoral de su autora— se aborda un análisis completo y sistemático del régimen jurídico al que se somete el servicio de abastecimiento domiciliario de agua en nuestro país.

De esta manera, la obra comienza con la pretensión de situarlo en el tiempo. Para ello ofrece en el capítulo I los antecedentes históricos, tanto de la consideración jurídica que ha tenido el agua como de los avatares del servicio en cuanto tal, singularmente su temprana atribución a los Municipios, encargados principales de su prestación.

La regulación presente del abastecimiento constituye, por supuesto, el núcleo principal de la monografía. De este modo, y enlazando con la antecitada ordenación preterita (de la que supone una continuación necesaria), el capítulo II presenta el marco constitucional de la ordenación jurídica de los recursos hídricos, analizando tanto la consideración que nuestra Norma Suprema realiza del agua como bien demanial (y las necesarias consecuencias jurídicas derivadas) como los títulos competenciales que presentan afección directa sobre la presta-

ción del servicio. Por supuesto, hay también mención expresa al nuevo marco comunitario de actuación en el ámbito de la política hidráulica diseñado por la Directiva 2000/60.

La naturaleza jurídica del abastecimiento de agua (identificable en la controvertida figura del servicio público), los presupuestos para su prestación (adquisición del aprovechamiento privativo de las aguas

mediante título jurídico válido; realización de obras hidráulicas –captación, regulación, tratamiento, conducción, transferencia en su caso, distribución, etc.– destinadas al mismo) y el régimen jurídico-administrativo de la dación del servicio (modelos de gestión, posición jurídica del usuario, aspectos cualitativos exigibles al recurso, etc.) tienen también su oportuno reflejo en la obra que se reseña, concretamente en los capítulos III, IV y V.

N O T A S

N O T A S

N O T A S

N O T A S

