



*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 Bamés 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] La responsabilidad de la Administración pública en el ámbito sanitario y la imprudencia médica  
JOSÉ GERRERO ZAPLANA

[31] Algunas consideraciones sobre la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida  
FERNANDO FONSECA FERRANDIS

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[53] I. DERECHO COMUNITARIO  
L. ORTEGA ÁLVAREZ

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

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

[107] IV. FUENTES DEL DERECHO  
A. MENÉNDEZ REXACH

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

[141] VI. ORGANIZACIÓN  
ADMINISTRATIVA  
M. SÁNCHEZ MORÓN

[147] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR  
M. REBOLLO PUIG

[171] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA  
E. LÓPEZ MENUDO

[181] IX. RESPONSABILIDAD  
ADMINISTRATIVA  
E. LÓPEZ MENUDO

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

[209] 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

[249] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO  
ECONÓMICO  
J. TORNOS MAS

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

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

### [311] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# La responsabilidad de la Administración pública en el ámbito sanitario y la imprudencia médica

**JOSÉ GUERRERO ZAPLANA**

Magistrado especialista en lo  
Contencioso-Administrativo  
Audiencia Nacional

## Sumario:

**Introducción. I. El incremento de la litigiosidad en materia sanitaria y la medicina defensiva.**

**II. La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: su configuración básica.**

**III. El criterio de la *lex artis*.** A) La necesidad de poner un límite al carácter objetivo de la responsabilidad. B) El concepto de *lex artis*. C) Configuración doctrinal de la *lex artis*.

**IV. Importancia de la *lex artis* en la determinación de la imprudencia punible.**

A) Introducción. B) Concepto jurisprudencial de imprudencia. La imprudencia profesional.

C) Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

Cuando se trata de estudiar alguna cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se hace necesario delimitar el campo de estudio pues nos encontramos ante una materia excesivamente amplia para tratarla en un solo trabajo, y se hace necesario acotar su contenido. Dejaremos por eso ahora al margen temas de extraordinaria importancia como pueden ser los referidos al procedimiento de tramitación de las reclamaciones, los problemas derivados de las peculiaridades en la práctica de las pruebas necesarias para acreditar la corrección o incorrección de la asistencia médica prestada, la posible intervención de compañías aseguradoras, los problemas que se derivan del consentimiento del paciente y del reconocimiento de los derechos que se contemplan en las legislaciones modernas, etc., y nos centraremos ahora al ámbito en el que se mueven las reclamaciones que se dirigen a las administraciones públicas sanitarias y que es el referido a la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria prestada.

Dentro de esta materia de la responsabilidad patrimonial sanitaria tendremos que limitar, también, nuestro objeto de estudio y trataremos, ahora, de exponer no los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni sus requisitos sino, exclusivamente, las peculiaridades que distinguen y señalan las reclamaciones de responsabilidad patrimonial cuando se plantean en relación a la asistencia sanitaria. Se dejarán al margen cuestiones trascendentes dentro del vasto campo de la responsabilidad patrimonial como son la relación de causalidad y las diversas teorías sobre su aplicación, el daño y su valoración, la posible aplicación de baremos para la cuantificación del mismo, etc.

En el último apartado de este trabajo, trataremos de relacionar el elemento fundamental de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas de la asistencia sanitaria, (que es el referido a la *lex artis*), con la imprudencia médica, concepto propiamente penal pero que se encuentra en una extraordinaria relación de conexión con ese criterio de la *lex artis*.

## **I. EL INCREMENTO DE LITIGIOSIDAD EN MATERIA SANITARIA Y LA MEDICINA DEFENSIVA**

Un adecuado encuadre de la cuestión exige partir de un hecho incontestable como es el referido a que la litigiosidad en relación a la asistencia sanitaria viene siendo creciente en los últimos años y llega a alcanzar unos límites absolutamente desbordantes por lo que es difícil hacer compatible un ejercicio sereno de la ciencia médica con el hecho de tener que soportar la avalancha de reclamaciones ante las que se deben enfrentar cada día tanto los Servicios Médicos Públicos (estatal y autonómicos) como las entidades privadas prestadoras de asistencia sanitaria como, personalmente, los propios médicos.

No hay que olvidar el dato fundamental y que hace referencia a que la medicina, en cualquiera de sus ramas y especialidades, es una ciencia caracterizada esencialmente por tratarse de una ciencia inexacta en la que no es posible garantizar en todo caso la producción de un resultado favorable sobre la vida y la salud del paciente; desconociendo este principio, muchos de los pacientes que formulan todo tipo de reclamaciones se considerarán asistidos por un inexistente derecho a la curación que les hace, en ocasiones, formular reclamaciones que carecen de la necesaria base que pudiera justificar su estimación.

Tampoco debemos olvidar un dato muy relevante: las reclamaciones que se plantean hoy día interesan indemnizaciones por importes extraordinariamente sustanciosos pero, en el caso de que se consigan estas indemnizaciones (generalmente por la vía extraprocesal de los acuerdos que se pueden lograr con las compañías de seguros), se suele olvidar la continuación del ejercicio de la acción jurisdiccional iniciada, lo cual es especialmente grave cuando la vía elegida para la reclamación ha sido, precisamente, la vía penal. No se olvide que actualmente el proceso penal tiene una clara finalidad intimidante que trata de conseguir la indemnización y que es considerado en sí mismo por los médicos como una pena independientemente del resultado final que produzca.

## La responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario

El incremento de reclamaciones al que nos venimos refiriendo se produce impulsado, también, por una mayor conciencia de todos los ciudadanos en sus derechos y dicho incremento se aprecia no sólo en el incremento numérico de las mismas sino también, como decíamos, en el incremento de las cantidades que se solicitan en concepto de indemnización. En general, pueden señalarse diversas causas que justifican el incremento de la litigiosidad en materia de reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria:

– La relación médico paciente se establecía hasta hace relativamente poco tiempo sobre bases de veneración y respeto hacia el médico; actualmente se han difuminado esas bases y se ha desmitificado la figura del médico (como ha ocurrido en tantas otras profesiones que estaban investidas de un aura de endiosamiento) y eso facilita enormemente que el paciente admita que el médico pueda ser el responsable del mal que le aqueja.

– La publicación frecuentísima en los medios de comunicación de toda clase de noticias sobre errores médicos y sobre las millonarias indemnizaciones concedidas (sobre todo en países anglosajones) estimula también a muchas personas a plantear su reclamación.

– Sin duda, también influye un asesoramiento jurídico de algunos abogados sin escrúpulos que impulsan a los pacientes y a sus familiares en la creencia de que cualquier adversidad en el campo sanitario puede encontrar a un médico responsable y que eso puede permitir lograr una sustanciosa indemnización.

Junto a esas causas a las que nos acabamos de referir, hay que atender a otras razones que fomentan el incremento de la litigiosidad en materia sanitaria; no hay duda de que en la sociedad se ha producido últimamente el reconocimiento de un abanico cada vez más amplio de derechos y que la conciencia ciudadana de los derechos, que la Constitución y las leyes nos conceden a todos los ciudadanos, ha provocado que en los últimos años las reclamaciones contra los médicos y la sanidad proliferen de modo extraordinario.

Actualmente, los medios con los que cuenta la sanidad, tanto pública como privada, son cada vez mayores y de más calidad, la preparación y la formación de los profesionales es cada vez más depurada, perfecta y continuada, y eso, a su vez, coincide

**LAS RECLAMACIONES QUE SE PLANTEAN HOY DÍA INTERESAN INDEMNIZACIONES SUSTANCIOSAS PERO, EN EL CASO DE QUE SE CONSIGAN TALES INDEMNIZACIONES, SE SUELE OLVIDAR LA CONTINUACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN JURISDICCIONAL INICIADA**

con un incremento en el número de las reclamaciones; por esta razón, dicho aumento no puede deberse más que a la voluntad de los ciudadanos en plantear dichas reclamaciones que, generalmente, terminan ante los Tribunales de Justicia a los que la Constitución (en su artículo 117) encomienda la obligación de ejercer la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos. No se olvide que el artículo 10.12 de la Ley General de Sanidad, entre los derechos de los ciudadanos en relación con la Administración pública sanitaria reconoce el derecho “a utilizar las vías de reclamación”.

Por tanto, es la propia sociedad la que demanda de los médicos una actuación más exquisita y ello se refleja en un aumento de las reclamaciones lo que obliga a los Jueces y Tribunales a poner en marcha los mecanismos previstos por las leyes procesales (criminales, civiles o contenciosas) y a pronunciarse sobre la corrección y adecuación de la actividad profesional de los médicos.

Independientemente de datos estadísticos que nos permitieran conocer si el incremento de reclamaciones se ha producido más en las reclamaciones formuladas ante la jurisdicción civil, penal o contencioso-administrativa, la realidad es que la presentación de denuncias o querellas derivadas de tratamientos médicos y relacionadas con la asistencia prestada es, numéricamente, muy relevante; en este punto no puede desconocerse que el derecho penal se ha considerado siempre como el *minimum* ético que debiera justificar que las reclamaciones se presentaran sólo cuando el delito o la falta por la que se reclama se considerara realmente producido y que no se emplease la existencia de las diligencias penales como un forma de presión que trate de conseguir otros fines sobre la base de una reclamación que más tendría su asiento lógico ante las jurisdicciones civil o contenciosa.

La reacción que origina en los médicos ese incremento tan desmedido de reclamaciones consiste en que por parte de éstos se practique de modo creciente lo que se ha venido a llamar una “medicina defensiva”. Sin perjuicio de lo que podamos concluir al amparo de lo previsto en el Código de Deontología al que nos referiremos más adelante, quizá podamos admitir que, cuando hablamos de medicina defensiva, estamos hablando de que los médicos, para evitar que se les impute mala práctica, prescriben la realización de pruebas diagnósticas que exceden con mucho de lo que sería habitual y abren todo el abanico que la medicina moderna les permite para evitar tanto un diagnóstico equivocado como que se les pueda tachar de dejadez o abandono en la investigación de la causa de la enfermedad.

La medicina defensiva trataría de proporcionar al médico la protección y defensa precisa ante las reclamaciones que se pueden plantear por los posibles perjudicados de la prestación asistencial recibida, de modo que el médico ante el que se formule la reclamación estuviera en condiciones de probar en todo caso que se actuó con arreglo a los protocolos aplicables y que la atención médica fue conforme al criterio de la *lex artis*, entendida ésta como criterio de normalidad en la prestación asistencial. La actuación medica “a la defensiva” supone que se practiquen las pruebas diagnósticas y que se actúe tomando no sólo las precauciones normales (en las que siempre se corre algún riesgo pues no puede

## La responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario

garantizarse que siempre la salud y la vida triunfen en el combate contra la enfermedad) sino más allá de las normales acentuando hasta el límite máximo las precauciones con el fin de reducir al mínimo de lo razonable los riesgos derivados del tratamiento médico.

Una actuación médica “a la defensiva”, considerada tal como hemos hecho en los párrafos anteriores, lleva aparejadas dos consecuencias fundamentales igualmente perniciosas para el sistema sanitario en general: por un lado, ocasiona una ralentización en la prestación asistencial, y por otra, provoca que se encarezca la asistencia prestada por cuanto supone la realización de pruebas de las que se podría haber prescindido. Se infringe frontalmente de este modo lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Sanidad que establece que “Los servicios sanitarios (...) adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad”, así pues dicha actitud estaría infringiendo, al menos, los principios de celeridad y economía.

Con todo, lo que es más preocupante es que los médicos en su actuar profesional no tengan fijado su norte sólo en la curación del enfermo (que es el primero y primordial deber del médico según establece el artículo 4 del Código de Deontología redactado por la Organización Médica Colegial) y en adoptar las medidas y tratamientos más acomodados a este fin, sino que, al practicar medicina defensiva, los médicos actúan del modo que consideran más adecuado para evitar las reclamaciones de los pacientes, lo que supone actuar sometidos a un presión añadida a la habitual de su trabajo y que debe producir efectos perniciosos en el propio médico y en la asistencia que presta.

No se olvide que en el segundo párrafo del artículo 18 del Código Deontológico se establece que “El médico no debe indicar exploraciones o tratamientos que no tienen otro fin que su protección. La medicina defensiva es contraria a la ética médica”. En principio, dicho precepto es claro y sirve no sólo como reflejo de que el ejercicio de la medicina defensiva está prohibida por la Organización Médica Colegial, sino que, también, nos permite obtener un concepto de lo que deba entenderse por medicina defensiva: puede entenderse que es aquella en que se prescriben exploraciones o tratamientos que no tienen finalidad terapéutica sino que buscan la protección del médico ante eventuales reclamaciones. La dificultad práctica radica en determinar en un caso concreto si estamos ante una forma de medicina defensiva y ello pues el artículo 20 del Código Deontológico atribuye al médico libertad de prescripción por lo que el empleo de la medicina defensiva debía ser muy grosero para que pudiera calificarse como tal sin posibilidad de réplica.

Derivada también del actual estado de cosas en que se encuentran las relaciones entre los médicos y la sociedad, es la alteración que el ejercicio de la medicina defensiva produce en lo que se refiere a los diferentes parámetros con los que se debe valorar la corrección de la prestación asistencial médica. Como veremos más adelante en este mismo trabajo, la *lex artis* se convierte en criterio esencial para determinar la existencia o no de responsabilidad y servirá, también, para determinar en qué casos puede hablarse de imprudencia grave y en cuáles, además, podemos encontrarnos ante un supuesto de impericia profesional.

Se plantean problemas a diario para determinar qué es lo que aconseja la *lex artis* en cada caso, y ello porque si una cosa es lo que sería normal en unas condiciones ordinarias, la

proliferación de reclamaciones dirigidas contra los médicos lleva a que se practique una cierta medicina defensiva con generalidad con lo que el criterio de la *lex artis* aumenta su nivel de exigencia de modo que lo normal viene a ser no lo que sería habitual en atención a la patología y circunstancias de cada paciente, sino lo normal para evitar la formulación de reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración.

No cabe duda de que el avance de la ciencia médica y la proliferación de nuevos y más perfectos métodos diagnósticos obligan a que el criterio de normalidad que representa la *lex artis* sea un criterio esencialmente variable en el tiempo (es decir, los protocolos asistenciales se deben ir mejorando y perfeccionando a lo largo del tiempo impulsados por el avance de la ciencia); ahora bien, lo que no tiene justificación suficiente es que la modificación de la *lex artis* la marque no el avance de la ciencia sino el hecho de que se practique una medicina cada vez de carácter más defensivo que lleve a convertir en normal cosas que no lo son si se valoran desde el punto de vista estrictamente científico y técnico.

De este modo la práctica de una medicina defensiva impulsada por la proliferación de reclamaciones produce otro efecto muy perjudicial: el criterio de la *lex artis* no viene marcado por el avance de la ciencia sino por el temor a que se produzcan reclamaciones de los particulares en relación con la asistencia recibida. Además, cuando se trata de valorar si la práctica médica realizada en un concreto supuesto ha sido acorde o no a la *lex artis*, resulta que lo que hace tiempo no era habitual, se convierte cada vez más en frecuente y lo que se consideraba un tratamiento habitual y acorde a la normalidad, ahora se considera notablemente insuficiente pues se complementa con toda clase de pruebas terapéuticas y diagnósticas que si bien no resultan del todo innecesarias sirven para asegurar que nunca pueda prosperar una reclamación por defectuosa asistencia sanitaria de modo tal que, para el caso de que se produzca un resultado dañoso se pueda acreditar que siempre es imputable a la evolución natural de la enfermedad y no a la deficiente asistencia prestada.

Por tanto, el incremento de reclamaciones y la mayor exigencia de los ciudadanos en relación a la asistencia sanitaria ocasiona la modificación de los niveles de normalidad en la asistencia, lo que tiene efectos directos en relación con la fijación del parámetro que representa la *lex artis* y al que nos referiremos más adelante.

## II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: SU CONFIGURACIÓN BÁSICA

La responsabilidad patrimonial de la Administración, en general, tiene su origen constitucional en lo dispuesto en los artículos 9.3 y 106 de la Constitución (este último establece literalmente en su párrafo segundo que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”) que contemplan una exigencia general de responsabilidad de los poderes públicos, mientras que el desarrollo legislativo más deta-

llado, que imponía el propio artículo 106, se encuentra en las siguientes normas fundamentales: la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común que dedica a la materia los artículos 139 y siguientes; el RD 429/1993 que regula el procedimiento administrativo de reclamación; diversos preceptos de la Ley 14/1986, Ley General de Sanidad; el RD 63/1995 sobre Ordenación de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud y, por último, diversos preceptos tanto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [artículo 2.e)] como de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.4) que atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de las reclamaciones que se susciten en materia sanitaria. También resulta de especial trascendencia la Ley Básica 41/2002 sobre Derechos y Deberes de los Pacientes que regula cuestiones tan importantes como el consentimiento informado y la historia clínica, y que en diversas Comunidades Autónomas ha sido objeto de una regulación también específica.

La regulación legal de la materia de la responsabilidad patrimonial de la Administración se ha completado por una abundante jurisprudencia sobre la cuestión, jurisprudencia que se ha dictado espoleada por la multitud de reclamaciones que se han producido, y a las que antes nos referíamos, y que han ayudado a realizar una configuración completa del régimen de responsabilidad patrimonial.

La jurisprudencia es clara en reconocer cuáles son los requisitos cuya concurrencia se precisa para que estemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial; la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998 (Recurso 11532/1990), siguiendo una línea jurisprudencial tan estable que no exige mayor cita, establece cuáles son los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración: “Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo:

- a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.
- b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.
- c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.

**SEGÚN EL ARTÍCULO 106  
CE LOS PARTICULARES  
TENDRÁN DERECHO A  
SER INDEMNIZADOS POR  
TODA LESIÓN QUE SUFRAN  
EN CUALQUIERA DE SUS  
BIENES Y DERECHOS,  
SALVO EN LOS CASOS  
DE FUERZA MAYOR,  
CUANDO AQUÉLLA SEA  
CONSECUENCIA DEL  
FUNCIONAMIENTO DE  
LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado”. (También STS de 9 de marzo de 1998; recurso 6115/1993.)

De todos estos elementos nos referiremos con cierto detenimiento sólo a la relación de causalidad y, en relación con este tema, a la consideración de la responsabilidad patrimonial como una forma de responsabilidad objetiva y que hace que se diferencie esta responsabilidad de las formas de responsabilidad por culpa.

Está extraordinariamente consolidada la jurisprudencia que configura la responsabilidad patrimonial de la Administración como una responsabilidad objetiva; la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2001 establece que la responsabilidad patrimonial de la Administración “se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de ella se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”. Este criterio es repetido, con idéntica expresión, en multitud de sentencias de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La consecuencia básica de la configuración de la responsabilidad patrimonial como objetiva (a diferencia de la tradicional responsabilidad por culpa propia del ámbito civil del derecho) es que no es necesario demostrar que se ha actuado con dolo o culpa, ni que el servicio ha funcionado de manera anormal, bastando con acreditar la existencia del daño y la oportuna relación de causalidad; no se olvide que la configuración de la responsabilidad patrimonial que procede del artículo 139 de la Ley 30/1992 hace que se deba responder tanto por el funcionamiento normal como por el funcionamiento anormal de la Administración por lo que para que surja la responsabilidad no es necesario probar que el servicio se ha desenvuelto de manera anómala. La Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2001 (recurso 8724/1996) confirma con este argumento una sentencia desestimatoria de una reclamación de responsabilidad patrimonial por contagio de VIH sobre la base de que no se había acreditado la relación causal entre la actuación administrativa (una transfusión de sangre) y el resultado producido (el fallecimiento) pues se había acreditado que la sangre transfundida procedía de una persona respecto de la que se había excluido que pudiera padecer dicha enfermedad.

De este modo nos vamos acercando a lo que se debe considerar como el objeto básico de nuestro trabajo: si bien la responsabilidad patrimonial es una responsabilidad objetiva o por el resultado, en materia sanitaria se hace necesario establecer algunos límites a la consideración puramente objetivista del nexo de causalidad pues dicha consideración puramente objetivista aplicada a la materia sanitaria ocasionaría un resultado desproporcionado e incompatible con los modernos criterios de responsabilidad patrimonial.

La limitación del principio puramente objetivista de la responsabilidad patrimonial se realiza en la jurisprudencia moderna sobre la base de dos principios fundamentales: por un lado, la aplicación del criterio de la *lex artis* como criterio de normalidad en la prestación asistencial sanitaria y, por otro lado, la consideración de que daño indemnizable sólo es el daño que reúne la condición de antijurídico a diferencia de otros tipos de daño que hay obligación de soportarlos. A su vez, se aplican por la jurisprudencia reciente otras teorías que tienen la misma finalidad de tratar de limitar la responsabilidad de la Administración sanitaria como son las teorías de la causación indirecta, del daño desproporcionado o de la responsabilidad por la pérdida de oportunidades. A todas ellas trataremos de referirnos en los apartados siguientes.

### III. EL CRITERIO DE LA *LEX ARTIS*

#### A) La necesidad de poner un límite al carácter objetivo de la responsabilidad

Las reclamaciones que se plantean en relación con la prestación asistencial sanitaria tienen todas ellas en común el que recaen sobre un elemento fundamental como es la salud de las personas que es, como la vida misma, esencialmente quebradiza. Por lo tanto, lo que ni los particulares puede pedir ni la administración garantizar es que la asistencia sanitaria vaya a tener siempre un resultado favorable para la vida y la salud de los ciudadanos y por ello es perfectamente posible que dicha prestación asistencial no concluya con la sanidad deseada por el paciente.

Como exponíamos al principio de este trabajo, en la actualidad se produce una desbordante presentación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, no sólo en materia sanitaria sino en relación con cualquier ámbito de la actuación de la Administración, y se hace necesario frenar la creciente línea de incremento de reclamaciones de modo que se dé lugar a la estimación de las reclamaciones sólo en aquellos supuestos en los que verdaderamente sea procedente y esté verdaderamente justificado acceder a las pretensiones indemnizatorias. De no lograr el freno de la creciente demanda de reclamaciones, se corre el riesgo de llegar a un estado providencialista convertido en aseguradora universal que tuviera que atender cualquier reclamación que tenga por origen la actividad administrativa previa.

Esta necesidad de poner un cierto límite a las reclamaciones que se plantean ante el funcionamiento de los servicios públicos ha sido apreciada por el mismo Tribunal Supremo que, en diversos pronunciamientos, se hace eco de esta exigencia y de la necesidad de que el hecho de que cualquier evento dañoso esté relacionado con la administración, no puede hacer a ésta responsable del resultado producido. La Sentencia de la Sala Tercera de 27 de julio de 2002 (recurso 4012/1998) contempla el supuesto de un niño que se lesiona en un ojo al saltarle una astilla durante la celebración en su colegio del “Día del árbol” y entiende la Sala que “la consecuencia derivada de una interpretación laxa del citado precepto (artículo 139 de la Ley 30/1992) hasta el extremo de convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la ampli-

tud de servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más perturbadora para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos” añade seguidamente que el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no está concebido para evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave quebranto en su salud.

Precisamente por ello, por la necesidad de frenar el incremento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la circunstancia de que la asistencia sanitaria no consiga restablecer la salud del paciente, no puede entenderse en todos los supuestos como una circunstancia que deba dar lugar a responsabilidad y ello a pesar de que pueda establecerse la oportuna relación de causalidad entre la asistencia prestada y el resultado de falta de salud. En los casos de pacientes con graves enfermedades terminales o con patologías de alto riesgo es fácil distinguir que una cosa es la relación de causalidad que puede establecerse entre la asistencia y el resultado y otra cosa que por el simple hecho de que se pueda establecer dicha relación sea factible imputar el resultado a la prestación asistencial y no a la previa patología del paciente.

Quiere decir, pues, que si hubiera lugar a responsabilidad patrimonial en todos los supuestos en los que, simplemente, puede establecerse la oportuna relación de causalidad entre la prestación sanitaria y el resultado producido, debería responder la Administración en supuestos absolutamente inadecuados. Sería ése el caso, por ejemplo, en que se reclamase por los daños derivados de un tratamiento quimioterápico o cuando se produce el fallecimiento a resultas de una complicada intervención quirúrgica en el curso de la que se precisa el empleo de circulación extracorpórea y en la que se produce un fallo multiorgánico en respuesta a la delicada situación previa del paciente y que concluye con su fallecimiento. En estos supuestos se puede establecer el correspondiente nexo de causalidad, pero no puede entenderse que la administración deba responder de los daños pues consecuencias dañosas (las molestias de la quimioterapia o el fallecimiento) no derivan tanto de la prestación sanitaria recibida sino de la patología previa del paciente.

La forma más correcta de delimitar los supuestos de verdadera responsabilidad consiste en añadir un “plus” a la exigencia de la relación de causalidad: no basta sólo con exigir que exista relación de causalidad, se debe exigir, además, que la prestación sanitaria se haya producido con infracción del criterio de la *lex artis* de modo que la simple existencia de relación de causalidad no determina por sí la existencia de responsabilidad siendo exigible que la asistencia prestada, aun siendo formalmente correcta, haya infringido ese criterio de normalidad.

Como estamos ante una responsabilidad, la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene, por su propia naturaleza, un carácter claramente objetivo, la aplicación de ese “plus” que permita reducir los supuestos en que haya lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo a los supuestos de verdadera necesidad, hace necesario atender no a criterios de ilicitud o de culpa (propios de otras formas de responsabilidad) sino que debe atenderse a un criterio distinto como puede ser el de la

corrección de la asistencia sanitaria prestada sobre la base de ese criterio de normalidad que representa la *lex artis* a que nos referiremos más adelante.

De no obrar de este modo se produciría una objetivación excesiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración; no ha sido ajena la jurisprudencia del Tribunal Supremo a dicha situación pues en un primer momento se reconocía el carácter exclusivamente objetivo de la responsabilidad patrimonial. Basta citar para apreciar esta circunstancia, entre otras muchas, las Sentencia de 14 de junio de 1991 (recurso 512/1987) o la de 28 de mayo de 1991 en las que se insiste en el carácter puramente objetivo de la responsabilidad y en la exigencia de la inexcusable relación de causalidad entre la asistencia y el resultado producido.

Estas sentencias eran la consecuencia de aplicar con rigor un principio de responsabilidad objetiva radical y ello derivaba de la doctrina que procedía tanto de la jurisprudencia como de la configuración de la responsabilidad patrimonial que resultaba de la aplicación de las normas que, en aquellos momentos, regulaban esta institución: la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la Ley de Expropiación Forzosa.

### B) El concepto de la *lex artis*

Esta línea jurisprudencial marcadamente objetivista no se ha mantenido en la jurisprudencia más moderna que ha insistido en el criterio de la *lex artis* como delimitador de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 2001 (recurso 8406/1997) plantea el supuesto de una señora que fue intervenida quirúrgicamente de una hidrocefalia y la intervención produjo una reducción muy sustancial en la visión de la recurrente; entiende la sentencia que en materia de responsabilidad patrimonial “el elemento de la responsabilidad desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad, ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”. Dicha

**SI LA ACTUACIÓN  
CONFORME A LA LEX  
ARTIS ES LA QUE SE  
REALIZA CON ARREGLO  
AL ESTADO DEL SABER EN  
CADA MOMENTO, NO HAY  
DUDA DE QUE LO ÚNICO  
QUE PUEDE EXIGIRSE ES  
UNA ACTUACIÓN MÉDICA  
ACORDE AL ESTADO DEL  
SABER DEL MOMENTO EN  
QUE SE PRESTA**

sentencia, tras considerar que el daño producido no ha sido antijurídico, une el concepto de infracción de *lex artis* con el relativo a la antijuridicidad de daño y considera que si la intervención estaba indicada y se ha realizado con arreglo al estado del saber del momento de que se trate, el resultado dañoso que pueda producirse no es antijurídico y, por lo tanto, tiene el paciente obligación de soportarlo; además relaciona esta cuestión con lo dispuesto en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999.

La Sala Tercera en su Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2001 (recurso 8406/1997) trata la cuestión de la corrección de la asistencia sanitaria y aunque afirma que las secuelas que tenía la paciente a resultas de una determinada intervención quirúrgica se debían a la propia intervención y a su previo padecimiento entiende que no debe haber lugar a responsabilidad pues “lo cierto es que la técnica quirúrgica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber de manera que los resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de dicha técnica quirúrgica”.

El artículo 141.1 citado por la jurisprudencia, establece, tras la exigencia de que el daño debe ser antijurídico que “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes al momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. Por lo tanto, si la actuación conforme a la *lex artis* es la actuación que se realiza con arreglo al estado del saber en cada momento, no hay duda de que lo único que puede exigirse es una actuación médica acorde al estado del saber del momento en que se presta la atención médica.

Hay que atender también al problema de la carga de la prueba y ello pues en aplicación de lo dispuesto por este artículo 141 de la Ley 30/1992, la acreditación del estado del saber y de la ciencia en cada caso es una cuestión que recae sobre la Administración. El particular, siguiendo el principio general de la carga de la prueba que ahora resulta del artículo 217 de la Ley 1/2000, deberá acreditar solamente la existencia del daño, la relación de causalidad y, en su caso, la violación del criterio de normalidad representado por la *lex artis*; la Administración, si considera que en un caso concreto no hay responsabilidad por aplicación de la cláusula del artículo 141.1 deberá acreditar que no le fue posible a la Administración sanitaria evitar la producción del daño y que la actuación de la Administración fue acorde a la *lex artis* del momento de prestación de la asistencia sanitaria. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de mayo de 1999 (recurso 2132/1995) con ocasión de las primeras sentencias relativas a los contagios del virus de la hepatitis C; el voto particular que acompañaba a la Sentencia consideraba que no tenía la Administración dicha carga pero que ello se debía al carácter notorio de la situación científica y a la innecesariedad de probar los hechos notorios.

Igual que la sentencia a la que nos acabamos de referir parece relacionar la *lex artis* con el concepto de estado del saber, la Sentencia de la misma Sala y Sección de fecha 7 de junio de 2001 (recurso 538/1997) relaciona la *lex artis* con la inadecuación de la prestación médi-

ca. El supuesto que contempla es el de la intervención quirúrgica de apendicitis a la que se somete a una persona sin tomar en consideración sus antecedentes de drogadicción por vía intravenosa lo que ocasiona una reacción alérgica a la anestesia que provoca su fallecimiento, se entiende, además, que se produjo un error de diagnóstico, pues de los análisis practicados y del examen del paciente no aparecían datos suficientes para justificar la urgencia de la intervención a la que fue sometido el paciente y que ocasionó que no se le realizaran los análisis preceptivos. Dice la sentencia que “el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por la actividad administrativa puede consistir (...) en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo. Esta inadecuación puede producirse por (...) incumplimiento de la *lex artis ad hoc* o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio”. Esto nos pone en relación con la cuestión de la responsabilidad por falta de coordinación entre los médicos o cuando la información que obra en la historia clínica no se utiliza (SSTS de 1 y 21 de julio de 1997).

Una consecuencia derivada del hecho de que la existencia de responsabilidad patrimonial dependa de la aplicación de los criterios de normalidad de la *lex artis*, consiste en que la medicina no puede garantizar una única solución válida para cada caso pues las técnicas útiles para una determinada patología pueden ser diversas, lo que conlleva que la determinación de cuál es la *lex artis ad hoc* no siempre resulte unívoca pudiendo darse el caso de que existan diversas técnicas y que todas ellas resulten correctas y conformes a la *lex artis*. Con la instauración de los protocolos se establecen unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico con lo que se facilita extraordinariamente la determinación de la *lex artis* de cada caso admitiendo siempre que las circunstancias de cada caso puedan servir para valorar la corrección de la prestación asistencial.

### C) Configuración doctrinal del criterio de la *lex artis*

Atendiendo a la actividad administrativa en el campo sanitario hay que considerar que las prestaciones sanitarias a las que tienen derecho los ciudadanos se recogen en una norma, fundamentalmente en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Prestaciones del Sistema Nacional de Salud, pero no se indica ni cuáles son los medios adecuados para atender a cada enfermedad ni en qué momento deben ser utilizados, ni las pruebas diagnósticas que deben practicarse en cada caso, ni cuáles son, en definitiva, los niveles de calidad dentro de los que debe moverse la prestación de los servicios sanitarios.

La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986) en este punto no concreta sino que, como no puede ser de otra manera, sólo establece principios de carácter general como hace en el artículo 7 donde dispone que “Los servicios sanitarios (...), adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad”; a su vez, el artículo 46 de la misma Ley establece que “Son características fundamentales del Sistema Nacional de Salud: (...) b) La organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación (...) e) La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados”. Como hemos dicho, el Real Decreto 63/1995 sobre Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional

de Salud, tampoco establece ninguna precisión al respecto del modo o condiciones en que se debe prestar la asistencia sanitaria, sino que se limita a remitirse o bien a la Ley General de Sanidad (artículo 1) o bien a las normas de organización, funcionamiento y régimen de los servicios de salud (artículo 2), remisión que puede entenderse efectuada a los protocolos de asistencia, en los casos en que existan.

Se hace necesario, pues, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis* y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación.

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*; de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría, como

hemos visto, una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la *lex artis*.

La *lex artis*, pues, se relaciona con la deontología profesional y con el sentido común humanitario, y ello pues fija el criterio de la normalidad en la prestación asistencial. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2001 definía la *lex artis* como “la técnica, el procedimiento o el saber propio de una profesión”. Es decir, cuando se aplica a la profesión médica, se trata de un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico que toma en consideración tanto las técnicas habituales, la complejidad y la trascendencia vital de la enfermedad o la patología así como factores endógenos o exógenos propios de la enfermedad. En general, pues, la *lex artis* es un criterio que sirve para integrar en cada caso cuál es la diligencia propia del facultativo.

La correcta valoración del elemento de la *lex artis* permite entender que todo aquel resultado dañoso que sea consecuencia de la prestación sanitaria cuando ésta se haya facilitado sin respetar los criterios de la *lex artis*, es una prestación que debe dar lugar a la reparación por la vía de la responsabilidad patrimonial, por considerar que no hay obligación de soportar ese daño; por el contrario, cuando la prestación sanitaria se haya facilitado respetando los parámetros marcados por la *lex artis*, el daño que pueda producirse en la salud del paciente, no podrá imputarse a la prestación asistencial, sino que procederá del hecho mismo de la salud considerada como un bien respecto del que no se pueden ofrecer garantías de mantenimiento y, por tanto, debe considerarse que el daño no es antijurídico y existe obligación de soportarlo.

Efectivamente, la consideración de la responsabilidad patrimonial como una responsabilidad de carácter objetivo es algo admitido unánimemente tanto por la legislación como por la jurisprudencia, pero esta característica, que dentro de la responsabilidad patrimonial en general de la administración, no tiene más excepciones que las que proceden de la necesidad de valorar la antijuridicidad del daño y la obligación o no del perjudicado de soportar el daño causado, tiene sustanciales límites en materia de responsabilidad patrimonial de la

**LA LEX ARTIS SE BASA EN EL PRINCIPIO SUSTENTADO POR LA JURISPRUDENCIA DE QUE LA OBLIGACIÓN DEL PROFESIONAL ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS, ES DECIR, DE PRESTAR LA DEBIDA ASISTENCIA MÉDICA Y NO DE GARANTIZAR EN TODO CASO LA CURACIÓN DEL ENFERMO**

Administración sanitaria. Ya valoramos en su momento la peculiaridad que supone el hecho de que la actividad de la Administración sanitaria actúe sobre un elemento (como es la salud humana) respecto del que no se puede garantizar efectos favorables en todo caso, pues la enfermedad y la muerte son consustancial a la propia naturaleza humana.

Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad. Este límite nos lo proporciona el criterio de la *lex artis*, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico) mientras que en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

El criterio de la *lex artis* se define como *ad hoc*, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. Como venimos exponiendo, la prestación asistencial sanitaria es de medios, y no de resultados, lo que quiere decir que no se puede garantizar en todo caso la obtención de un resultado favorable para la salud y la integridad del paciente; ahora bien, eso no puede suponer que no se deba prestar atención a los resultados ya que la *lex artis* mide, también, lo que cabe esperar en cada caso concreto de lo que es la práctica habitual de la asistencia médica pero sin desconocer la posibilidad de que concurren circunstancias perturbadoras como puede ser la propia patología del paciente, la evolución inesperada de la enfermedad o la confluencia de circunstancias inicialmente imprevisibles.

De no valorar este criterio, que como hemos dicho es un criterio de normalidad, la realidad es que la nota de objetividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración, convertiría a ésta en responsable de todo daño derivado del sometimiento a la medicina pública y, como hemos visto, este resultado sería totalmente excesivo dada la condición de la naturaleza humana y la imposibilidad de garantizar la salud.

En relación con esta cuestión de la definición de la *lex artis* considerada como el criterio de normalidad definidor de los límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se encuentra la cuestión del progreso y evolución de la ciencia médica. No hay duda de que la ciencia médica se encuentra en continua evolución y progreso, no sólo en cuanto a medios diagnósticos, sino también en cuanto a tratamientos, procedimientos o medicamentos. En ocasiones el profesional demandará de la Administración de la que depende la aplicación o instalación de los medios más avanzados que pueda proporcionar la ciencia médica, pero esas demandas de los profesionales de la medicina

## La responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario

no siempre podrán ser satisfechas por la Administración encargada de proporcionar los medios con los que prestar la asistencia sanitaria pues la Administración debe combinar el principio de eficacia en la prestación asistencial con las limitaciones que vienen impuestas por la escasez de los fondos públicos; por esta razón, no siempre se conseguirá que el criterio de la *lex artis* esté marcada por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica.

Por esta razón, el criterio de la *lex artis*, cuya infracción dará lugar a responsabilidad, no puede entenderse infringido cuando no se haya aplicado el tratamiento o el procedimiento más avanzado que permita la ciencia médica en general, sino que, como hemos dicho más arriba, se trata de un criterio de normalidad, por lo que tiene un carácter esencialmente relativo, no absoluto, y que debe ponerse en directa relación con las circunstancias en las que se presta la asistencia médica de que se trata. Por tanto, en un caso será exigible una asistencia más avanzada y en otros no se entenderá infringido el criterio de la *lex artis* aun cuando se haya prestado una asistencia muy rudimentaria pero siempre que no fuera exigible otra distinta (por ejemplo, un médico rural que carece de prácticamente todos los medios precisos para una asistencia completa).

En este punto también hay que considerar que, precisamente por lo que acabamos de decir, no es posible considerar que sea exigible a la Seguridad Social española la prestación de la asistencia sanitaria del mismo nivel que la más avanzada y moderna que se pueda prestar en otro centro extranjero o en otro español que cuente con los medios más modernos y avanzados que podamos imaginar. Ésta es una cuestión que se relaciona con la referida al reintegro de gastos médicos por la asistencia recibida fuera del sistema público de salud y la jurisprudencia tiene establecido con generalidad como no es exigible a la Administración sanitaria española que proporcione al paciente la asistencia más avanzada y moderna que pueda existir en alguna clínica (sea ésta española o extranjera) y ello pues el sistema público de salud se debe mover dentro de los límites presupuestarios que le son propios.

La *lex artis* (no olvidemos su carácter relativo) permite delimitar cada situación de modo que a lo que obliga es a que la asistencia sea la correcta y adecuada en atención a las circunstancias de espacio y tiempo en que se presta la misma pero no impone una determinada asistencia ni obliga a la obtención del resultado favorable en todo caso, cuestión esta que, como hemos visto, no puede garantizar la medicina por muy avanzada que sea.

## IV. IMPORTANCIA DE LA *LEX ARTIS* EN LA DETERMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA PUNIBLE

### A) Introducción

Vamos a plantear ahora cómo el concepto de *lex artis* al que nos venimos refiriendo como delimitador de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se integra, también, dentro del ámbito penal y se convierte en elemento definidor y delimitador de algunos de los supuestos en los que cabe hablar de responsabilidad en el campo penal del derecho.

Dentro del catálogo de delitos y faltas que se recogen en el Código Penal nos interesan ahora fundamentalmente los delitos imprudentes pues es en ellos donde el criterio de la *lex artis* puede llegar a jugar un papel más relevante mientras que en los delitos dolosos los elementos de los tipos penales se encuentran al margen de los criterios valorativos que integran la *lex artis*. Entre los tipos que, si bien pueden tener relación con la asistencia sanitaria, ahora deberemos dejar al margen por alejarse de nuestro objeto de estudio hay que citar los siguientes:

- La omisión del deber de socorro aplicable al profesional sanitario que se recoge en el artículo 196.
- El descubrimiento y revelación de secretos del profesional (artículo 199.2).
- El intrusismo profesional recogido en el artículo 403.
- La manipulación genética recogida en el artículo 159.

Como decíamos, los tipos penales que más nos interesan ahora son los tipos imprudentes y para su estudio es necesario referirse, en primer lugar, al hecho de que el Código Penal de 1995 modificó el sistema previsto en el Código de 1973 estableciendo el sistema de *numerus clausus* de delitos imprudentes puesto que su artículo 12 establece que “Las acciones y omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. Se destierra, por lo tanto, el sistema de *crimen culpa* (que admitía la posibilidad de que cualquier delito se pudiera cometer en forma imprudente) y se abraza el llamado sistema de *crimina culpa* que, en el fondo, supone reconocer un menor disvalor a las formas imprudentes respecto de los correlativos dolosos, exigiendo tipificación expresa para las formas imprudentes de los tipos penales. Este sistema, por lo que a nosotros nos interesa, tiene la indudable ventaja de garantizar con más exactitud tanto el principio de tipicidad como los principios de seguridad jurídica y de legalidad y ello pues exige tipificación expresa para considerar una conducta como imprudente; además, con este sistema de tipificación de los tipos penales imprudentes, se responde con más exactitud al clásico principio penal de la exigencia de intervención mínima pues no se permite la generalización de la respuesta penal ante tipos imprudentes.

No debe olvidarse que aunque el Código Penal de 1995 recoja este principio de limitación que, sin duda, favorece y sirve de cierta protección a la profesión médica, por otra parte este Código menoscaba la situación de los médicos y del resto del personal sanitario ante la posible respuesta penal del ordenamiento jurídico porque en los tipos imprudentes en los que se aplica la agravación de la profesionalidad se recoge como una pena independiente y cumulativa la referida a la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión. Así sucede en los tipos de homicidio y aborto imprudentes (artículos 142 y 146); lesiones imprudentes (artículo 152) y en el tipo de lesiones al feto por imprudencia (artículo 158). La consecuencia de esta consideración de la pena de inhabilitación especial como pena independiente es que en el caso de que el considerado responsable

de uno de estos delitos obtuviera la remisión de la pena (por ejemplo, mediante la concesión del indulto) mantendría la imposición de la pena de inhabilitación con lo que se le privaría de la posibilidad de ejercer su trabajo y de mantener su medio de vida, lo que supone una grave consecuencia no sólo en el aspecto profesional sino, también, en el ámbito personal y familiar.

Aunque existen algunos tipos imprudentes que pudieran tener una cierta relación con la asistencia sanitaria (el aborto imprudente, las lesiones al feto causadas por imprudencia grave, la manipulación genética y la sustitución de un niño por otro), a la hora de analizar el grado de imprudencia y la relación que se puede establecer entre ésta y el criterio de la *lex artis*, se limita nuestro interés a los delitos y faltas imprudentes que se encuentran en directa relación con la vida y la integridad corporal.

Por lo tanto, los tipos en relación a los que debemos construir nuestro estudio son, exclusivamente, los siguientes:

1. Homicidio imprudente que se recoge en el artículo 142.1 cuando se causa la muerte de otro por imprudencia grave. El tercer párrafo del mismo precepto contempla la modalidad agravada cuando el homicidio se ha cometido por imprudencia profesional; como veíamos antes, la modalidad agravada por la circunstancia de profesionalidad no conlleva (como en el anterior Código) un considerable incremento de las penas privativas de libertad sino la pena de inhabilitación especial por lo que cabe pensar en la posibilidad de que los Tribunales apliquen con más “tranquilidad” este tipo penal sabiendo que no supondrá incremento de la pena tradicionalmente más afflictiva que es la privación de libertad.

2. El homicidio ocasionado por imprudencia leve se castiga en el artículo 621.2 del Código. En relación a este tipo penal no hay más que hacer constar dos detalles trascendentes; por un lado, la paradoja que supone que se considere como simple falta la conducta que da lugar a la pérdida del bien jurídico más preciado de los que disponen las personas que es su propia vida. Por otro lado, hay que señalar la exigencia de que sólo es perseguible a instancias de la persona agraviada o de su representante legal lo que, como es obvio al tratarse de un homicidio, debe interpretarse como que puede ser perseguido a instancias del perjudicado (en el concepto que resulta de la Disposición Adicional Tercera del propio Código Penal).

**ES EN LOS DELITOS  
IMPRUDENTES DONDE LA  
LEX ARTIS PUEDE LLEGAR  
A JUGAR UN PAPEL MÁS  
RELEVANTE, MIENTRAS  
QUE EN LOS DELITOS  
DOLOSOS LOS ELEMENTOS  
DE LOS TIPOS PENALES SE  
ENCUENTRAN AL MARGEN  
DE LOS CRITERIOS  
VALORATIVOS QUE  
LA INTEGRAN**

3. El artículo 152 recoge los tipos de lesiones por imprudencia constitutivas de delito y contempla, a su vez, varios supuestos:

- Si se ocasionan las lesiones del artículo 147.1; que son las lesiones del tipo básico.
- Si se ocasionan lesiones del artículo 149.3: que ocasionen pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal.
- Si se ocasionan las lesiones del artículo 150: pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal.

El párrafo 3 del mismo precepto recoge la agravación por el hecho de que las lesiones se cometieran por imprudencia profesional en cuyo caso se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo.

4. El artículo 621 es el que recoge la falta de lesiones imprudentes y contempla los siguientes supuestos:

- Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147.
- Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito.

### **B) Concepto jurisprudencial de imprudencia. La imprudencia profesional**

No es necesario elaborar ahora un cuerpo doctrinal completo sobre el concepto del delito imprudente, baste, no obstante, con hacer referencia a principios muy básicos propios del derecho penal y que parten de la base de que la imprudencia se opone al dolo y supone, en general, una infracción de un deber de cuidado que le cabía al sujeto que realiza el hecho imprudente; supone, pues, la infracción de un deber de cuidado que estaba destinado a proteger un determinado bien jurídico y que resultó lesionado con la actuación imprudente.

Los dos presupuestos que tradicionalmente constituyen la imprudencia están integrados por el elemento psicológico que supone la falta de previsión de lo que había posibilidad de prever y que se debía conocer y evitar y sobre el que el agente, por su voluntaria omisión de atención y vigilancia, ha ocasionado un daño y, en segundo lugar, el elemento normativo de la exigibilidad que supone la omisión del deber objetivo de cuidado impuesto por las normas de la ciencia o de la experiencia y que de haberse observado habrían evitado el resultado que se reprocha y que ocasiona el tipo penal de que se trata.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al enumerar cuáles son, en general, los requisitos de la imprudencia mantiene una línea muy sólida desde sentencias ya antiguas; la Sentencia de 25 de septiembre de 1999 (recurso 811/1999), siguiendo

## La responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario

a otras muchas anteriores como las de 6 de mayo de 1988 o 4 de septiembre de 1991, enumera cuáles son, en general, los requisitos de la imprudencia:

- 1º) Existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa.
- 2º) Un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño.
- 3º) Un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuricidad de la conducta imprudente.
- 4º) Causación de un daño.
- 5º) Relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido.

El aspecto que ahora nos interesa más de entre los que acabamos de enunciar es el que se refiere al elemento normativo de la infracción de un deber objetivo de cuidado pues dicho elemento es en el que se engarza la exigencia de la infracción de la *lex artis* profesional que nos interesa especialmente para valorar la semejanza con la valoración contenciosa de la conducta y asistencia médica que se haya prestado a un paciente.

Sobre la base de las muchas sentencias que se han dictado por la jurisdicción penal en relación con delitos imprudentes relacionados con la asistencia sanitaria, se ha llegado a construir una verdadera teoría de la imprudencia médica que recoge los parámetros básicos sobre los que gira la jurisprudencia dictada en la materia; la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 1991 (recurso 1162/1995) resume esta teoría jurisprudencial sobre los siguientes principios señalados, a su vez, por la jurisprudencia que cita:

- Que no se incrimina el error científico o los errores de diagnóstico, los cuales no son tipificables como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.
- Que por la misma razón queda también fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización pero sí debe sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente, es decir, cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.
- La culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo.
- Que en esta materia no se pueden señalar principios inmutables al no poder realizarse una formulación de generalizaciones y precisarse una individualizada reflexión sobre el concreto supuesto enjuiciado.

– Que la doctrina de la búsqueda de la responsabilidad imprudente del sanitario ha de realizarse huyendo de generalizaciones inmutables no debiendo incidirse en tesis maximalistas.

– Que el deber del cuidado ha de establecerse primero y medido después en función de todas las concurrentes circunstancias, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o las cosas, especialidad técnica o científica que para su ejercicio se necesita.

Como ya sabemos, la imprudencia admite, básicamente, dos niveles, culpa grave y leve, diferenciadas entre sí por la intensidad de la omisión de diligencia; resulta evidente que esa misma distinción la podemos realizar en relación a la asistencia sanitaria por lo que realizaremos una cita de algunas de las sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y que consideran determinadas conductas relativas a la asistencia sanitaria como de imprudencia temeraria y que formulan alguna consideración sobre este concepto y que permiten identificar en qué momento estamos ante una imprudencia grave y cuáles son los datos que permiten calificar como tal una determinada actuación imprudente:

– La Sentencia de 15 de octubre de 2002 (recurso 1701/2002) considera que la imprudencia temeraria es un acto de imprevisión grosero en el que hasta la persona menos diligente puede prever la posibilidad de que se produzca el resultado lesivo; así ocurría en el caso de que a una parturienta se le había introducido alcohol por vía anal al confundir el envase con el de un enema.

– La Sentencia de 25 de mayo de 1999 considera que la culpa grave del artículo 152 del Código Penal debe ser aquella en la que se produce un olvido u omisión de las precauciones o cuidados y atenciones más elementales y que se traduce en una impericia inexplicable, de extrema gravedad y fuera de lo corriente. El caso era el de un ginecólogo que no supo diagnosticar correctamente a una embarazada una meningitis tuberculosa que padeció durante el embarazo y que ocasionó graves daños por un lado, a la paciente y por otro lado, al feto que falleció a los pocos días de nacer.

Sin duda lo que más nos interesa ahora no es tanto el concepto de imprudencia temeraria sino el concepto de imprudencia profesional y ello pues en los casos de diligencias penales dirigidas contra los médicos o el resto del personal sanitario, esta agravación es aplicada en muchas ocasiones por los tribunales y cuando no lo es, se reclama su aplicación por las partes acusadoras. Esta agravación relativa a la imprudencia profesional (que antes se recogía en el segundo párrafo del artículo 565) ahora se recoge como agravación específica tanto en el artículo 142.3 en relación al homicidio imprudente como en el artículo 152.3 en el caso de las lesiones que se cometen por imprudencia profesional.

La jurisprudencia se ha cuidado mucho de distinguir la “imprudencia del profesional” de la “imprudencia profesional”, pues se entiende que la agravación no es aplicable a todos aquellos supuestos en los que la imprudencia se haya cometido por un profesional

por el mero hecho de serlo y se exigen unos requisitos que se mencionan, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala Segunda de 4 de septiembre de 1991 (recurso 1162/1988):

1. En cuanto al sujeto activo, la realización de los actos negligentes en el ejercicio de su profesión, de la cual hace su medio de vida ordinario y de dedicación laboral.
2. Respecto a la conducta perteneciente a la serie de actos que de manera habitual se exigen y practican por los profesionales del ramo.
3. Sobre el resultado, siendo preciso la producción de muerte o lesiones graves.
4. En cuanto a la culpabilidad es preciso que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o negligencia profesional, incompatibles con la profesión, practicándola con manifiesta peligrosidad, caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria.
5. La apreciación de tales factores ha de realizarse con criterio de relatividad, ponderando en todo caso circunstancias, personas y actividad profesional desarrollada.

La difícil relación entre la culpa del profesional y la culpa profesional exige, según la jurisprudencia, una interpretación restrictiva y el plus de agravación no debe operar de modo automático puesto que no se trata de la negligencia común cometida por un profesional sino la culpa propiamente profesional que descansa en la impericia crasa (Sentencia de 15 de octubre de 2002); supone, pues, un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indiscutibles de personas que perteneciendo a una actividad profesional deben tener unos conocimientos especiales propios de dicha actividad profesional (Sentencia de la Sala Segunda del TS de 8 de noviembre de 1999).

Un estudio o cualquier consideración que pretenda ser moderna sobre lo que es la imprudencia médica pasa, forzosamente, por realizar un examen, aun sucinto, de la responsabilidad penal que se deriva de la actuación médica en equipo y ello pues hoy día es muy difícil encontrar una asistencia médica individual sino que lo frecuente es que nos encontremos con asistencias médicas complejas que implican tratamientos a lo

**DOS PRINCIPIOS SON  
LOS QUE, BÁSICAMENTE,  
DEBEN SERVIR PARA  
TRATAR DE MATIZAR  
Y DELIMITAR LA  
RESPONSABILIDAD QUE  
PUEDA SER EXIGIDA EN  
CADA CASO: EL PRINCIPIO  
DE CONFIANZA Y EL  
PRINCIPIO DE DIVISIÓN  
DEL TRABAJO**

largo del tiempo con intervención de diversos profesionales o que, aun tratándose de actuaciones instantáneas (como puede ser una intervención quirúrgica) colaboren en la actividad asistencial varios profesionales con distintos niveles de responsabilidad. La complejidad técnica que lleva consigo la asistencia médica moderna obliga a que la asistencia se preste en equipo y, a su vez, la especialización profesional de los médicos y del resto del personal sanitario fuerza, también, la existencia de una asistencia que debe ser coordinada y resuelta dentro de un equipo terapéutico o quirúrgico.

Ante el fenómeno de la actuación médica en equipo es forzoso que reaccione el derecho penal y pueda establecer los criterios o parámetros que sirvan para delimitar la responsabilidad de cada uno de los integrantes en el equipo ya que la responsabilidad penal tradicional está configurada sobre la base del modelo de conducta individual que, en el campo sanitario, debe entenderse ampliamente superado por la realidad de los acontecimientos.

Dos principios son los que, básicamente, deben servir para tratar de matizar y delimitar la responsabilidad que pueda ser exigida en cada caso:

1. Principio de Confianza: Supone que cada uno de los miembros del equipo terapéutico o quirúrgico debe confiar en que los demás integrantes del equipo cumplen sus respectivos deberes de cuidado y diligencia. Servirá para exonerar de responsabilidad al médico que confió fundadamente en que el resto de miembros del equipo cumplirá sus funciones y permitirá matizar, por ejemplo, las responsabilidades en los casos en que se produce el conflicto entre cirujanos y anestelistas que, teniendo la misma formación y el mismo rango jerárquico, tienen misiones diferentes pero en las que es fundamental que cada uno cumpla la misión que se le ha encomendado.

Este principio es el aplicado en la Sentencia que hemos citado de 4 de septiembre de 1999 en que se condena por imprudencia al médico cirujano que permitió que el anestesista se ausentara de una intervención una vez que durmió al paciente provocándose en éste una hipoxia que le ocasionó la muerte.

2. Principio de División del Trabajo: Se puede aplicar tanto en sentido vertical como horizontal estableciendo, de ese modo, relaciones tanto entre los diversos médicos que atienden a un paciente como entre los médicos y los ATS o profesionales de enfermería entre los que existen una delimitación de funciones que son de exclusiva competencia de unos o de otros.

El principio de división del trabajo se toma en consideración, también, a la hora de determinar el grado de responsabilidad entre los médicos MIR y sus correspondientes adjuntos y ello pues los primeros son médicos en formación y la asistencia que prestan es siempre una asistencia tutelada, controlada y supervisada por su superior jerárquico. Por esta razón, en principio, el médico adjunto debería ser responsable de la asistencia facilitada por el médico MIR que tiene a su cargo y la responsabilidad recaería exclusivamente

sobre éste en el caso de que asumiera responsabilidades que no le estaban encomendadas y para las que no estaba autorizado (imprudencia por asunción de cometidos que no corresponden); así resultó en el supuesto contemplado en la Sentencia del TS de 28 de diciembre de 1990.

### C) Conclusión

El concepto de *lex artis* al que nos referíamos en el apartado III de este trabajo, se toma en consideración en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración para determinar si la Administración debe responder del daño producido sobre la vida o la salud del paciente y para diferenciarlo de aquellos otros supuestos en que el daño deriva de la propia patología del paciente o de la evolución natural de la enfermedad y, por lo tanto, no reúne la condición de antijurídico que exige el artículo 141 de la Ley 30/1992 y no puede dar lugar a la indemnización pretendida.

Pero en los casos en que el perjudicado por una determinada asistencia médica decide encauzar su reclamación por la vía jurisdiccional penal (sin que podamos olvidar como causas de esta opción lo que decíamos en el apartado I de este trabajo) resulta que también se hace necesario valorar la corrección de la asistencia utilizando para ello idéntico parámetro representado por la *lex artis*, puesto que este criterio se convierte en crucial para determinar si ha existido imprudencia grave y, sobre todo, se convierte en esencial para determinar si existe la posibilidad de aplicar la agravación derivada de la imprudencia profesional.

Podemos citar gran número de sentencias del ámbito jurisdiccional penal que utilizan este criterio de la *lex artis* en la valoración de la existencia o no de imprudencia. La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999 (recurso 4372/1998), que ya hemos citado, recoge con acierto la exigencia de valoración de la *lex artis* del caso concreto como elemento definidor de la imprudencia profesional cuando habla de que “Desde el análisis del comportamiento, activo u omisivo, ha de comprobarse que el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía y que pudo adoptar la solución correcta. Ambas situaciones, reconocimiento del peligro y capacidad para actuar correctamente deben ser examinadas con arreglo a un baremo derivado de la norma objetiva de cuidado (este baremo tiene que ser, forzosamente, el de la *lex artis*) cuya infracción determinará el comportamiento imprudente. El resultado debe ser consecuencia del comportamiento calificado de imprudente y debe ser evitable con alta probabilidad, desde un comportamiento observante de la norma objetiva de cuidado”.

Por lo tanto, la infracción de la *lex artis* servirá para determinar si estamos ante una conducta imprudente merecedora de sanción penal. Empleando el mismo criterio, la Sentencia de 10 de noviembre de 1995 (recurso 4658/1998) también considera que no era procedente condenar por imprudencia a un médico que había atendido a un paciente que al poco tiempo de la asistencia médica había sufrido una muerte súbita de etiología cardíaca, pero justifica la absolución en que “no se afirma en absoluto la existencia de mala *praxis* en el examen que se le efectuó al trabajador.” Como vemos, el parámetro de la *lex artis* es empleado con frecuencia para valorar la existencia de imprudencia.

De todo lo expuesto resulta que, sobre la base de que el contenido y los parámetros del criterio de normalidad que representa la *lex artis* es el mismo independientemente del ámbito, civil o penal, en el que se valore, cuando nos encontramos ante una reclamación que se produce en el ámbito jurisdiccional penal, la infracción de diligencia y de las normas de la *lex artis* que integra la imprudencia grave, sobre todo si se considera imprudencia profesional, debe ser de extraordinaria importancia para que constituya delito y más aun si se pretende aplicar la circunstancia agravante de la profesionalidad. A la gravedad e intensidad de la infracción de la *lex artis* que dé lugar a considerar una conducta como de imprudencia profesional se refiere la Sentencia de 16 de diciembre de 1997 que habla de que la imprudencia profesional se caracteriza por la inobservancia de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indiscutible y lo califica como inexplicable e inaudito.

Por el contrario, en el campo del procedimiento administrativo y, sobre todo, en el campo del proceso contencioso-administrativo, no se exige tan alto nivel en la gravedad de la infracción de la *lex artis* y sólo se menciona la exigencia de dicha infracción pero sin que se llegue al límite de gravedad, inexplicabilidad e inadmisibilidad que se contempla en el ámbito penal para configurar la imprudencia profesional. Llevado este extremo a la posibilidad de obtener una sentencia favorable que permita conseguir una indemnización de los daños producidos, podemos entender que la exigencia de la gravedad de la infracción de la *lex artis* es de extraordinaria menor intensidad en el campo administrativo; si a pesar de ello se siguen produciendo muchas más reclamaciones en el ámbito penal debe ello responder a motivos que no están en directa relación con la asistencia que se presta ni con la naturaleza de la infracción por la que se reclama.

No se trata con lo dicho de reclamar por esta vía para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todas las pretensiones indemnizatorias que tienen su origen en la asistencia sanitaria sino, sencillamente, de poner de manifiesto como para obtener una condena penal en relación a una imprudencia médica (además de otros requisitos) es necesario acreditar una infracción de la *lex artis* y la intensidad de la infracción de la *lex artis* que puede dar lugar a una condena penal debe ser de entidad mucho más importante que la que permite obtener una indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por ello, y dejando al margen los casos en que se considere seriamente que se está en presencia de un delito, carece de justificación suficiente el empleo de la vía penal para el conocimiento de esta clase de reclamaciones y ello si no se trata de beneficiarse de los “efectos colaterales” que conlleva el empleo de dicha vía penal y que hacen referencia, entre otros, a la mayor penosidad para los supuestos causantes del daño, a la supuestamente mayor celeridad en la tramitación jurisdiccional o a la facilidad que, al parecer, se encuentra en dicha vía para conseguir la documentación necesaria para el inicio de la vía correcta que no es otra sino la vía contenciosa.

# Algunas consideraciones sobre la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción asistida

**FERNANDO FONSECA FERRANDIS**

Profesor Titular de Derecho Administrativo

## Sumario:

**I. Planteamiento de la cuestión. II. Fundamento constitucional de la iniciativa legislativa.**

**III. Requisitos legales para el desarrollo de las técnicas FIV. IV. Destino de los preembriones**

**humanos crioconservados. A) Planteamiento de la cuestión. B) Embriones obtenidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma legal. C) Embriones sobrantes obtenidos con posterioridad a la reforma. V. El Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.**

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como es conocido, el desarrollo y aplicación de las actuales técnicas de reproducción humana asistida han ido generando una serie de problemas que, progresivamente, han adquirido una gran relevancia social. Destacan, por un lado, las elevadas tasas de embarazos múltiples que se registran en la actualidad, cuestión que, con independencia de los concretos problemas de índole socio-económica que puede plantear, implica delicadísimos problemas de trascendencia ética, jurídica y sanitaria (pues téngase en cuenta que, en el caso de que todos los embriones implantados a una mujer se desarrollen, puede ser necesaria, incluso, la muerte de alguno o de varios de ellos por poner en peligro, ya sea la vida o integridad de la madre, ya sea el normal desarrollo de los restantes<sup>1</sup>). Por otro, la existencia de un elevadísimo número de preembriones humanos sobrantes o excedentes del empleo de dichas técnicas cuyo último destino viene determinando desde hace años y, en ausencia de toda previsión legal expresa al respecto, la existencia de un debate

(1) En relación con el alcance del derecho a la procreación de la madre y su posible articulación con otros bienes y valores constitucionalmente protegidos, véase ROMEO CASABONA, C.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1994, págs. 187 y ss.

jurídico-ético de difícil resolución<sup>2</sup>. Y sobre esta cuestión inciden, de forma directa, los sucesivos descubrimientos producidos en torno al potencial biomédico y farmacológico de las células troncales embrionarias en relación con el tratamiento de algunas patologías consideradas, hoy en día, como incurables, circunstancia que no ha hecho sino acrecentar el interés por dichos embriones con el fin de su aplicación en materia de investigación celular y medicina regenerativa.

Todo ello determinaba que los diferentes sectores implicados en la cuestión vinieran reclamando, desde hace tiempo, una actuación de los poderes públicos destinada a modificar la legislación vigente en la materia con el fin de poder afrontar los graves problemas e interrogantes planteados y que ha venido a materializar una todavía reciente iniciativa legislativa por la que se modifica la redacción actual de algunos preceptos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, reguladora de la Técnicas de Reproducción Asistida Humana —en adelante, LTRAH— y que constituye el objeto de estas breves líneas. Se trata de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre —en adelante, LTRAH de 2003—. De acuerdo con el planteamiento expuesto con anterioridad sus objetivos esenciales son, por un lado, resolver el problema de la acumulación de embriones humanos sobrantes; por otro, reducir el número de embarazos múltiples. Con el fin de dar debido cumplimiento a dichos objetivos, la reforma legal —junto a la modificación del tiempo máximo de crioconservación del semen o la adaptación a los avances en materia de crioconservación de ovocitos<sup>3</sup>— modifica los requisitos legales para el desarrollo de las técnicas de fecundación *in vitro*, aborda la cuestión relativa al destino de embriones que se encuentran crioconservados y crea el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa. Todo ello se concreta en la reforma de los artículos 4 y 11 de la LTRAH. Al margen quedan cuestiones como la finalidad y el ámbito de aplicación de aquellas técnicas.

Es preciso destacar desde esta perspectiva que la relación de nuestro objeto de estudio con el ámbito propio del Derecho administrativo y, por tanto, la procedencia de abordar

(2) Según los datos proporcionados por la Ministro de Sanidad y Consumo, Sra. Pastor Julián (Sesión Plenaria núm. 268 celebrada con fecha de 25 de septiembre de 2003 —Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados; Año 2003, VII Legislatura; núm. 281), las tasas de embarazos y partos múltiples registradas en España en relación con la utilización de las técnicas de fecundación *in vitro*, son muy superiores a las registradas en los países de nuestro entorno. Así, tales cifras son en España del 32,9 por ciento, en Rusia del 26,7 por ciento, en Grecia del 25,9 por ciento, en Reino Unido del 25,4 por ciento, en Francia del 25,1 por ciento, en Suiza del 24,7 por ciento y, en Finlandia del 24,6 por ciento. Especialmente llamativa resulta la tasa de partos triples que en España se sitúa en un 5 por ciento; mientras que la de partos cuádruples alcanza el 0,2 por ciento. Por otra parte, y, de acuerdo con la misma fuente, son entre 40.000 y 200.000 los preembriones que actualmente se encuentran crioconservados en los centros autorizados existentes en España.

(3) De acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 12/2003, de 31 de enero, el artículo 11 LTRAH queda redactado de la manera siguiente: “1. El semen podrá crioconservarse en Bancos de gametos autorizados al menos durante la vida del donante.

2. Se autoriza la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida, dentro de las experiencias controladas en los términos reglamentariamente establecidos. A partir del momento en el que exista evidencia científica de la seguridad y eficacia de estas técnicas de crioconservación, el Ministerio de Sanidad y Consumo podrá autorizar el uso generalizado de las mismas, si se considera adecuado tras la evaluación correspondiente de dichas experiencias controladas.”

Por otra parte, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5, del mismo precepto legal, “Los centros de Fecundación *in vitro* que procedan a la crioconservación de preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo, deberán disponer de un seguro o instrumento equivalente, que garantice su capacidad para compensar económicamente a las parejas en la hipótesis de accidente o siniestro que afecte a los preembriones crioconservados”.

su estudio desde tal perspectiva *ius publicista*, resulta incuestionable. En efecto, cuando la relevancia social de las diferentes cuestiones y problemas derivados del desarrollo de las tecnologías biomédicas y de su aplicación al ser humano —en sus primeras etapas de desarrollo— trasciende y va más allá, de la relación estrictamente privada existente entre el profesional médico y su paciente o comprende ámbitos ajenos al mero interés, asimismo individual —por muy encomiable que éste sea—, del investigador, e incide de forma directa no ya en la entera sociedad actual sino, incluso, en las generaciones venideras (patrimonio genético) aquella afirmación encuentra plena confirmación. De ahí, justamente, que las decisiones sobre el empleo y desarrollo de esta clase de técnicas no deban quedar remitidas, única y exclusivamente, a la absoluta libertad y criterio de los profesionales médicos y de los investigadores que, desde su parcela estrictamente particular, no alcanzan a vislumbrar el alcance del complejo entramado de intereses y bienes jurídicos en conflicto. Antes al contrario, han de estar sometidos al control y a la legitimación social puesto que el conjunto de la comunidad se va a ver afectado por aquéllas. Es preciso destacar que esta posición encuentra fundamento igualmente a partir de dos circunstancias que deben ser recordadas. Por un lado, se trata de una materia sobre la que inciden, a su vez, sectores como la sanidad, la investigación o, incluso, la protección de los consumidores y usuarios, en los que tradicionalmente se ha reconocido, si bien, con diferente alcance (desde claras manifestaciones de una actividad prestacional a ejemplos de neta actividad de ordenación) un especial protagonismo a la Administración. Por otro, no es posible ignorar la tipificación como infracción administrativa, de acuerdo con el principio de mínima intervención propio del Derecho penal, de un importantísimo número de conductas ilícitas y, paralelamente, la consecuente articulación de las correspondientes potestades atribuidas a la Administración pública en dicho orden. Por lo demás, no faltan ilustres *ius administrativistas* que desde hace tiempo han abordado estas cuestiones<sup>4</sup>.

**LOS OBJETIVOS  
ESENCIALES DE LA LEY  
45/2003 SON, POR UN  
LADO, RESOLVER EL  
PROBLEMA DE  
LA ACUMULACIÓN DE  
EMBRIONES HUMANOS  
SOBRANTES Y, POR OTRO,  
REDUCIR EL NÚMERO DE  
EMBARAZOS MÚLTIPLES**

(4) Por todos, véase MARTÍN MATEO, R.: *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987. Desde la praxis judicial MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: “Entre el mito y la ciencia. La genética y los derechos humanos” en *El Genoma humano y el Derecho*, Montecorvo/ Escola Galega de Administración Pública (Xunta de Galicia), Madrid, 2001, págs. 319 y ss.

## II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

El legislador estatal fundamenta constitucionalmente su competencia para abordar la reforma legislativa analizada a partir de los títulos habilitantes que proporcionan los apartados 15 y 16 del artículo 149.1 de la Constitución. Como es sabido, se trata de los relativos al fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica y a las bases y coordinación general de la sanidad, circunstancia de la que deriva el paralelo reconocimiento de la competencia autonómica, tanto en relación con el desarrollo de dicha legislación estatal, como respecto de la ejecución del entero bloque normativo y, consecuentemente, en la materia objeto de estudio. De hecho, el propio artículo 148.1 de la Constitución habilita a las Comunidades Autónomas para que puedan asumir competencias en materia de fomento de la investigación (apartado 17) y sanidad (apartado 21).

Es preciso destacar que esta posición que modula el alcance de la competencia estatal en la materia, encuentra fundamento pleno a partir de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional (STC 90/1992, de 11 de junio), para el cual, "(...) existe un paralelismo sustancial entre el artículo 149.1.15ª de la CE y el artículo 148.1.17ª de la CE que reconoce a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir estatutariamente competencias —como así ha sucedido en líneas generales, aunque con cierta heterogeneidad en las fórmulas utilizadas— en la materia 'fomento (...) de la investigación' lo que evidencia que, constitucionalmente, la misma materia queda o puede quedar, en principio, a la plena disponibilidad de una pluralidad de Centros decisores, es decir, a la disponibilidad del Estado y a la de todas las Comunidades Autónomas". De ahí que, como afirma dicho órgano de relevancia constitucional, la actividad que desarrolla el Estado "(...) no puede impedir ni interferir —dejando ahora al margen, claro es, los efectos anudados a la competencia estatal de coordinación general— la que decida desarrollar la CA, al haber optado la CE en este ámbito (como la simple comparación entre los artículos 149.1.15ª y 148.1.17ª pone de manifiesto y como también sucede en otros ámbitos, significativamente, en el de la cultura (STC 49/1984), por posibilitar un régimen competencial en términos de concurrencia, que en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña se ha hecho plenamente efectivo. Es justamente esta concurrencia de competencias en torno de la investigación científica y técnica, que tanto el Estado como la Comunidad Autónoma pueden ejercitar, lo que justifica y explica la competencia de coordinación que, con carácter genérico, atribuye al Estado el artículo 149.1.15ª (...)", en relación con cuyo alcance afirma, remitiéndose a su propia doctrina (SS 32/1983 y 45/1991), que "(...) no puede llegar a tal grado de concreción y desarrollo que deje vacías de contenido a las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas, y que para hacer efectiva esa coordinación deben adoptarse las medidas necesarias y suficientes para lograr la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, entre las cuales no es posible, por lo demás, descartar la existencia de medidas de coordinación preventiva. A partir de aquí, sin embargo, es claro que la determinación de los medios, cauces y fórmulas para alcanzar este objetivo integrador de la pluralidad de acciones resultantes del ejercicio de un conjunto de competencias en régimen de concurrencia, presenta un muy amplio margen de apreciación y decisión que, en principio, sólo al titular de la competencia de coordinación corresponde concretar".

## Consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida

Tampoco el título relativo al fomento y la coordinación de la sanidad permite extender más allá la competencia estatal. Así, a tenor de la doctrina del TC (STC 54/1990, de 28 de marzo), “(...) las bases a las que se refiere el artículo 149.1.16ª CE son, en principio, competencias normativas que persiguen una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Estado (STC 1/1982) (...)”. Se trata, en definitiva, de “(...) garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir de los cuales pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto” (STC 69/1988, de 19 de abril). Por otra parte, y de acuerdo con el mismo pronunciamiento constitucional (STC 54/1990, de 28 de marzo, recogiendo la argumentación contenida en la STC 32/1983), “(...) la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus competencias, caracterización de la coordinación general que fue recogida en la actual Ley General de Sanidad. Y dicha coordinación presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, que en su grado mínimo deben ser cuanto menos competencias de ejecución a partir de las que el Estado pueda ejercer su competencia de coordinación”.

De ahí, justamente, que el propio Tribunal Constitucional (STC 76/1986, de 9 de junio) haya entendido el título al que se refiere el artículo 148.1.16ª, legitimador de la asunción competencial autonómica en materia de sanidad, como comprensivo de la asistencia médico-farmacéutica, afirmando expresamente en cuanto a esta clase de prestación que “(...) debe concluirse que es legítima la regulación contenida en las leyes impugnadas, al poderse comprender en el ámbito competencial reservado a la Comunidad por los artículos 148.1.21ª CE y 18.1 de su Estatuto, es decir, en la sanidad. En efecto, se trata de articular un sistema de protección de la salud de un colectivo de ciudadanos, y ésta es una actividad legítima cuando no ignora las ‘bases’ que al Estado corresponde fijar en la materia con arreglo al artículo 149.1.16ª CE (...)”. Y prosigue el Tribunal afirmando que “Para llegar a esta solución no es obstáculo el que la norma se integre por remisión a lo dispuesto en otras –en este caso, las que regulan la asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social–, pues ello no implica modificación ni ampliación de la norma a que se hace la remisión, cuyo contenido y ámbito de aplicación permanecen inalterados; por el contrario, los efectos de la remisión se despliegan sólo en el interior de la norma remitente, cuyo contenido queda así perfeccionado. Pudiendo regular en la materia, es claro que, si lo estimaba conveniente, podía el legislador autonómico hacerlo válidamente por remisión, lo que despeja toda duda sobre la constitucionalidad de los preceptos legales sobre esta materia concreta. Por lo dicho, procede declarar la legitimidad de los artículos 1 a 10 de la Ley 8/1985, en lo referente a las prestaciones sanitarias, al colectivo de ciudadanos delimitado conforme a lo establecido en los artículos 1 a 3 de la Ley 11/1983, sobre derechos profesionales y pasivos del personal que prestó servicios a la Administración Autónoma del País Vasco”.

Es preciso destacar que esta última posición viene a confirmar a su vez, la defendida cuando de la investigación científica se trata, pues, no siendo la sanidad una materia atribuida

al ámbito de la exclusiva responsabilidad estatal, no es posible negar toda posibilidad de intervención a las Comunidades Autónomas. En este sentido, el Tribunal Constitucional (STC 90/1992, de 11 de junio) ha afirmado que “(...) la competencia relativa al fomento de la investigación científica y técnica es proyectable sobre cualquier sector material, sin que, por tanto, considerando la investigación como contenido inherente a la competencia exclusiva sobre determinada materia, pueda pretenderse la exclusión del ejercicio de la competencia para el fomento de la investigación en los ámbitos materiales cuya titularidad no corresponda a quien ejercita dicha competencia”.

Pues bien, de acuerdo con la posición expuesta, el texto legal analizado se inserta plenamente en el ámbito delimitado por el Tribunal Constitucional como competencia estatal. Y tal posición no desvirtúa la circunstancia de que determinadas Comunidades Autónomas hayan iniciado sus propios programas de investigación en esta materia —otra cosa será, sin duda, la viabilidad de los mismos en materia tan compleja y delicada y en la que la unión de esfuerzos a nivel internacional se hace inevitable— competencia para cuyo desarrollo están constitucional y estatutariamente habilitadas de acuerdo con la posición anterior.

En cualquier caso, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que el legislador no haya acudido a ciertos títulos habilitantes que hubieran podido contribuir a fundamentar, igualmente, la competencia estatal en la materia. Así, el relativo a la regulación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas —de todas ellas, y no sólo, de la Administración General del Estado— y al procedimiento administrativo común —sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas— (artículo 149.1.18ª), máxime, cuando parte del contenido del texto (claramente, algunos aspectos de la regulación del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa) incide necesariamente sobre estas cuestiones. Igualmente, es posible citar los referentes a la legislación básica sobre protección del medio ambiente —sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas adicionales de protección— (artículo 149.1 23ª CE) o la legislación procesal (artículo 149.1.7ª) y civil (artículo 149.1.8ª), en tanto ordenadas a la defensa de los consumidores y usuarios<sup>5</sup>, puesto que, con independencia de la indudable repercusión que tales materias pueden tener sobre la salud de los ciudadanos, el propio TC (STC 32/1983, de 28 de abril) configura el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45.1 CE) y la protección de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de dichos consumidores, mediante procedimientos eficaces (artículo 51.1 CE), junto con los ya mencionados artículos 41 y 43 CE, como integrantes de un posible marco constitucional sanitario o de protección a la salud<sup>6</sup>. Finalmente, llama igualmente la atención la ausencia de toda mención al título relativo a las bases de la ordenación del seguro (artículo 149.1.11ª), máxime, cuando, como ya nos consta, la LTRAH de 2003 introduce la importante obligación de que los centros de Fecundación *in Vitro* que procedan a la crioconservación de preembriones humanos dispongan de un seguro o ins-

(5) En este sentido, véanse las SSTC 71/1982, de 30 de noviembre y 15/1989, de 26 de enero.

(6) Sobre esta cuestión, véase PEMÁN GAVÍN, J.: “El régimen de la sanidad: el Sistema Nacional de Salud”, *Portalderecho* 2001.

trumento equivalente, que garantice su capacidad para compensar económicamente a las parejas en la hipótesis de accidente o siniestro que afecte a los preembriones crioconservados.

### III. REQUISITOS LEGALES PARA EL DESARROLLO DE LAS TÉCNICAS FIV

A la hora de establecer las reglas generales a las que se deben ajustar el desarrollo y aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro*, la LTRAH no determinaba de forma precisa el número de preembriones que podían ser implantados a la mujer, limitándose a establecer, de forma más o menos vaga e indeterminada, que “Se transferirán al útero de la mujer, solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo”. De esta forma, aunque aparentemente formulado desde una perspectiva limitativa en cuanto al número de preembriones a transferir (“... solamente el número de preembriones...”), la circunstancia de que dicha limitación no se concretase desde un punto de vista material, había venido determinando que la praxis médica, en ausencia de todo criterio legal objetivo, hubiera tendido a transferir un número de preembriones mayor de los necesarios para asegurar aquel objetivo. Las altas tasas de embarazos múltiples que registra nuestro país en la actualidad parece ser argumento suficiente para poner de manifiesto tal circunstancia. Pues bien, dado que el número de embriones implantados está directamente relacionado con las tasas de partos múltiples, no resulta extraño que el legislador haya considerado oportuno limitar de forma concreta y precisa el número máximo de preembriones que pueden ser transferidos a la mujer en cada ciclo<sup>7</sup>.

Es preciso destacar, en cualquier caso, que la expresión utilizada por el texto legal, en su redacción anterior, “(...) solamente el número de embriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo”, ciertamente, en ningún caso podía suponer el reconocimiento a favor de los profesionales sanitarios de una libertad absoluta de actuación con el fin de asegurar el embarazo perseguido. En efecto, por lo pronto, basta con observar que dicho objetivo aparece modulado desde el propio texto en el sentido de que el empleo de la técnica de fecundación *in vitro* debe asegurar

**EL LEGISLADOR CONSIDERA OPORTUNO LIMITAR DE FORMA CONCRETA Y PRECISA EL NÚMERO MÁXIMO DE PREEMBRIONES QUE PUEDEN SER TRANSFERIDOS A LA MUJER EN CADA CICLO**

(7) De acuerdo con los datos proporcionados por la Sra. Ministro de Sanidad y Consumo en la intervención citada con anterioridad que, a su vez se remite a los ofrecidos por la Sociedad Europea de Reproducción Humana, en el año 1999, en el 30 por ciento de los ciclos que se realizaron en España se transfirieron cuatro o más embriones, mientras que en países como Finlandia, Suecia o Alemania, nunca se llegaron a transferir más de tres.

el embarazo pero, solamente, en la medida de lo razonable, es decir, no como objetivo único y absoluto a alcanzar con independencia de cualquier otra consideración o valoración. Antes al contrario, si bien el texto legal vigente omite toda referencia al respecto, parece razonable que los profesionales sanitarios deban tener presente en su decisión todo el conjunto de circunstancias concurrentes en el caso en cuestión y que inciden en el mismo y, a partir de éstas –de acuerdo con el estado del conocimiento científico–, deducir un juicio, suficientemente razonado, sobre la viabilidad del embarazo de la mujer y el buen curso y término de la gestación, renunciando, incluso, a intentar la fecundación cuando, de acuerdo con todas aquellas consideraciones, pueda resultar procedente. Desde esta perspectiva, resultaría contrario al texto legal, por ejemplo, transferir a la mujer un elevado número de embriones para, de esta forma, intentar salvar, sin más, sus posibles patologías que dificultan las posibilidades de conseguir aquel objetivo.

En otras palabras, para conseguir el embarazo perseguido, el texto legal de 1985 no otorgaba a los profesionales un *plenum arbitrium*. Se trataba simplemente de modular toda exigencia legal material y concreta en cuanto al número de embriones a implantar y, de esta forma, otorgar a aquellos profesionales cierto margen de actuación o de libertad de decisión en función de la apreciación que de las circunstancias concurrentes que realicen, por lo demás, absolutamente indispensable. No obstante, la conducta congruente con el texto legal y, por tanto lícita, era únicamente una, a saber: la transferencia al útero de la mujer, exclusivamente, del número de preembriones que, desde un punto de vista científico, se estime como el más adecuado para asegurar, en la medida de lo razonable, el embarazo. En definitiva, la LTRAH sólo admitía en su interpretación y aplicación una solución jurídica; exclusivamente una concreta y determinada conducta del profesional, si bien, por razón de la dificultad intrínseca que podía revestir el caso, cual fuese el número preciso de embriones que debían ser implantados era una cuestión a determinar a partir de la *lex artis* del profesional médico, siendo ésta plenamente fiscalizable. Consecuentemente, toda conducta contraria a la posición sostenida en esta líneas debería haberse considerado como ilícita y, en su caso, haber sido objeto de las sanciones correspondientes. Y en este sentido baste recordar que el artículo 20.1.y) de la LTRAH conceptúa como infracción muy grave “Transferir al útero gametos o preembriones sin las debidas garantías biológicas o de viabilidad”. Y, en el mismo sentido, el artículo 35.C).2ª de la LGS –por remisión del artículo 20.2 del texto legal anteriormente citado define como infracción muy grave, entre otras, “Las que se realicen de forma consciente y deliberada, siempre que se produzca un daño grave”.

Es preciso recordar en este punto que así, en Francia, los Protocolos de regulación de las buenas prácticas en materia de reproducción humana asistida, limita la transferencia de embriones a dos y la fecundación a tres ovocitos en los casos de que la pareja no asuma los compromisos de crioconservación. En el mismo sentido, la Ley alemana de protección de embriones de 1990, más rotunda al respecto, considera delito transferir a la mujer, en el mismo ciclo, más de tres embriones, fertilizar más de tres óvulos por transferencia intratubárica de gametos, o fertilizar de una mujer más óvulos de los que debieron ser transferidos en un solo ciclo.

## Consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida

En cualquier caso es preciso destacar que la reforma (artículo 4.2 de la LTRAH de 2003), siguiendo los modelos comparados citados, establece un límite concreto y preciso en cuanto al número de preembriones a transferir por ciclo a la mujer, disponiendo con carácter imperativo que “sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en una mujer por ciclo”, límite que el legislador considera coherente con las tasas de eficacia de las técnicas de fecundación *in vitro* existentes en la actualidad y con los riesgos derivados de gestaciones de más de tres fetos y, además, acorde con reformas legislativas llevadas a cabo en los países de nuestro entorno de cuyo estudio deriva la evidente limitación en cuanto al número máximo de preembriones que se pueden transferir en cada ciclo. Paralelamente, el apartado 3 del mismo precepto limita con carácter previo el número máximo de ovocitos que pueden ser fecundados, estableciendo que “Se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos que lo impida la patología de base de los progenitores”. De esta forma, mediante la articulación recíproca de ambos apartados, se trata de evitar la generación de preembriones supernumerarios fuera de los casos en que sea necesario. En principio, el número de ovocitos fecundados tiene que ser coincidente con el de preembriones implantados en cada ciclo<sup>8</sup>.

Compartiendo el objetivo del texto legal, es preciso destacar, sin embargo, que la interpretación y desarrollo de ambos apartados puede plantear ciertos problemas. En efecto, por lo pronto, se debe observar que ya se trate del número de preembriones a transferir a una mujer en cada ciclo (tres), ya se trate del número de ovocitos a fecundar para que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo (tres, salvo en los casos que lo impida la patología de base de los progenitores), estamos ante una previsión de máximos que, consecuentemente, no tiene por qué ser agotada necesariamente en cada caso. Por tanto, los problemas que surgen a continuación son, en primer lugar, la determinación del número preciso de preembriones que deben ser implantados en cada caso y de ovocitos que deben ser fecundados previamente con tal fin. En segundo término, resulta necesario preguntarse si entre los apartados 2 y 3 del artículo 4 del proyecto tiene que existir una identidad absoluta de forma que coincida el número de ovocitos fecundados con el número de preembriones efectivamente transferidos a la mujer en cada ciclo.

(8) Se trata de la cuestión de las planteadas por la reforma que más críticas ha suscitado. Así, para determinados agentes implicados en la utilización de esta clase de técnica como la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la Sociedad Española de Contracepción (SEAC), la Sociedad Española de Andrología (SEA) y la Sociedad Española de Biólogos de la Reproducción (ASEBIR), la asunción de las restricciones expuestas puede poner en peligro la viabilidad de la técnica, en tanto que puede disminuir dramáticamente –sostienen– el porcentaje de éxito obligando a repetir los ciclos con el consiguiente gasto para la sanidad pública y para los enfermos. Y, en este sentido, proponen que el criterio del médico prime sobre las normas si las posibilidades de embarazo merman (Véase el Diario ABC de 19 de septiembre de 2003, pág. 39). En igual sentido y con argumentos próximos se ha pronunciado la mayoría de los grupos parlamentarios. Véanse, en este sentido, las intervenciones de los Srs. Lissavetzky Diez –por el Grupo Parlamentario Socialista– y Mardones Sevilla –por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria– y de la Sra. Urán Gonzales –por Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida– (Sesión Plenaria núm. 268 celebrada con fecha de 25 de septiembre de 2003 –Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2003, VII Legislatura, núm. 281). Ocurre, sin embargo, que aceptar esta posición significaría no cambiar la situación legal. En cualquier caso, no se puede dejar de destacar la contradicción en que se incurre cuando, de acuerdo con esta posición expuesta, se afirma que a pesar de las limitaciones legales seguirá aumentando el número de preembriones dado que normalmente no va a ser necesaria la implantación de todos ellos y, previamente, se sostiene como ya nos consta que dichas restricciones ponen en peligro la viabilidad de la técnica de reproducción asistida. Efectivamente, no se puede sostener a la vez que limitar el número de ovocitos a fecundar puede impedir o mermar las posibilidades de lograr un embarazo y, desde la misma posición, afirmar posteriormente que van a seguir aumentando el número de preembriones crioconservados pues no siempre es necesaria la implantación de los tres que autoriza el texto legal.

Pues bien, en relación con la primera cuestión planteada es preciso reconocer, en cualquier caso, el esfuerzo del legislador por delimitar el ámbito de la actuación lícita de los profesionales que desarrollan estas técnicas. Ciertamente, parte de una cláusula más o menos abierta; en ambos casos, un máximo de tres. Se trata de una fórmula que, si bien, otorga cierto margen de apreciación y decisión a los profesionales médicos implicados, se diferencia de manera neta del marco legislativo vigente con anterioridad. Simplemente, es consecuencia de la constatación por el legislador de la imposibilidad de prever con carácter general la multitud de circunstancias que pueden concurrir en las prácticas de fecundación *in vitro*. Pero, por lo pronto, dicho margen de apreciación aparece directamente restringido por el texto legal que limita expresamente el número máximo de ovocitos a fecundar o de preembriones a transferir a la mujer por ciclo. Pero además, es preciso indicar que el texto analizado articula toda una serie de previsiones y criterios de actuación cuya virtualidad es concretar, de acuerdo con las características del caso concreto de que se trate, el ámbito de indeterminación propio de la *lex artis* de los profesionales implicados, precisando y concretando su alcance y, por tanto, siendo determinantes de la decisión finalmente adoptada: el número concreto de ovocitos a fecundar y de óvulos a implantar. En este sentido, el texto legal establece que, en cualquier caso, con carácter previo al inicio del tratamiento resulta preciso verificar una serie de actuaciones, a saber:

- a) En primer lugar, es necesario comprobar que la pareja o, en su caso, la mujer no tienen preembriones crioconservados en algún centro nacional de reproducción asistida, obligación que, a pesar del silencio legal al respecto, debemos entender que recae, al menos en el momento inicial y a resultados del desarrollo reglamentario del precepto, sobre el propio centro de reproducción asistida que va a desarrollar el tratamiento. En este caso, la previsión legal es tajante: si se comprueba su existencia, salvo que concurra alguno de los impedimentos legales para disponer de ellos, no es posible iniciar un nuevo tratamiento.
- b) En segundo término, el equipo médico debe analizar la situación de cada mujer o de cada pareja con el objeto de que, teniendo en cuenta tanto su proyecto reproductivo, como el número máximo de embriones que pueden ser transferidos, pueda ajustar aquellos aspectos del tratamiento relacionados con la intensidad de la estimulación ovárica, el número de ovocitos que se pretende fecundar y el número de embriones que se van a transferir. Para ello, se deben tener en cuenta las circunstancias particulares de la mujer, tales como su edad, su historial clínico o las posibles causas de esterilidad. En todo caso, se debe evitar la gestación múltiple, la práctica de la reducción embrionaria y la generación de preembriones supernumerarios.
- c) Finalmente, las tipologías fisiopatológicas determinantes de la autorización legal para fecundar un número mayor de ovocitos, siempre que sea asumible por la pareja dentro de su proyecto reproductivo, deben quedar especificadas en un Protocolo elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo con el asesoramiento previo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. De este modo, si se trata de una patología que, de acuerdo con el protocolo correspondiente, habilita a fecundar un mayor número de ovocitos pero el resultado de tal práctica no puede ser asumido por el proyecto reproductivo

## Consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida

de la pareja o de la mujer, no es posible tampoco proceder en tal sentido. Además, los progenitores deben firmar el denominado legalmente “Compromiso de Responsabilidad sobre sus Preembriones Crioconservados” que necesariamente tiene que incluir un cláusula por la que la pareja o, en su caso, la mujer deben otorgar su consentimiento para que, en el supuesto de que los preembriones crioconservados no les fuesen transferidos en el plazo previsto, sean donados con fines reproductivos como única alternativa posible.

La exigencia de protocolización de las patologías de la pareja que impliquen la necesidad de fecundar un mayor número de ovocitos es justificada por la Sra. Pastor Julián, con los siguientes términos: “(...) El importante avance que se ha experimentado en los últimos años no se recoge de idéntica forma ni en todos los países, ni tampoco dentro de los mismos países, ni dentro de los mismos centros.

Ante la misma patología de una pareja, señorías, no se adoptan siempre los mismos criterios sobre el número de embriones a fecundar y a transferir. En este sentido, es imprescindible adecuar cada uno de los pasos del proceso de reproducción asistida a los mejores niveles de conocimiento, con el objeto de obtener los mejores resultados en salud, tanto para la madre como para el futuro hijo, evitando la reducción embrionaria y la generación de embriones supernumerarios. Los procedimientos terapéuticos han de adaptarse a sus mejores prácticas y ajustarse y tener en cuenta la evidencia científica. El número de embriones que se puede transferir en cada ciclo y el número de ovocitos que es necesario fecundar para que la pareja pueda haber realizado su proyecto reproductivo no puede dejarse en el escenario de la intención o la consideración individual porque en ese caso estaríamos exactamente en la misma situación en la que nos encontramos ahora, con una de las tasas de partos múltiples más alta de los países de nuestro entorno y con todos los riesgos que para la salud en esta circunstancia lleva para las madres y para los hijos, así como la constante generación de embriones supernumerarios. Una de las condiciones que más ha incrementado la calidad en todos los procedimientos tanto diagnósticos como terapéuticos es la protocolización, es decir, la elaboración por parte de expertos de las normas de actuación que han de llevarse a cabo ante un problema de salud.

Las técnicas de reproducción asistida no pueden ser ajenas a esto. Estas técnicas tienen que ajustarse a lo que dicen los científicos y los expertos: mejorar la calidad, la seguridad y

**ES IMPRESCINDIBLE  
ADECUAR CADA UNO DE  
LOS PASOS DEL PROCESO  
DE REPRODUCCIÓN  
ASISTIDA A LOS  
MEJORES NIVELES DE  
CONOCIMIENTO, CON EL  
OBJETO DE OBTENER LOS  
MEJORES RESULTADOS EN  
SALUD, TANTO PARA LA  
MADRE COMO PARA EL  
FUTURO HIJO**

la eficacia de las técnicas de FIV no es ningún caso o uso regresivo, regresivo es seguir permitiendo que pase lo que está pasando (...).”

Por lo demás, y aunque el texto legal comentado no se refiere a ello, parece evidente que la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud debe considerar el acceso a las técnicas de fecundación *in vitro* garantizando su cobertura pública de acuerdo con los criterios y objetivos señalados por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud –en adelante, LCCSNS–. Al respecto, se debe tener presente que su elaboración no es una actividad administrativa de neto carácter discrecional. Por el contrario, dicho texto legal introduce ciertos elementos reglados que deben ser tenidos en cuenta necesariamente por la Administración sanitaria. Se trata de requisitos tales como la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo. No se deben incluir, en cualquier caso, aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y sufrimiento no esté suficientemente probada. Su inclusión resulta, por tanto, plenamente legítima.

Conviene precisar, llegados a este punto, que la equiparación del texto analizado a estos efectos de la mujer a la pareja es consecuencia de la opción del legislador de 1988 en favor de la mujer sola como beneficiaria de las técnicas de reproducción asistida. Recordemos que el artículo 6.1 de la LTRAH afirma que “Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito”. No se trata, por tanto, del reconocimiento legal de una posible prevalencia de la voluntad de la mujer o de las circunstancias de ésta sobre su compañero varón pues con independencia de que tal posición implicaría una clara discriminación prohibida por la Constitución, el apartado 3 del mismo precepto legal matiza que “Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el artículo anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”, consentimiento que “(...) deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”. En cualquier caso, es preciso destacar que el nuevo texto legal adolece, en este punto, de algunas deficiencias, pues, de acuerdo con la perspectiva apuntada, no menciona a la mujer sola en relación con la determinación de las posibles tipologías fisiopatológicas que permiten fecundar un mayor número de ovocitos, circunstancia que también puede concurrir en tal hipótesis y que, como ya nos consta, ha de ser asumible por el proyecto reproductivo de la pareja y debemos entender, igualmente, de la mujer sola<sup>9</sup>.

(9) En relación con los problemas de la posición legal apuntada, véase ROMEO CASABONA: *El Derecho y la Bioética...*, págs. 233 y ss.

## Consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida

Igualmente plantea interrogantes el alcance del juicio que sobre el respectivo proyecto reproductivo de la pareja o de la mujer deben realizar los profesionales. En concreto es posible plantear si debe ser comprensivo exclusivamente de sus deseos existenciales o, por el contrario, debe atender a otras circunstancias ya sean relativas a la salud física o psíquica de la madre, ya sean de carácter material (situación laboral o socio-económica de la pareja o de la mujer), objetivamente deducibles, y que pueden incidir sobre aquellos deseos hasta el punto de desvirtuarlo por completo. Y, en este último caso, si aquellos profesionales médicos pueden ser competentes para atender a estas circunstancias o se debería dar entrada a otros profesionales (médicos especialistas en otras ramas de la medicina como psiquiatras, forenses pero, también, juristas, asistentes sociales o psicólogos, etc.)

En relación con la segunda cuestión planteada, es decir, la posible identidad en cuanto al número de los ovocitos fecundados y de los preembriones realmente transferidos por ciclo, es preciso destacar que ésta parece ser, ciertamente, la hipótesis en la que piensa el legislador. En principio, por tanto, ambos supuestos parece que han de ser coincidentes. No obstante, de acuerdo con el texto legal, puede ocurrir que no lo sean. Así será, con toda normalidad, cuando la patología de base de la pareja progenitora implique la necesidad de fecundar un mayor número de ovocitos pues, en cualquier caso, sea cual fuera el número de éstos (que, por lo demás, no se precisa legalmente), el número de embriones a transferir a la mujer en cada ciclo está limitado a tres. Pero también puede serlo, sin necesidad de recurrir a este supuesto excepcional, cuando el número de ovocitos fecundados en cada ciclo sea mayor que el número de preembriones efectivamente implantados en la mujer, posibilidad que el texto no cierra en absoluto. En efecto, el texto legal habla de la posibilidad de fecundar hasta tres ovocitos con el fin de que "... puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo"; es decir, se trata de una posibilidad ("... que puedan ser...") y no de una obligación o del mandato que hubiera implicado la utilización de la expresión "que deben ser..." transferidos. De acuerdo con el espíritu de la reforma, hubiera sido aconsejable el uso de esta última fórmula y, de esta forma –al margen, claro está, de los casos excepcionales previstos por el texto legal– trabar una identidad absoluta entre ambas realidades biológicas. Por el contrario, el texto legal mantiene una importante vía de escape; ciertamente disminuida desde una perspectiva cuantitativa pero, en su dimensión jurídica y ética, el problema subsiste.

Por lo demás, es preciso destacar que el texto legal comentado conceptúa el incumplimiento de los requisitos y obligaciones legales anteriores como una auténtica infracción administrativa que puede dar lugar a la suspensión temporal o, incluso, a la pérdida de autorización como centro de reproducción asistida.

## IV. DESTINO DE LOS PREEMBRIONES HUMANOS CRIOCONSERVADOS

### A) Planteamiento de la cuestión

La existencia de un número ingente de embriones sobrantes del empleo de las técnicas de fecundación *in vitro* –una vez conseguido el embarazo– que actualmente se mantienen

crioconservados en los centros correspondientes y, especialmente, la indeterminación legal en cuanto al posible destino de los mismos en el caso de no ser utilizados por la pareja progenitora con el fin de dar lugar a una posterior descendencia es, a mi juicio, el principal problema que, desde diferentes puntos de vista, ha producido el empleo de dichas técnicas. De ahí que no resulte extraño que haya sido una de las cuestiones abordadas por el legislador de la reforma.

En efecto, recordemos que el apartado 3 del artículo 11 de la LTRAH establecía, en su redacción anterior, que los preembriones sobrantes de una fecundación *in vitro*, por no transferidos al útero, debían ser crioconservados en bancos autorizados por un período máximo de cinco años, con el fin de poder ser solicitados por la pareja progenitora o donados a otras parejas que lo solicitaran. No obstante, el texto legal citado tampoco determinaba el destino de los preembriones no transferidos una vez transcurrido dicho plazo.

Así las cosas, la Comisión Nacional de Reproducción Asistida en su Informe sobre “La investigación con embriones humanos sobrantes”, emitido en el año 2000, proponía —complementando su informe previo del año 1998—, la posibilidad de utilizar con fines de investigación, los embriones humanos que hubieran superado el plazo máximo de crioconservación previsto en la LTRAH, cuando existiese el consentimiento informado de los progenitores y no fueran a ser transferidos a su madre biológica, ni donados a otras parejas. Igualmente, destacaba el problema de la acumulación de preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, aconsejando reducir el número de los implantados, afirmando en tal sentido que “(...) aunque, desde un punto de vista técnico, la disponibilidad de más preembriones (...) aumenta las posibilidades de procreación (...) no es menos cierto que el elevado número de preembriones congelados sugiere que frecuentemente no es necesario obtener tantos (...)”. Por su parte, el Comité Asesor de Ética (dependiente de la Fundación para la Ciencia y Tecnología) hizo público, en febrero de 2003, un informe encargado por el Ministerio para la Ciencia y la Tecnología en relación con “La investigación sobre células troncales” en el que, desde un punto de vista coincidente con el sostenido por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, abordaba, entre otras cuestiones, el posible destino de los preembriones humanos sobrantes de las técnicas citadas y su posible utilización con fines de investigación. En este sentido, el Comité Asesor de Ética es contrario a la creación específica de preembriones humanos con fines de investigación, si bien, y ante la alternativa de su destrucción, se pronuncia favorablemente a su utilización con dicho fin, pero “... siempre bajo unas normas estrictas de control”; medidas comprensivas de aspectos como la necesidad de contar con el consentimiento informado de los progenitores, la exigencia de que los proyectos acrediten una finalidad terapéutica dirigida a disminuir el sufrimiento humano, que no puedan ser desarrollados a través de otras líneas de investigación alternativas y que sean realizados por equipos capacitados dentro de proyectos debidamente autorizados y controlados. El Comité coincide igualmente en la necesidad de reducir al mínimo el número de preembriones sobrantes de la FIV y en la conveniencia de permitir la donación con fines reproductivos de los preembriones sobrantes cuando las parejas progenitoras hayan dado su consentimiento.

## Consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida

En este contexto es preciso recordar en relación con el marco normativo vigente en la materia que, de acuerdo con la LTRAH, sólo está permitido investigar con preembriones viables si dicha investigación tiene carácter diagnóstico, terapéutico o preventivo para el propio preembrión, de tal forma que cualquier investigación que se realice con otros fines sólo podría utilizar preembriones humanos muertos o no viables. Por su parte, la LD y UE permite la investigación con embriones humanos siempre que éstos no sean viables o estén muertos y que dicha investigación no sea realizada con carácter comercial.

En el análisis de la LTRAH de 2003 hemos de diferenciar, sin embargo, según se trate de embriones sobrantes obtenidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma legal o, por el contrario, con posterioridad a la misma.

### **B) Embriones obtenidos con anterioridad a la reforma legal**

La Disposición Final Primera de la LTRAH aborda la regulación del posible destino de los preembriones humanos excedentes o supernumerarios —en tanto no transferidos— que se encuentren crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma legislativa analizada en estas páginas, determinando la forma de actuación a seguir en relación con los mismos. De acuerdo con dicho texto, el destino de dichos preembriones humanos ha de venir determinado por las parejas progenitoras o, en su caso, por la mujer que, mediante el consentimiento informado, pueden adoptar cualquiera de las siguientes decisiones:

- a) El mantenimiento de los embriones en crioconservación hasta que les sean transferidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la LRHA.
- b) La donación, sin ánimo de lucro, con fines reproductivos a otras parejas que estén en la lista de espera de fecundación in vitro, según lo previsto en los artículos 5, 7, 8 y 9 LRHA.
- c) El consentimiento para que las estructuras biológicas obtenidas en el momento de la descongelación puedan ser utilizadas con fines de investigación, de acuerdo con los propios límites establecidos por el proyecto, sin que en ningún caso se proceda a la reanimación.
- d) Proceder a su descongelación sin otros fines.

**LA LTRAH SÓLO PERMITE INVESTIGAR CON PREEMBRIONES VIABLES SI DICHA INVESTIGACIÓN TIENE CARÁCTER DE DIAGNÓSTICO TERAPÉUTICO O PREVENTIVO PARA EL PROPIO EMBRIÓN. CUALQUIER OTRA INVESTIGACIÓN SÓLO PODRÍA UTILIZAR PREEMBRIONES HUMANOS MUERTOS O NO VIABLES**

Es preciso destacar que, de acuerdo con lo previsto en el proyecto de ley, el Gobierno, mediante Real Decreto y en el plazo de cuatro meses, debe desarrollar cada una de las opciones anteriores y establecer el procedimiento mediante el cual los centros de reproducción humana asistida que tengan preembriones que hayan sido crioconservados, deben solicitar el consentimiento informado de las parejas progenitoras o de la mujer en su caso, con objeto de poder determinar el destino de sus preembriones.

De esta forma, el texto legal recoge en su nueva redacción la recomendación formulada tanto por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, como por el Comité Asesor de Ética, en el sentido de autorizar la investigación con embriones pero, única y exclusivamente, como alternativa a la descongelación de aquellos que no vayan a ser transferidos a su madre biológica o donados a otras parejas con fines reproductivos, siempre que exista el consentimiento informado de la pareja progenitora o, en su caso, de la madre, que se realice bajo unas estrictas normas de control científico y ético cuya concreción queda, sin embargo, remitida al desarrollo reglamentario —si bien, en cualquier caso, deben ser tratadas de acuerdo con la legislación vigente sobre donación y utilización de células y tejidos de origen humano— y que dichas estructuras biológicas sirvan, en todo caso, para la investigación fundamental, para la mejora de los conocimientos médicos y para la puesta al día de nuevos diagnósticos, preventivos o terapéuticos aplicables al hombre. Es preciso recordar que como tal consentimiento informado requiere, con carácter obligatorio, una información y asesoramiento suficiente sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de dichas técnicas, así como de los resultados y de los riesgos previsibles (artículo 2.2 LTRAH).

Recordemos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 15 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se entiende por consentimiento informado “La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud”. En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 2.2 LTRAH, la información se debe extender a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionen con las técnicas y es responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.

Esta regla quiebra, sin embargo, en dos hipótesis concretas que es preciso destacar en tanto parecen desconocer el objetivo de la reforma en este punto:

a) En primer lugar cuando exista el consentimiento expreso de los progenitores para que determinados preembriones puedan ser donados con fines reproductivos a otras parejas inscritas en la lista de espera de fecundación *in vitro*, dichos preembriones deben ser mantenidos crioconservados durante cinco años más. Trascendido dicho plazo sin que se verifique la donación deben ser cedidos, sin embargo, al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

## Consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida

b) En segundo término, cuando se desconozca la pareja progenitora o la mujer, en su caso, de los preembriones crioconservados, o cuando no se haya recibido el consentimiento informado en el período de un año, dichos embriones deben ser mantenidos crioconservados durante un plazo de cuatro años más con el fin de que puedan ser donados con fines reproductivos a otras parejas que estén en la lista de espera de fecundación *in vitro*. No obstante, en el caso de que no se haya producido la donación efectiva en dicho plazo, deben ser cedidos, igualmente, al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

Es preciso destacar que, en cualquier caso, la posibilidad de que en ciertas hipótesis, determinadas legalmente, los embriones puedan ser destinados a la investigación —tal como está planteada por el texto legal—, no deja de suscitar importantes dudas acerca de su licitud. En efecto, con el objetivo confesado de lograr un equilibrio entre los diferentes intereses en conflicto, el texto legal permite tal posibilidad, en un caso, mediando el simple consentimiento de los progenitores y, en los restantes, a partir del simple transcurso de un determinado plazo de tiempo fijado legalmente (cinco años). Y como fundamento de tal posición se nos ofrecen dos argumentos. En primer lugar, se afirma que tal posición es coherente con el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997 —en adelante, Convenio de Oviedo— en el sentido de que dicho convenio prohíbe la generación de embriones *ad hoc* para la investigación pero no el uso de los actualmente conservados. En segundo término, se nos argumenta gráficamente tal posición estableciendo un paralelismo entre la situación del embrión congelado que no puede ser transferido ni donado y la del enfermo irreversible que depende de unos medios extraordinarios para seguir viviendo. De esta forma, la descongelación del embrión se plantea como una situación similar a la que se produce cuando se retiran dichos medios extraordinarios y la obtención de células como la extracción de órganos para trasplantes<sup>10</sup>. Al respecto conviene destacar, sin embargo, las siguientes apreciaciones, a saber:

a) Ciertamente, el artículo 18.2 del Convenio de Oviedo prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación, pero de ahí, no es lícito deducir, apurando el argumento estrictamente literal que permite, sin embargo, la investigación con los embriones sobrantes, obtenidos con otros fines. En efecto, es preciso destacar que dicho convenio, en realidad, no toma una postura inequívoca en relación con el problema de fondo sino que, más bien, se remite a lo dispuesto en cada caso por la legislación de cada Estado miembro [“Cuando la experimentación con embriones *in vitro* esté admitida por la ley(...)”], siendo que, de acuerdo con el marco normativo vigente en nuestro país, tal posibilidad está fuertemente limitada (en los términos de los artículos 14 y siguientes de la propia LTRAH y de la Ley 42/1998, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos de sus células, tejidos u órganos —en adelante, LD y UE—). En otras palabras, la admisión legal de la posibilidad de investigar con embriones no resulta en absoluto del contenido del Convenio de Oviedo. Es más. Cuando dicho convenio se refiere —con el alcance expuesto— a tal posibilidad, afirma que la experimentación debe

(10) En este sentido, véase la intervención de la Ministra de Sanidad y Consumo, Sra. Pastor Julián (Sesión Plenaria núm. 268 celebrada con fecha de 25 de septiembre de 2003 —Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2003, VII Legislatura, núm. 281—).

garantizar una protección adecuada del embrión. Pues bien, parece evidente que no se garantiza en modo alguno dicha protección mediante su empleo en unas actividades que implican necesariamente su destrucción como realidad biológica con sustantividad propia.

b) En segundo lugar y, a partir de lo dicho en las líneas anteriores, ocurre que la posición adoptada por la reforma desconoce la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde 1985 (Sentencia de 53/1985, de 11 de abril; en el mismo sentido, las SS. 212/1996, de 19 de diciembre y 116/1999, de 17 de junio); pronunciamientos en los que, con fundamento en una interpretación biológica del concepto de viabilidad —entendida como susceptibilidad de adquirir vida independiente o plena individualidad humana sin que sea preciso atender, ni a la existencia efectiva de una realidad existencial, ni al desenlace posterior del proceso de gestación—, afirma la necesidad de respetar el embrión humano en tanto bien jurídicamente protegible aunque no ostente la condición jurídica de persona humana; posición de la que es posible extraer dos consecuencias. Por un lado, que desde la perspectiva constitucional no se trata tanto de lograr un equilibrio entre los diferentes intereses en conflicto sino de establecer qué derecho o bien jurídico es prevalente sobre los demás. Por otro, que en la medida en que el Tribunal Constitucional atiende exclusivamente a la mera posibilidad del futuro desarrollo vital de dicha realidad biológica, es evidente que los preembriones crioconservados son viables —claro está, de acuerdo con los porcentajes estadísticos correspondientes que no alcanzan el cien por ciento de los casos— si se les proporciona el contexto biológico adecuado, circunstancia que no queda desvirtuada por el mero transcurso de determinado plazo y menos por la concurrencia del consentimiento de los progenitores. De ahí, justamente, que tratándose de preembriones obtenidos con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, el texto legal extienda el período de crioconservación de los preembriones durante toda la vida fértil de la mujer, circunstancia que no se entendería si éstos perdiesen su viabilidad de acuerdo con las hipótesis anteriores. ¿Cuál es entonces el fundamento de esta disparidad de trato? Desde esta perspectiva, la reforma de la LD y UE resulta, por tanto, una necesidad ineludible, pues dicho texto legal no prevé criterios específicos para diagnosticar la muerte de los embriones, atendiendo, por el contrario, al concepto de no viabilidad; expresión que equipara a la muerte de los mismos, lo cual, no resulta aceptable.

De todo ello se desprende, por lo demás, lo inapropiado del ejemplo citado para justificar la opción legal que, en su simplicidad, no resulta adecuado. En efecto, así como ciertamente en el caso de un enfermo irreversible, si se le retiran los medios extraordinarios de los que depende para seguir viviendo, el fallecimiento se va a producir inevitablemente y, desde este punto de vista se puede calificar como una persona no viable —circunstancia que, por lo demás, no legitima la utilización de su cuerpo hasta que, en su caso, se diagnostique y se compruebe su muerte—, tal no es el caso, necesariamente, de los preembriones crioconservados por el simple hecho de su situación. Dichos preembriones no son viables porque la viabilidad de los mismos es impedida desde fuera pero, en caso de ser implantados, pueden serlo perfectamente —como apunté con anterioridad, de acuerdo con los índices estadísticos ordinarios—. Desde este punto de vista “paramédico” —permí-

## Consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida

taseme la expresión—, una comparación más coherente sería la de el enfermo en una situación de coma inducido que puede fallecer, ciertamente, si se le retiran los medios asistenciales correspondientes. Pero, por tal circunstancia, no podemos calificar a dicho enfermo como una persona no viable.

En cualquier caso, es preciso destacar que el proyecto remite las condiciones específicas en las que se pueden utilizar las estructuras biológicas obtenidas al correspondiente desarrollo reglamentario, si bien, en todo caso, deben ser tratadas de acuerdo con la legislación vigente sobre donación y utilización de células y tejidos de origen humano.

### C) Embriones sobrantes con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma

Como ya sabemos, la LTRAH de 2003 no cierra toda posibilidad de que se generen nuevos embriones sobrantes tras su entrada en vigor. Por un lado, tal circunstancia puede ser consecuencia de la propia patología de base de la pareja o de la mujer que obliga a realizar el tratamiento. Por otro, puede resultar de la implantación de un número menor de preembriones respecto de los ovocitos realmente fecundados, cuestión esta que el proyecto no resuelve satisfactoriamente a mi juicio. Pues bien, en el primer caso, el texto legal establece que los preembriones deben ser crioconservados por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer con el objeto de que se le puedan transferir en intentos posteriores. En el segundo, dada su proximidad con la hipótesis anterior, ante la falta de toda previsión legal al respecto, parece que debemos seguir el mismo criterio.

## V. EL CENTRO NACIONAL DE TRASPLANTES Y MEDICINA REGENERATIVA

Para aplicar el protocolo de descongelación de los preembriones que se mantengan crioconservados, el nuevo texto legal crea el denominado Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa. Se trata de un organismo público con la naturaleza de Organismo autónomo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídico-pública diferenciada y con plena capacidad de obrar, quedando adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, Departamento al que corresponde su dirección estratégica y evaluación y control de los resultados de su actividad. Paralelamente, la actual Organización Nacional de Trasplantes debe pasar a depender del nuevo organismo.

**PARA APLICAR  
EL PROTOCOLO DE  
DESCONGELACIÓN  
DE LOS PREEMBRIONES  
QUE SE MANTENGAN  
CRIOCONSERVADOS,  
LA LEY 45/2003 CREA  
EL CENTRO NACIONAL  
DE TRASPLANTES Y  
MEDICINA REGENERATIVA**

Se rige por lo dispuesto en el texto analizado y demás disposiciones que resulten de aplicación. En cuanto a su Estatuto, debe ser aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto –a iniciativa del Ministro de Sanidad y Consumo y a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Hacienda– en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la futura ley.

Con independencia de su competencia en materia de aplicación del procedimiento de descongelación de los embriones destinados a experiencias médicas o investigadoras, de acuerdo con el proyecto legal, son fines generales del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa los siguientes:

- a) Coordinar y gestionar la política de trasplantes de órganos, tejidos y células de origen humano.
- b) Promover e impulsar los trasplantes de órganos, tejidos y células de origen humano.
- c) Promover y coordinar la investigación científica con tejidos y células de origen humano de acuerdo con la legislación vigente y los convenios internacionales firmados en materia de biomedicina.
- d) Asesorar al Ministerio de Sanidad y Consumo en materia de Trasplantes y medicina regenerativa.
- e) Representar al Ministerio de Sanidad y Consumo en organismos nacionales e internacionales en materias relacionadas con los trasplantes y la medicina regenerativa.
- f) Desarrollar un Registro de Centros y Equipos Autorizados para investigar con células y tejidos de origen humano, que sustituya al Registro Nacional de Centros o Servicios Autorizados previsto en la Disposición Adicional Segunda de la LD y UE.

Es preciso destacar que el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa debe contar con un Banco Nacional de Líneas Celulares, previsión legal de especial importancia en tanto que la LTRAH de 2003 le atribuye la función de elaborar, almacenar, conservar y gestionar líneas celulares de diverso tipo, de acuerdo con las normas y estándares que determine la legislación nacional e internacional.

Finalmente, dicho texto legal establece un deber de colaboración de carácter instrumental, en tanto que destinado al cumplimiento de las diferentes previsiones legales, que recae sobre todos los centros, servicios y unidades autorizados de reproducción humana asistida que se articula entre previsiones de diferente alcance y pretensión, a saber:

- a) En primer lugar, dichas entidades deben comunicar al Ministerio de Sanidad y Consumo, en el plazo de dos meses a partir de la entrada en vigor de la ley analizada, el número de preembriones que mantengan actualmente crioconservados procedentes de

## Consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida

ciclos iniciados antes de la entrada en vigor de la ley, así como la información disponible sobre su estado y condiciones en que fueron crioconcevidos.

b) En segundo término, con carácter general, deben colaborar con el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

c) Por último, deben poner a disposición del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa los embriones cuyas estructuras biológicas vayan a ser utilizadas con fines de investigación. Igualmente, deben facilitar todos los datos biológicos necesarios para determinar la trazabilidad y el tipaje de las células que se obtengan, de tal forma que no sea desvelada la identidad de sus progenitores.

Nada dice, sin embargo, la LTRAH de 2003, acerca de la Comisión de Seguimiento y Control de Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, entidad que debe sustituir a la Comisión Nacional de Donación y Utilización de Embriones y Fetos prevista en la LD y UE y cuyas competencias, requisitos de creación y funcionamiento quedan remitidas al desarrollo reglamentario.



**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**

El principio de igualdad entre el hombre y la mujer forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento comunitario (véase, en este sentido, la Sentencia de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post*, asuntos acumulados C-270/97 y C-271/97, Rec. p. I-929, apartado 57). Según el artículo 2 CE, la Comunidad tiene por misión, entre otras, promover la igualdad entre el hombre y la mujer. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores de uno y otro sexo forma parte de los fundamentos de la Comunidad.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2004 (asunto C-256/01), que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* (Reino Unido), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre *Debra Allonby* y *Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional*, antes *Education Lecturing Services, Secretary of State for Education and Employment*, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 141 CE, se plantea ante el TJCE si el citado precepto tiene un efecto directo tal

que faculta a la Sra. Allonby para reclamar su derecho a afiliarse al régimen de pensiones, bien a) comparando su situación con la del Sr. Johnson, o bien b) demostrando estadísticamente que, entre los profesores que cumplen los demás requisitos de afiliación, el porcentaje de mujeres que pueden cumplir el requisito de afiliación consistente en estar empleado en virtud de un contrato de trabajo es claramente inferior al de hombres, y acreditando que dicho requisito no está objetivamente justificado.

Para el Tribunal, el artículo 141 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una mujer que se encuentre en circunstancias como las del asunto principal no tiene derecho a invocar el principio de igualdad de retribución a fin de poder adherirse a un régimen de pensiones profesional para profesores, establecido por una normativa estatal, al que sólo pueden adherirse los profesores titulares de un contrato de trabajo, utilizando como término de comparación la retribución que percibe por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor un hombre empleado por el anterior empleador de dicha mujer, retribución que comprende el derecho de adherirse al mencionado régimen. Por otra parte, el artículo 141 CE debe interpretarse en el sentido de que, cuando se discute una reglamentación estatal, la aplicabilidad de dicha disposición, a una empresa no está subordinada al requisito de que el trabajador afectado pueda ser comparado a un trabajador de otro sexo empleado, en la actualidad o en el pasado, por el mismo empleador y que haya recibido, por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, una retribución más elevada.

### 3. FUENTES

En el período de referencia es preciso resaltar, desde una perspectiva hermenéutica, dos pronunciamientos comunitarios.

Primeramente, la **STJCE de 29 de abril de 2004, Björnekulla Frukindustria c. Procordia Food, As. C-371/02**, contiene dos interesantes apuntes, fundamentalmente para subrayar que la interpretación de normas nacionales no es tarea exclusiva de cada Estado miembro en particular sino de todos en general y siempre según la perspectiva comunitaria. De este modo, el mencionado pronunciamiento, por un lado, destaca la obligación que tiene el juez nacional de interpretar el Derecho nacional, sea anterior o posterior a una Directiva, a la luz de la letra y finalidad de la misma, pues sólo así podrá alcanzarse el resultado perseguido por la fuente comunitaria; pero, por otro, contempla que las disposiciones comunitarias deben interpretarse y aplicarse de modo uniforme “a la luz de las versiones de las otras lenguas comunitarias” (FJ 16°).

En segundo término, incidiendo en una reiterada doctrina del Alto Tribunal Comunitario, la **STJCE de 29 de abril de 2004, Plato Plastik Robert Frank c. Caropack Handelsgesellschaft, As. C-341/01**, establece que las distintas versiones lingüísticas de una norma comunitaria deben ser objeto de una interpretación uniforme y, en caso de discrepancia entre las referidas versiones, la interpretación irá “en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forme parte” (FJ 64°).

### 4. RECURSOS

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

Durante el período analizado no se ha producido jurisprudencia de interés en relación con estos recursos.

#### 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 y E) Medidas cautelares

Nada nuevo se atisba en el horizonte jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares.

Ahora bien, la ausencia de novedades, entendidas como ruptura o quiebra jurisprudencial, no desmerece las constantes precisiones y puntualizaciones que ha formulado el Tribunal Europeo en el período que comprende esta crónica.

#### a) Cuestiones prejudiciales

Como viene siendo habitual, se va a dividir este epígrafe en dos subapartados: de una parte, el dedicado al comentario de las sentencias prejudiciales de interpretación; y de otra, el destinado al resumen de las sentencias prejudiciales de validez.

En cuanto a las primeras (sentencias prejudiciales de interpretación), éstas van a ser agrupadas en tres categorías principales: A) Sentencias sobre admisibilidad; B) Sentencias derivadas de la interposición de una cuestión prejudicial por Juez español, y C) Otras sentencias.

#### a') Sentencias sobre admisibilidad

Los requisitos de admisibilidad son, una vez más, el argumento sobre el que más ocasiones se ha tenido que pronunciar el Tribunal de Justicia, en el período que comprende esta crónica. A pesar de que la doctrina jurisprudencial en torno a este sujeto es de sobra conocida por todos, no está de más sintetizarla.

En principio, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe

adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Sobre la base de esta declaración, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales plantean una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.

Ahora bien, existen supuestos excepcionales en los que el Tribunal de Justicia está facultado para negarse a responder a las cuestiones planteadas. Así, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional: a) cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; b) cuando el problema es de naturaleza hipotética, y c) cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho, o de Derecho, necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

Pese a la aparente simplicidad de estas reglas, y la copiosa jurisprudencia existente con relación a esta materia, el Tribunal de Justicia se ve obligado, una y otra vez, a precisar el alcance y contenido de aquéllas. Fundamentalmente, porque los motivos de inadmisión son alegados de forma sistemática, tanto por los Estados, como por la Comisión, para oponerse al planteamiento de las cuestiones prejudiciales; tal y como ocurre en los casos que se presentan a continuación.

En la **STJCE de 4 marzo de 2004, Barsotti y Otros, As. ac. C-19/01, C-50/01 y C-84/01**, el Tribunal de Justicia examina su propia competencia, y recuerda una de las máximas de cualquier procedimiento prejudicial: en el marco del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, ni sobre la conformidad de tales disposiciones con el Derecho comunitario.

No obstante, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el problema jurídico que le ha sido sometido. Dicho de otro modo, las cuestiones prejudiciales que versen sobre la validez o la interpretación de cualesquiera normas y disposiciones de Derecho interno serán inadmitidas por falta de competencia del Tribunal. Es ésta una causa de inadmisión lógica, que no precisa de ningún comentario.

Por su parte, en la **STJCE de 18 de marzo, Siemens y ARGE, Telekom & Partner, As. C-314/01**, la cuestión prejudicial planteada versa sobre el eventual conflicto existente entre una Directiva comunitaria (Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre) y las normas procedimentales austriacas de contratación.

En efecto, se trata de una cuestión prejudicial que tiene su origen en la eventual disconformidad de una sentencia relativa al procedimiento de adjudicación de obras en el Derecho

## I. Derecho Comunitario

administrativo austriaco, con la Directiva comunitaria invocada. Con la particularidad de que, mientras se tramitaba el procedimiento prejudicial, ha concluido el proceso principal del que trae su causa, con una sentencia anulatoria de la norma procedimental por parte del Juez Administrativo.

El Gobierno austriaco entiende que, en tales circunstancias y puesto que el proceso principal ya ha concluido, la cuestión prejudicial ha dejado de tener sentido. En otras palabras: la cuestión prejudicial tiene carácter meramente hipotético, y, por tanto, debe declararse su inadmisión.

La respuesta del Tribunal de Justicia es ciertamente interesante. Dando por bueno el alegato formulado por el Gobierno austriaco, declara, sin embargo, la admisibilidad de la cuestión prejudicial. ¿Cómo es esto posible? El Tribunal de Justicia estima que el argumento utilizado por el Gobierno austriaco es ciertamente atinado. Pero, no obstante, en este asunto concreto, el Gobierno austriaco olvida que, si el litigio principal ya ha sido sustanciado ante el Juez Administrativo, no lo ha sido aún ante el Juez Civil, el cual pudiera tener que decidir sobre este mismo asunto en un próximo futuro. Así pues, y sobre la base de la supuesta utilidad futura de la decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia admite la cuestión planteada.

Continuando con las sentencias prejudiciales sobre admisibilidad, en la **STJCE de 25 de marzo de 2004, Karner, As. C-71/02**, el motivo de inadmisión esgrimido por Karner es, una vez más, el supuesto carácter meramente interno de la cuestión planteada.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia opta por la solución contraria, esto es, por la admisión de la cuestión prejudicial planteada. En este caso, el argumento del Tribunal de Justicia es que, de los datos facilitados por el órgano jurisdiccional de remisión, “no resulta manifiesto” (apdo. 21 de la Sentencia) que la interpretación solicitada lo sea sobre una materia o disposición de carácter interno. En consecuencia, procede declarar la admisión de la cuestión prejudicial planteada.

Es el turno de la **STJCE de 25 de marzo de 2004, Azienda Agrícola Ettore Ribaldi, As. ac. C-480/00 a C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00 y C-497/00 a C-499/00**; sentencia particularmente interesante.

En primer lugar, porque se trata de una cuestión prejudicial de tipo mixto, esto es, una cuestión prejudicial de interpretación pero también de validez. En concreto, la de los artículos 1, 2 y 4 del Reglamento CEE núm. 3950/92 del Consejo, de 28 de diciembre de 1992, por el que se establece una tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos, y la de los artículos 3 y 4 del Reglamento CEE nº 536/93 de la Comisión, de 9 de marzo de 1993, por el que se establecen las disposiciones de aplicación de la tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos. En segundo lugar, porque en ella se resume, con profusión de detalles, la arraigada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia (apdo. 72 de la Sentencia), de la que se ha dado cuenta al inicio de este epígrafe. Y en tercer lugar, porque se lleva a cabo en esta sentencia una “partición de admisibilidad”, esto es, se admite el planteamiento de parte de las cuestiones preju-

diciales planteadas, mientras se inadmite el resto. Algo que, siendo frecuente en los pronunciamientos prejudiciales, no deja de ser relevante.

En efecto, es la Comisión la que en este caso alberga algunas dudas acerca de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales 3ª, 4ª, 5ª, 6ª y 7ª. Dudas fundamentadas en el hecho de que, a juicio de la Comisión, el escrito de remisión no proporciona el marco fáctico, ni jurídico necesario, para que la respuesta del Tribunal de Justicia pueda resultar útil. Es más, y siempre a juicio de la Comisión, se aprecia una evidente falta de relación entre las cuestiones planteadas y el proceso principal, lo que permite calificar a aquéllas de irrelevantes.

El Tribunal de Justicia, no obstante, distingue entre las cuestiones 3ª, 4ª y 5ª de un lado, y las cuestiones 6ª y 7ª, de otro.

En cuanto a las primeras, se decanta por la admisibilidad; y ello con base en dos argumentos. El primero es que, si bien los datos recogidos en el escrito de remisión son “muy sucintos” (apdo. 74 de la Sentencia), son empero suficientes. Esto es, no hay que confundir laconismo con omisión. Y el segundo, que a lo largo del proceso prejudicial se ha tenido noticia y se han podido recabar datos suficientes, como para construir un marco fáctico y jurídico que permitan dar una respuesta útil al órgano de remisión.

Distinta es la solución a la que llega el Tribunal de Justicia en lo concerniente a las cuestiones prejudiciales 6ª y 7ª. Pues aquí, sí coincide la Corte Europea con la tesis mantenida por la Comisión. El órgano de remisión no ha facilitado respecto de estas cuestiones información, si quiera sucinta, que permita dar una respuesta útil. Y ello, pese a haber sido requerido hasta en cuatro ocasiones por el propio Tribunal de Justicia. De lo que se deriva, la inadmisibilidad de las cuestiones 6ª y 7ª.

Como se puede observar, al interno de una misma sentencia prejudicial caben pronunciamientos tanto de admisibilidad como de inadmisibilidad, incluso, cuando las razones para lo uno y los argumentos para lo otro, sean coincidentes.

En Sentencia de la misma fecha y también ante una cuestión prejudicial presentada por un Juez italiano, en concreto, la **STJCE de 25 de marzo de 2004, Azienda Agrícola Giorgio, Giovanni e Luciano Visentin y Otros, As. C-495/00**, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara la inadmisión de la cuestión prejudicial planteada.

El motivo, en este caso, es el carácter hipotético de aquélla, pues no se acierta a adivinar cuál sea la relación entre el Derecho Comunitario invocado y la resolución del asunto principal (apdo. 60 de la Sentencia). En efecto, el problema de si el Estado miembro de que se trata puede, en determinadas circunstancias, regularizar importes adeudados por los productores de leche en concepto de tasa suplementaria, resulta intrascendente para la solución del litigio principal.

## I. Derecho Comunitario

Sigue el Tribunal de Justicia ocupándose de los motivos de inadmisión en la **STJCE de 1 de abril de 2004, As. C-286/02, Bellio Flli.** En este caso, es la República italiana la que alberga dudas en cuanto a la admisibilidad de las cuestiones planteadas. Básicamente, porque estima que dichas cuestiones son “manifiestamente irrelevantes” (apdo. 26 de la Sentencia); y, por ende, inútiles para determinar el sentido de la decisión que haya de recaer en el proceso principal.

A juicio del Tribunal, por el contrario, las cuestiones deben ser admitidas. De un lado, porque no resulta evidente que dichas cuestiones no guarden relación alguna con el litigio principal, al menos, si se atiende al contenido de la resolución de remisión. Y de otro, porque se disponen de elementos de hecho y de Derecho suficientes para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional interno.

En términos similares se expresa el Tribunal de Justicia en la **STJCE de 1 de abril de 2004, Borgmann, As. C-1/02.** En efecto, ante las alegaciones en este caso del Gobierno Holandés, en cuanto a lo sucinto del escrito de remisión y la falta de relación de las cuestiones planteadas con el proceso principal, el Tribunal de Justicia afirma de nuevo la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, porque aunque los términos del escrito de remisión son “extremamente sucintos” (apdo. 26 de la Sentencia), se solicitaron las pertinentes aclaraciones al órgano de remisión. Aclaraciones que fueron reenviadas al Tribunal, y de las que se deduce el marco jurídico y fáctico del pleito principal. En segundo lugar, la relación del Derecho Comunitario con el litigio principal es evidente, pues la sanción recurrida carecería de sentido en caso contrario. Y en tercer lugar, varios Estados miembros, así como la Comisión, han presentado las preceptivas alegaciones. De lo que se deduce que, si el escrito de remisión era lo suficientemente completo como para permitir la formulación de alegaciones, también lo será para dar una respuesta útil por parte del Tribunal de Justicia.

En suma, y rebatida la alegación holandesa, no queda sino admitir las cuestiones prejudiciales presentadas.

El Tribunal de Justicia examina los motivos de inadmisión y reitera las reglas sobre admisibilidad en las **SSTJCE de 29 de abril de 2004, Rapper, As. C-476/01; Björnekulla Frukindustria, As. C-371/02, y British American Tobacco Manufacturing, As. C-222/01,** y sin que se añada nada nuevo a lo ya expuesto con anterioridad; por lo que se puede dar por finalizado este epígrafe.

### b') Sentencias derivadas de la interposición de una cuestión prejudicial por Juez español

Éste ha sido un período especialmente propicio en lo que concierne al planteamiento de cuestiones prejudiciales por órganos jurisdiccionales españoles. En particular, en lo referido al Tribunal Supremo.

Así es, tanto la STJCE de 11 de marzo de 2004, ASEMPRE y Otros, As. C-240/02, como la STJCE de 25 de marzo de 2004, Industrias de Deshidratación Agrícola, As. C-118/02, tienen su origen en sendos procesos sustanciados ante el Tribunal Supremo. Lo cual tiene una especial significación, pues, tradicionalmente, el Tribunal Supremo no se ha caracterizado por utilizar en exceso este instrumento de colaboración jurisprudencial. Antes al contrario.

Es más, otros órganos jurisdiccionales de inferior rango, como el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, han hecho también uso de esta posibilidad. Dando lugar a la STJCE de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, As. C-342/01.

Sin embargo, en todos los casos, los pronunciamientos prejudiciales no contienen ningún elemento de interés desde la perspectiva del análisis prejudicial, aunque sí desde un punto de vista sustantivo. Así, la primera sentencia hace referencia a la licitud o no de la extensión del monopolio estatal a favor del proveedor del servicio universal de correos mediante el concepto de “autoprestación”; así como a la legalidad de la reserva en favor de aquél, del servicio de giro postal (en el primero se rechaza, mientras se admite en el segundo). Esto es, se inscribe dentro del ámbito de estudio de la libre competencia. La segunda aborda la espinosa cuestión de si la normativa comunitaria sobre deshidratación agrícola es de aplicación también a la deshidratación en seco, y cuál es el alcance de la competencia normativa residual de los Estados en lo que concierne a la regulación de las OMC. Esto es, política agraria. La última, ajena al ámbito competencial del Tribunal Supremo, plantea el interrogante de si las trabajadoras pueden disponer de vacaciones en fecha distinta a la de su permiso de maternidad, cuando ambos coincidan (el Tribunal responde afirmativamente a la cuestión planteada). Esto es, política social.

En definitiva, puesto que no constituyen objeto de estudio en este apartado, se invita a consultar aquellas secciones de esta Revista en las que se abordan estas materias. Valga esta breve reseña para orientar al lector en su búsqueda.

### c') Otras sentencias

En esta última categoría quedan encuadradas aquellas decisiones prejudiciales que no tienen cabida en ninguna de las anteriores, o que tratan asuntos de menor interés.

En la STJCE de 11 de marzo de 2004, Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft, As. C-182/01, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial planteada “por remisión”, esto es, puesto que la cuestión prejudicial planteada lo es en “términos idénticos” a la respuesta dada en una sentencia anterior (STJCE de 10 de abril de 2003, Schulin, As. C-305/00), y aunque tal coincidencia no sea motivo de inadmisión, bastará responder a la cuestión ahora interpuesta en los mismos términos que aquélla. Recuérdese, a este respecto, que cabe el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre un precepto comunitario ya interpretado, cuando los motivos alegados sean distintos. De ahí que la

## I. Derecho Comunitario

simple coincidencia en cuanto al precepto sobre el que recae la interpretación no faculte al Tribunal de Justicia para declarar la inadmisión.

La **STJCE de 30 de marzo de 2004, Alabaster, As. C-147/02**, tiene gran interés desde una perspectiva procedimental, pues permite precisar cuándo y en qué circunstancias es posible solicitar la reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial, y cuándo no.

En este concreto supuesto, el Reino Unido, haciendo uso del artículo 61 del Reglamento de Procedimiento del TJCE, pide la reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial. Pues, en su opinión y una vez superada dicha fase, se han planteado cuestiones prejudiciales nuevas, frente a las que no ha sido posible presentar las pertinentes alegaciones.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, desestima dicha solicitud. Según el parecer del Alto Tribunal no existe cuestión prejudicial nueva no debatida por las partes en la fase oral; y, además, el Tribunal se considera suficientemente informado de las mismas. Con lo que establece con más exactitud, los concretos motivos por los que se puede solicitar la reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial; aclarando el sentido de lo preceptuado en el propio artículo 61.

En consecuencia, y al no comparecer ninguno de los motivos que facultarían al Tribunal para reabrir la fase oral del procedimiento prejudicial (no estar lo suficientemente informado de las cuestiones debatidas, o el hallarse ante una cuestión no previamente planteada), se debe desestimar la petición de reapertura de la fase oral presentada por el Reino Unido.

La **STJCE de 29 de abril de 2004, Björnekulla Frukindustria, As. C-371/02**, ya citada con anterioridad, vuelve a aparecer en este epígrafe por su trascendencia desde la perspectiva de la denominada “teoría de la interpretación conforme”.

Como es bien sabido, las directivas carecen de efecto directo entre particulares (efecto horizontal de las directivas). Ahora bien, a través de tesis tales como la “relación triangular”, o la teoría de la interpretación conforme, el efecto directo de las directivas puede extenderse, incluso, hasta el ámbito de las relaciones entre particulares.

La teoría de la interpretación conforme viene a decir que, cuando el Juez nacional tenga que interpretar una norma interna a la luz de una Directiva comunitaria, deberá hacerlo bajo los principios comunitarios y en aras de la consecución de la finalidad perseguida por aquélla. Precisamente, esto es lo que nos recuerda el Tribunal de Justicia en esta sentencia, cuando se afirma que:

“Cuando un órgano jurisdiccional nacional tiene que interpretar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva de que se trate, está obligado a hacer todo lo posible por interpretarlo a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así al artículo 249 CE, párrafo tercero (...)”

Cuestión esta de enorme trascendencia, que cuya omisión en esta crónica hubiese resultado inexcusable.

En lo que concierne a las cuestiones **prejudiciales de validez**, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha experimentado variación alguna. De ahí, que se citen a título de inventario las siguientes: STJCE de 19 de febrero de 2004, *British Sugar, As.* C-329/01; STJCE de 4 de marzo de 2004, *Krings, As.* C-130/02; STJCE de 25 de marzo de 2004, *Azienda Agrícola Ettore Ribaldi, As. ac.* C-480/00 a C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00 y C-497/00 a C-499/00; STJCE de 25 de marzo de 2004, *Azienda Agrícola Giorgio, Giovanni e Luciano Visentin y Otros, As.* C-495/00, y la STJCE de 1 de abril de 2004, *Borgmann, As.* C-1/02.

#### **b) Medidas cautelares**

En el período comentado en la presente crónica, no existe jurisprudencia novedosa sobre esta materia.

### **5. MERCADO INTERIOR**

#### **A) Libre circulación de mercancías**

El período objeto de análisis (febrero a mayo de 2004) ha sido especialmente prolífico en cuanto a la producción de sentencias en esta materia, concretamente un total de ocho, cuya doctrina trataremos de sintetizar dentro de la brevedad que nos conceden estas páginas. En este período hemos asistido a la mayor ampliación jamás conocida por la Unión. Debemos hacer asimismo mención nuevamente al Proyecto de Constitución Europea, que relega la libre circulación de mercancías a la Sección 3ª (llamada precisamente “Libre Circulación de Mercancías”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III 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:

## I. Derecho Comunitario

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 analizado (febrero a mayo de 2004), el Tribunal ha pronunciado ocho sentencias sobre esta materia. La primera de ellas, la **STJCE de 5 de febrero de 2004, (Sala Sexta), Greenham y Abel, As. C-95/01**, resuelve una cuestión prejudicial sobre una prohibición de comercialización de productos alimenticios a los que se hayan añadido vitaminas y minerales, dentro de un proceso penal contra una empresa cuyo domicilio social está en París (Francia) y que distribuye productos alimenticios procedentes de otra sociedad establecida en el Reino Unido.

En lo que se refiere a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial, algunos de ellos fueron objeto de directivas aprobadas por la Comisión sobre la base de la Directiva 89/398/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1989, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos alimenticios destinados a una alimentación especial (DO L 186, p. 27). Por su parte el Código de Consumo francés, penaliza el añadir determinadas sustancias a los alimentos para consumo humano. Concretamente, a la empresa británica se le acusaba de haber puesto a la venta productos alimenticios presuntamente falsificados al comercializar productos a los que se habían añadido la sustancia “coenzima Q10”, sustancia nutritiva cuya adición en la alimentación humana no está autorizada en Francia, y vitaminas cuyas cantidades superan las cantidades diarias recomendadas o los límites de seguridad fijados por la legislación francesa.

Para el TJCE, los artículos 28 y 30 TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro prohíba, salvo autorización previa, la comercialización de productos alimenticios legalmente fabricados y comercializados en otro Estado miembro cuando se les hayan añadido sustancias nutritivas, como vitaminas y minerales, distintas de aquellas cuya utilización se haya declarado lícita en el primer Estado miembro, siempre que se cumplan determinados requisitos. La jurisprudencia comunitaria remite asimismo a las Sentencias Sandoz, 174/82, Rec. p. 2445; de 30 de noviembre de 1983, Van Bennekom, 227/82, Rec. p. 3883; Sentencia de 16 de julio de 1992, Comisión/Francia, C-344/90, Rec. p. I-4719; y la Sentencia de 5 de febrero de 2004, Comisión/Francia, C-24/00, Rec. p. I-0000; Sentencia de 18 de mayo de 2000, Rombi y Arkopharma, C-

107/97, Rec. p. I-3367; Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville, 8/74, Rec. p. 837; Sentencia de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Dinamarca, C-192/01, Rec. p. I-0000.

**STSCCE de 5 de febrero de 2004, (Sala Tercera), Comisión contra Italia, As. C-270/02**, relativa a la autorización previa a la comercialización sobre productos alimenticios para deportistas. Un fabricante británico de productos alimenticios para deportistas, en particular de barras energéticas y de bebidas rehidratantes, llamó la atención de la Comisión mediante la presentación de una denuncia a raíz de las supuestas dificultades a las que tuvo que hacer frente su distribuidor italiano al comercializar en Italia sus productos. Éstos estaban sujetos a la previa autorización del Ministerio italiano de Sanidad, así como al pago de los gastos administrativos ocasionados por la citada solicitud de autorización. En la sentencia se condena a Italia por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 TCE al haber mantenido en vigor una normativa que supedita la comercialización de los productos alimenticios para deportistas legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros a la obligación de solicitar una autorización previa y a la incoación de un procedimiento en este sentido, sin haber acreditado el carácter necesario y proporcionado de dicha exigencia. Se citan las Sentencias: de 11 de julio de 1974, Dassonville, 8/74, Rec. p. 837; de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania, denominada “Ley de pureza de la cerveza”, 178/84, Rec. p.1227; de 16 de enero de 2003, Comisión/España, C-12/00, Rec. p. I-459; de 3 de junio de 1999, Colim, C-33/97, Rec. p. I-3175; de 16 de noviembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-217/99, Rec. p. I-10251; de 16 de julio de 1992, Comisión/Francia, C-344/90, Rec. p. I-4719, de 5 de febrero de 2004, Comisión/Francia, C-24/00, Rec. p. I-0000; de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, denominada “Cassis de Dijon”, 120/78, Rec. p. 649; de 19 de junio de 2003, Comisión/Italia, C-420/01, Rec. p. I-6445; de 30 de noviembre de 1983, Van Bennekom, 227/82, Rec. p. 3883; de 13 de marzo de 1997, Morellato, C-358/95, Rec. p. I-1431, apartado 14; de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02, Rec. p. I-4431; de 28 de enero de 1999, Unilever, C-77/97, Rec. p. I-431; de 23 de enero de 2003, Comisión/Austria, C-221/00, Rec. p. I-1007.

En la **STJCE de 5 de febrero de 2004, (Sala Sexta), Comisión contra Francia, As. C-24/00**, se enjuicia si una normativa nacional que enumera taxativamente las sustancias nutritivas que pueden ser añadidas a los productos alimenticios constituye una medida de efecto equivalente. La normativa comunitaria en lo que se refiere a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial, fue objeto de directivas aprobadas por la Comisión sobre la base de la Directiva 89/398/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1989, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos alimenticios destinados a una alimentación especial (DO L 186, p. 27).

Según el TJCE, Francia incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del TCE (actual artículo 28 TCE) al no haber establecido ningún procedimiento simplificado que permita obtener la inclusión, en la lista nacional de sustancias nutritivas autorizadas, de sustancias nutritivas añadidas a los productos alimenticios de consumo

## I. Derecho Comunitario

corriente y a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial fabricados y/o comercializados legalmente en otros Estados miembros, y al haber obstaculizado la comercialización en Francia de determinados productos alimenticios, como los complementos alimenticios y los productos dietéticos que contienen L-tartrato y L-carnitina y los dulces y bebidas a los que se han añadido determinadas sustancias nutritivas, sin haber demostrado que la comercialización de tales productos implique un riesgo real para la salud pública.

La **STJCE de 12 de febrero de 2004, (Sala Quinta), Aslantrans contra Comisión, As. T-282/01**, analiza la devolución de los derechos de importación de un cargamento de cigarrillos robado durante el transporte. El 14 de mayo de 1997 la demandante presentó en la aduana del puerto de Amberes (Bélgica) una declaración relativa a la inclusión de un cargamento de más de doce millones de cigarrillos en el régimen de tránsito externo para su transporte de Amberes a Serbia y Montenegro. La aduana de destino estaba en Austria. Al entrar en el territorio aduanero de la Comunidad, el camión, el remolque y el cargamento fueron despachados en aduana con arreglo a su utilización temporal. El camión, el remolque y el cargamento se sometieron a la vigilancia aduanera. El 15 de mayo de 1997 el camión, el remolque y el cargamento de cigarrillos fueron robados en un área de estacionamiento de una autopista en Alemania, cerca de las fronteras belga y neerlandesa. las autoridades alemanas competentes, a saber, la Administración Principal de Aduanas de Coblenza (Alemania) giraron una liquidación, sobre la base del artículo 203 del Código aduanero, por la cual se reclamaba a la demandante, como responsable del buen funcionamiento del régimen de tránsito, la cantidad de 395.392 marcos alemanes en concepto de derechos de aduana sobre el cargamento de cigarrillos. La parte demandante, que había pagado la cantidad reclamada, solicitó a las autoridades alemanas la devolución de los derechos de aduana relativos a los cigarrillos robados.

El Tribunal de Primera Instancia, sin embargo, desestimó el recurso. El artículo 905 del Reglamento de aplicación, que concreta y desarrolla la norma contenida en el artículo 239 del Código aduanero, constituye una cláusula general de equidad destinada, en especial, a cubrir las situaciones excepcionales que, de por sí, no se puedan subsumir en ninguno de los supuestos previstos en los artículos 900 a 904 del Reglamento de aplicación (sentencia *Trans-Ex-Import*). Del tenor del artículo 905 se desprende que el reembolso de los derechos de importación está supeditado al cumplimiento de dos requisitos acumulativos, a saber, por una parte, la existencia de una situación especial y, por otra, la inexistencia de negligencia manifiesta o intento de fraude del operador económico (sentencia *De Haan*, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de enero de 2000, *Mehibas Dordtselaan/Comisión*, T-290/97, Rec. p. II-15). En consecuencia, basta con que no se cumpla uno de estos dos requisitos para que deba denegarse la devolución de los derechos (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de junio de 1996, *Günzler Aluminium/Comisión*, T-75/95, Rec. p. II-497 y sentencia *Mehibas Dordtselaan/Comisión*).

Dado que la Comisión estimó en la Decisión impugnada que la solicitud de devolución no estaba justificada debido a que las circunstancias del caso de autos no creaban una situación especial, no examinó el segundo requisito, relativo a la falta de intento de fraude y de negligencia manifiesta por parte del interesado. Por consiguiente, la presente

discusión debe versar exclusivamente sobre si la Comisión realizó o no una apreciación errónea del concepto de situación especial. Es jurisprudencia reiterada que la Comisión goza de una facultad de apreciación cuando adopta una decisión en virtud de la cláusula general de equidad prevista en el artículo 905 del Reglamento de aplicación (véanse, por analogía, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 9 de noviembre de 1995, *France-aviation/Comisión*, T-346/94, Rec. p. II-2841; de 17 de septiembre de 1998, *Primex Produkte Import-Export y otros/Comisión*, T-50/96, Rec. p. II-3773, y *Mehibas Dordtselaan/Comisión*). Procede destacar, asimismo, que la devolución o la condonación de los derechos de importación, que sólo pueden concederse conforme a determinados requisitos y en los casos previstos específicamente, constituyen una excepción al régimen normal de las importaciones y de las exportaciones y, en consecuencia, que las disposiciones que prevén tal devolución o tal condonación deben interpretarse en sentido estricto (sentencia *Söhl & Söhlke*).

**STJCE de 25 de marzo de 2004, (Sala Quinta), *Karcer, As. C-71/02***, en la que se analizan distintos aspectos del artículo 28 TCE respecto de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DO L 250, p. 17; EE 15/05, p. 55), en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 (DO L 290, p. 18). Concretamente, la Ley alemana contra la competencia desleal de 1984, contiene una prohibición general de proporcionar, en el tráfico económico, indicaciones que puedan inducir a error al público. Asimismo prohíbe cualquier publicación o anuncio destinado a un gran número de personas que haga referencia al hecho de que un bien procede de la masa de una quiebra cuando el bien de que se trata, pese a tener dicho origen, ya no forme parte de la masa de la quiebra.

Para el TJCE, el artículo 28 TCE no se opone a una normativa nacional que, con independencia del contenido verídico de la información, prohíbe que se mencione que los bienes proceden de la masa de una quiebra, cuando en publicaciones o anuncios destinados a un gran número de personas se anuncie la venta de bienes que, si bien proceden de la masa de una quiebra, ya no forman parte de ésta.

En la **STJCE de 1 de abril de 2004, (Sala Sexta), *Kohlpharma, As. C-112/02***, se plantea nuevamente el problema de la libre circulación de medicamentos. En concreto una autorización de comercialización de un medicamento importado de Italia. El Instituto Federal alemán del Medicamento desestimó la solicitud de *Kohlpharma* haciendo referencia a la Sentencia de 12 de noviembre de 1996, *Smith & Nephew y Primecrown (C-201/94, Rec. p. I-5819)* estimando que dicha sentencia demuestra que para ampliar a un medicamento importado la autorización de comercialización concedida a otro medicamento se ha de cumplir el requisito de que ambos medicamentos tengan un origen común, es decir, que los fabricantes de estas especialidades formen parte del mismo grupo de empresas o, al menos, que produzcan dichos medicamentos en virtud de acuerdos celebrados con un mismo licenciante.

## I. Derecho Comunitario

Para el TJCE los artículos 28 y 30 TCE se oponen a que se deniegue ésta por el único motivo de que ambos medicamentos no tienen un origen común, en el supuesto de que se den estas tres condiciones:

- se haya presentado una solicitud de autorización de comercialización para un medicamento en referencia a un medicamento ya autorizado,
- el medicamento para el que se solicita la autorización haya sido importado de un Estado miembro donde ha obtenido una autorización de comercialización, y
- la evaluación en materia de seguridad y eficacia efectuada para el medicamento ya autorizado pueda aplicarse, sin riesgos para la salud pública, al medicamento para el que se solicita la autorización de comercialización.

La **STJCE de 29 de abril de 2004, (Sala Sexta), Comisión contra Alemania, As. C-387/99**, tiene por objeto que se declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del TCE (actual artículo 28 TCE), al clasificar como medicamentos los preparados vitamínicos y los que contienen sales minerales, producidos o comercializados legalmente como complementos alimenticios en otros Estados miembros, cuando contienen el triple de vitaminas o de sales minerales que la dosis diaria recomendada por la Asociación alemana de nutrición. La Comisión recibió varias denuncias que señalaban que, al importarse a Alemania preparados alimenticios legalmente producidos o comercializados como complementos alimenticios en otros Estados miembros, se clasificaban como medicamentos cuando contenían el triple de vitaminas y de sales minerales que la dosis diaria recomendada por la Asociación alemana de nutrición. La Comisión consideró que esa práctica administrativa era contraria al artículo 30 TCE.

Sobre la normativa aplicable, con arreglo al artículo 1.2 de la Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas (DO P22, p. 369; EE 13/01, p. 18), en su versión modificada por la Directiva 93/39/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 214, p. 22), se entiende por medicamento “toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades humanas o animales” (medicamento “por su presentación”). Se consideran también medicamentos “todas las sustancias o composiciones que puedan administrarse al hombre o al animal con el fin de establecer un diagnóstico médico o de restablecer, corregir o modificar las funciones orgánicas del hombre o del animal” (medicamento “por su función”). Por su parte, el artículo 3.1 de la Directiva 65/65 dispone: “No podrá comercializarse ningún medicamento en un Estado miembro a no ser que la autoridad de dicho Estado miembro haya concedido una autorización previa a la comercialización, de conformidad con la presente Directiva, o que se haya concedido una autorización de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE) núm. 2309/93 del Consejo, de 22 de julio de 1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos [DO L 214, p. 1] (...)”. Según el artículo 5 de la Directiva 65/65: “Se denegará la autorización a que se refiere el artículo

3 cuando de la comprobación de los datos y documentos enumerados en el artículo 4, se desprenda que la especialidad es nociva en sus condiciones normales de empleo, o que la especialidad no tiene efecto terapéutico alguno o éste no ha sido suficientemente justificado por el solicitante, o la especialidad no tiene la composición cualitativa y cuantitativa declarada. Se denegará asimismo la autorización cuando la documentación y los datos que se hubieran presentado como fundamento de la solicitud no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 4”.

El TJCE declaró finalmente que Alemania había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 TCE (actual artículo 28 TCE), al clasificar sistemáticamente como medicamentos los preparados vitamínicos producidos o comercializados legalmente como complementos alimenticios en otros Estados miembros, cuando contienen el triple de vitaminas, distintas de las A y D, que la dosis diaria recomendada por la Asociación alemana de nutrición.

Por último, la **STJCE de 29 de abril de 2004, (Sala Sexta), Comisión contra Austria, As. C-150/00**, muy similar a la anterior, analiza también la Directiva 65/65/CEE respecto de preparados alimenticios que contienen vitaminas A, D o K o sales minerales del grupo de los cromatos o cuyo contenido supera la dosis diaria de otras vitaminas o de otras sales minerales, sin precisar que su mayor aporte de vitaminas o su contenido de vitaminas o de sales minerales supone un serio riesgo para la salud. En lo que se refiere a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial, algunos de ellos han sido objeto de Directivas aprobadas por la Comisión sobre la base de la Directiva 89/398/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1989, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos alimenticios destinados a una alimentación especial (DO L 186, p. 27).

De la normativa austriaca se desprende que los productos susceptibles de ser ingeridos por el hombre se dividen en productos alimenticios, productos para el consumo (como los complementos alimenticios) y medicamentos. Conforme la Ley austriaca sobre los productos alimenticios, se consideran productos de consumo aquellos que los seres humanos comen, mastican o beben sin una finalidad principalmente nutritiva o curativa. Para establecer si un producto debe ser considerado como alimenticio, de consumo o medicamento, se realiza un examen en dos fases. En primer lugar, se comprueba si el producto se consume principalmente con una finalidad nutritiva o gustativa. Si no es el caso, como sucede con los complementos alimenticios, a continuación se verifica si se trata de un medicamento.

El TJCE declaró el incumplimiento de Austria al clasificar sistemáticamente como medicamentos los preparados vitamínicos o que contienen sales minerales producidos o comercializados legalmente como complementos alimenticios en otros Estados miembros, cuando su contenido supere la dosis diaria simple de vitaminas distintas de la A, C, D o K, o de sales minerales que no sean del grupo de los cromatos, o bien cuando contengan, en cualquier medida, vitaminas A, D o K.

## I. Derecho Comunitario

### B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

#### a) Libre prestación de servicios

Con carácter previo y como ya hicieramos en el número anterior advertimos 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 2ª (“Libre circulación de personas y servicios”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III del Proyecto de Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-29 a III-35 del 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).

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 (febrero a mayo de 2004) tan sólo se han dictado dos sentencias sobre este tema. La primera de ellas, la **STJCE de 4 de marzo de 2004, (Sala Quinta), Comisión contra Francia, As. C-334/02**, analiza un tema fiscal. Concretamente se enjuicia la exclusión de manera absoluta que se hace en Francia de la aplicación del porcentaje de deducción liberatoria a los rendimientos derivados de las inversiones y de los contratos a que se refieren los artículos 125-0A y 125A del Código General de impuestos francés, cuyo deudor no esté domiciliado ni establecido en Francia.

Si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no es menos cierto que éstos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario y abstenerse, por lo tanto, de toda discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad (Sentencias de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, Rec. p. I-11819, y de 13 de noviembre de 2003, Schilling y Fleck-Schilling, C-209/01, Rec. p. I-0000).

El TJCE no halló conforme con el Derecho comunitario la normativa francesa. Francia alegaba la necesidad de garantizar el pago del impuesto y la eficacia de los controles fiscales. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la lucha contra el fraude fiscal y la eficacia de los controles fiscales pueden invocarse para justificar restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TCE (véanse las Sentencias de 8 de julio de 1999, *Baxter y otros*, C-254/97, Rec. p. I-4809. Sin embargo, una presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede bastar para justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de los objetivos del TCE.

Por otra parte, para que esté justificada una medida restrictiva, debe respetar el principio de proporcionalidad, en el sentido de que debe ser idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. La observancia de este principio es especialmente importante cuando una normativa nacional excluye el trato nacional, de manera absoluta, a las operaciones transfronterizas.

En su Sentencia de 28 de enero de 1992, *Comisión/Bélgica* (C-300/90, Rec. p. I-305), el TJCE ya desestimó la alegación del Gobierno francés de que esta Directiva no puede producir efectos en aquellos Estados miembros en los que exista secreto bancario. Por consiguiente, la imposibilidad de solicitar una colaboración de esta índole no puede justificar la no aplicación de una ventaja fiscal a los rendimientos obtenidos en tales Estados. Finalmente, por lo que atañe a los obstáculos que denuncia el Gobierno francés contra las posibilidades que ofrece la Directiva 77/799. Por lo tanto, el Gobierno francés no ha logrado elaborar una justificación de la medida de que se trata. En consecuencia, procede estimar el recurso de la Comisión y declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 CE y 56 CE, al haber excluido de manera absoluta la aplicación del porcentaje de deducción liberatoria a los rendimientos derivados de las inversiones y de los contratos a que se refieren los artículos 125-0A y 125A del Código General de Impuestos, cuyo deudor no esté domiciliado ni establecido en Francia.

**STJCE de 18 de marzo de 2004, (Sala Quinta), *Leichtle*, As. C-8/02**, se enjuicia, dentro del marco de la libre prestación de servicios, la normativa alemana sobre el régimen de ayuda aplicable a los funcionarios en caso de enfermedad, concretamente una cura termal efectuada en otro Estado miembro y los requisitos para su reembolso. El Sr. Leichtle es funcionario del Bundesanstalt. En 2000, solicitó a éste que los gastos ocasionados por una cura termal a la que tenía previsto someterse en Italia fueran reconocidos como reembolsables según lo previsto en la normativa alemana, lo cual le fue denegado.

Llevado el asunto ante el TJCE, realizó tres interpretaciones de los artículos 49 y 50 TCE que deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que supedita el reembolso de los gastos de alojamiento, manutención, viaje, tasas de estancia e informe médico final, efectuados con motivo de una cura termal seguida en otro Estado miembro, a la obtención del previo reconocimiento de su carácter reembolsable, el cual únicamente se concede

## I. Derecho Comunitario

en la medida en que se acredite, mediante un dictamen de los servicios de salud pública o de un médico asesor, que la cura prevista es de imperiosa necesidad, debido a que las posibilidades de éxito en este otro Estado miembro son mucho mayores.

Los artículos 49 y 50 TCE (artículos III-29 y III-30 PCE) tampoco se oponen, en principio, a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que supedita el reembolso de los gastos de alojamiento, manutención, viaje, tasas de estancia e informe médico final, efectuados con motivo de una cura termal, tanto si ésta se ha efectuado en dicho Estado miembro como si se ha dispensado en otro Estado miembro, al requisito de que el centro termal de que se trate figure en una lista *ad hoc*. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional nacional cerciorarse de que los requisitos a que está sujeta la inclusión de una estación termal en la citada lista tienen carácter objetivo y no dificultan las prestaciones de servicios entre Estados miembros en mayor medida que las prestaciones puramente internas del Estado miembro de que se trate.

Por último ambos artículos deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de una normativa nacional en virtud de la cual queda excluido el reembolso de los gastos de alojamiento, manutención, viaje, tasas de estancia e informe médico final, efectuados con motivo de una cura termal realizada en otro Estado miembro, cuando el interesado no ha esperado a la terminación del procedimiento judicial incoado contra una decisión denegatoria del reconocimiento del carácter reembolsable de los citados gastos antes de iniciar la cura.

### 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

Tres han sido las sentencias dictadas por el TJCE en el período de febrero a mayo de 2004. La primera de ellas, la **STJCE de 11 de marzo de 2004, (Sala Quinta), de Lasteyrie du Saillant, As. C-9/02**, en la cual se enjuicia el artículo 52 TCE (actual artículo 43 CE). Se trata de un asunto fiscal; concretamente acerca de la tributación por unas plusvalías mobiliarias aún no realizadas, devengada en caso de traslado del domicilio fiscal de un contribuyente fuera de Francia. El recurrente abandonó Francia en 1998 para instalarse en Bélgica. En esa fecha poseía o había poseído en algún momento durante los últimos cinco

años anteriores a su salida de Francia, directa o indirectamente junto con los miembros de su familia, títulos que generaban derecho a más del 25 por ciento de los beneficios de una sociedad sujeta al impuesto de sociedades cuyo domicilio social se hallaba en Francia. Dado que el valor de mercado de esos títulos era entonces superior a su precio de adquisición, el Sr. de Lastyrie quedó sujeto al impuesto sobre las plusvalías conforme al artículo 167 bis del Código General de Impuestos francés y a las disposiciones de aplicación de este artículo. El recurrente solicitó al Consejo de Estado la anulación del Decreto núm. 99-590, alegando la ilegalidad del artículo 167 bis por ser contrario al Derecho comunitario.

Según el Tribunal, debe señalarse que el artículo 52 TCE constituye una de las disposiciones fundamentales del Derecho comunitario y es directamente aplicable en los Estados miembros desde el final del período transitorio. En virtud de esta disposición, la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro comprende el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (Sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, 270/83, Rec. p. 273; de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Rec. p. I-2651, y de 13 de abril de 2000, Baars, C-251/98, Rec. p. I-2787).

El TJCE responde a la cuestión planteada que el principio de libertad de establecimiento enunciado en el artículo 52 TCE debe ser interpretado en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca, a fin de prevenir un riesgo de evasión fiscal, un régimen de imposición de las plusvalías latentes como el previsto en el artículo 167 bis del Código de Impuestos francés, en caso de traslado del domicilio fiscal de un contribuyente fuera de este Estado.

La segunda sentencia es la **STJCE de 11 de marzo de 2004, (Sala Sexta), Comisión contra Francia, As.C-496/01**, en la que se analiza un nuevo aspecto de la libre prestación de servicios en el ámbito sanitario, cual es el régimen de los laboratorios de análisis clínicos y concretamente los requisitos para la concesión de las autorizaciones administrativas de funcionamiento. Concretamente, la legislación francesa *publique* (Código de salud pública) imponía a los laboratorios de análisis clínicos establecidos en otros Estados miembros el requisito de tener su centro de explotación en territorio francés para obtener la autorización de funcionamiento necesaria y excluía todo reembolso de los gastos de los análisis clínicos efectuados por laboratorios de análisis clínicos establecidos en otros Estados miembros, que según el Tribunal suponen un incumplimiento por parte de Francia de las obligaciones del artículo 49 TCE.

Para el TJCE, los Estados miembros siguen siendo competentes, en principio, para regular el ejercicio de dicha actividad, aunque están obligados a ejercer sus competencias en este ámbito respetando las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (véanse, en particular, las Sentencias de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98, Rec. p. I-7919; de

## I. Derecho Comunitario

1 de febrero de 2001, Mac Quen y otros, C-108/96, Rec. p. I-837, y de 11 de julio de 2002, Gräbner, C-294/00, Rec. p. I-6515). Según reiterada jurisprudencia, en el caso de justificaciones basadas en una excepción recogida en el Tratado, es preciso asegurarse de que las medidas adoptadas al efecto no van más allá de lo que es objetivamente necesario para conseguir su propósito (véanse, en este sentido, las Sentencias de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal, C-100/01, Rec. p. I-10981 y de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Dinamarca, C-192/01, Rec. p. I-0000). Pues bien, el requisito que se impone a los laboratorios de análisis clínicos al exigirles disponer de un centro de explotación en Francia va más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo de protección de la salud pública.

Finalmente, la **STJCE (Sala Quinta), de 29 de abril de 2004, (Sala Quinta), Kapper, As. C-476/01**, analiza un caso de indudable trascendencia práctica para el europeo medio, concretamente la Directiva 91/439/CEE en lo relativo al reconocimiento mutuo del permiso de conducción. El supuesto de hecho se planteó dentro de un procedimiento penal incoado contra el Sr. Kapper, condenado a pagar una multa por haber conducido un vehículo automóvil, los días 20 de noviembre y 11 de diciembre de 1999, sin poseer un permiso de conducción válido, aun cuando poseía un permiso de conducción expedido por las autoridades neerlandesas el 11 de agosto de 1999.

El artículo 1 de la Directiva 91/439 establece: “1. Los Estados miembros establecerán el permiso de conducción nacional según el modelo comunitario que se describe en el Anexo I o I bis y de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva.

2. Los permisos de conducción expedidos por los Estados miembros serán reconocidos recíprocamente.

3. Cuando el titular de un permiso de conducción en período de validez establezca su residencia normal en un Estado miembro diferente de aquel que haya expedido el permiso, el Estado miembro de acogida podrá aplicar al titular del permiso sus disposiciones nacionales en materia de duración de validez del permiso [y] de control médico, así como en materia fiscal, y podrá indicar en el permiso las menciones indispensables para la gestión de éste.”

En virtud del artículo 7.1, letra b), de dicha Directiva, la expedición del permiso de conducción está supeditada al requisito de “tener la residencia normal o demostrar la calidad de estudiante durante un período mínimo de 6 meses en el territorio del Estado miembro que expida el permiso de conducción”. Con arreglo al artículo 7.5 de la misma Directiva, “ninguna persona podrá ser titular de más de un permiso de conducción expedido por un Estado miembro”. Por su parte, el artículo 8 de la Directiva prevé que: “1. Cuando el titular de un permiso de conducción válido expedido por un Estado miembro haya establecido su residencia normal en otro Estado miembro, podrá solicitar el canje de su permiso por otro equivalente. Corresponderá al Estado miembro que proceda al canje comprobar, en su caso, si el permiso presentado sigue siendo válido.

2. Sin perjuicio del respeto del principio de territorialidad de las leyes penales y de policía, el Estado miembro de residencia normal podrá aplicar al titular de un permiso de conducción expedido por otro Estado miembro sus disposiciones nacionales relativas a la restricción, la suspensión, la retirada o la anulación del derecho a conducir y, si fuera necesario, proceder a tal efecto al canje de dicho permiso.

3. El Estado miembro que proceda al canje remitirá el antiguo permiso a las autoridades del Estado miembro que lo haya expedido, indicando los motivos de dicho proceder.

4. Un Estado miembro podrá denegar el reconocimiento de la validez de cualquier permiso de conducción elaborado por otro Estado miembro a una persona que, en su territorio, sea objeto de una de las medidas indicadas en el apartado 2. Igualmente, un Estado miembro podrá negarse a expedir un permiso de conducción a un candidato que sea objeto de tal medida en otro Estado miembro”. El artículo 9 de la Directiva 91/439 está redactado en los siguientes términos: “A efectos de aplicación de la presente Directiva, se entenderá por ‘residencia normal’ el lugar en el que permanezca una persona habitualmente, es decir, durante al menos 185 días por cada año natural, debido a vínculos personales y profesionales, o, en el caso de una persona sin vínculos profesionales, debido a vínculos personales que indiquen una relación estrecha entre dicha persona y el lugar en el que habite.

No obstante, la residencia normal de una persona cuyos vínculos profesionales estén situados en un lugar diferente del de sus vínculos personales y que, por ello, se vea obligada a permanecer alternativamente en diferentes lugares situados en dos o varios Estados miembros, se considera situada en el lugar al que le unan sus vínculos personales, siempre que vuelva a dicho lugar de una forma regular. Esta última condición no será necesaria cuando dicha persona permanezca en un Estado miembro para desempeñar una misión de una duración determinada. La asistencia a una universidad o escuela no implicará el traslado de la residencia normal”.

Para el TJCE, el artículo 1.2, en relación con los artículos 7.1, letra b), y 9 de la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción, en su versión modificada por la Directiva 97/26/CE del Consejo, de 2 de junio de 1997, debe interpretarse en el sentido de que estas disposiciones se oponen a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento de un permiso de conducción expedido por otro Estado miembro basándose en que, según la información de que dispone el primer Estado miembro, el titular del permiso había establecido su residencia normal, en la fecha de expedición del permiso, en el territorio de este Estado miembro y no en el de expedición.

Por su parte, el artículo 1.2, en relación con el artículo 8.4 de la Directiva 91/439, debe interpretarse en el sentido de que estas disposiciones se oponen a que un Estado miembro se niegue a reconocer la validez de un permiso de conducción expedido por otro Estado miembro basándose en que su titular ha sido objeto, en el territorio del primer

## I. Derecho Comunitario

Estado miembro, de una medida de retirada o de anulación de un permiso de conducción expedido por dicho Estado miembro, cuando el período de prohibición temporal de obtener un nuevo permiso en dicho país que establece esta medida ha finalizado antes de la fecha de emisión del permiso de conducción expedido por el otro Estado miembro.

### C) Libre circulación de trabajadores

En el período estudiado, el Tribunal de Justicia ha dictado una sola sentencia en relación con esta libertad comunitaria. Se trata de la **STJCE de 23 de marzo de 2004, Collins, As. C-138/02**, cuyo origen es una cuestión prejudicial. Dicha sentencia reviste interés porque analiza el concepto de trabajador.

En el supuesto se trata de determinar si el Sr. Collins es un trabajador a efectos del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968. En este sentido, cabe destacar que el Sr. Collins nació en los Estados Unidos y tiene la nacionalidad americana y la irlandesa. En el marco de sus estudios universitarios pasó un semestre en el Reino Unido en 1978. En 1980 y 1981 volvió al Reino Unido para una estancia de aproximadamente diez meses, durante la cual trabajó a tiempo parcial y de manera ocasional en bares y en el sector de la venta. Regresó a los Estados Unidos en 1981. Posteriormente trabajó en los Estados Unidos y en África. El Sr. Collins volvió al Reino Unido el 31 de mayo de 1998 con el fin de encontrar un empleo en el sector de los servicios sociales.

Pues bien, el TJCE declara que una persona que se encuentre en la situación del demandante del procedimiento principal no es un trabajador en el sentido del título II de la primera parte del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) núm. 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992. Para llegar a tal conclusión, el TJCE recuerda que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece una distinción entre los nacionales de los Estados miembros que todavía no han entablado una relación laboral en el Estado miembro de acogida en el que buscan empleo y los que ya trabajan en éste o, habiendo trabajado pero no estando ya vinculados por un contrato laboral, son aun así considerados trabajadores (véase la Sentencia de 21 de junio de 1988, Lair, 39/86, Rec. p. 3161, apartados 32 y 33).

En efecto, mientras que los nacionales de los Estados miembros que se desplazan para buscar un empleo sólo se benefician del principio de igualdad de trato para el acceso a éste, los que ya han accedido al mercado laboral pueden solicitar, sobre la base del artículo 7, apartado 2, del Reglamento núm. 1612/68, las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales (véanse, en especial, las Sentencias Lebon, antes citada, apartado 26, y de 12 de septiembre de 1996, Comisión/Bélgica, C-278/94, Rec. p. I-4307, apartados 39 y 40).

**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) El recurso de aclaración por incongruencia omisiva no agota la vía judicial previa, debió en cambio utilizarse un incidente de nulidad de actuaciones [art. 44.1.a) de la LOTC]. b) Invocación del precepto constitucional [art. 44.1.c) de la LOTC]: el recurso de amparo no permite revisar la observancia *per se* del Convenio Europeo de Derechos Humanos. c) Interpretación flexible del requisito de la invocación del derecho fundamental [art. 44.1.c) de la LOTC]. d) Extemporaneidad (art. 44.2 de la LOTC): necesidad de una aplicación restrictiva de la doctrina del recurso manifiestamente improcedente, si no hay ánimo dilatorio, debe suspender el plazo de interposición del amparo. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) Cuestión de inconstitucionalidad: juicio de relevancia. C) Impugnaciones del art. 161.2 CE y del Título V de la LOTC y control de la iniciativa legislativa: “Plan Ibarretxe”: es improcedente la impugnación preventiva de meros actos de trámite antes de la conclusión del procedimiento. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Inconstitucionalidad de las limitaciones territoriales por una Comunidad Autónoma a la instalación de centros penitenciarios y de almacenamiento de residuos nucleares: legislación penitenciaria y bases del régimen energético. B) Función pública autonómica: inconstitucionalidad de las pruebas de acceso restringidas y cerradas. C) Diputaciones catalanas: inconstitucionalidad de la transferencia de fondos de las Diputaciones Provinciales, impuesta por la Generalidad, tras la reordenación de las competencias de aquéllas. D) Derecho Civil especial y casación foral gallega: competencias autonómicas sobre legislación procesal: el polémico alcance de las “necesarias especialidades” que reclame el Derecho sustantivo.

## 1. INTRODUCCIÓN

Vistas las Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional, desde la STC 1/2004, de 14 de enero, hasta las actualmente expresadas en la página Web del Tribunal, destacamos, junto con un elenco de Sentencias en amparo donde se suscitan óbices procesales previos al enjuiciamiento del fondo del asunto, el controvertido Auto de 20 de abril, referido a la improcedencia por prematura de la impugnación vía art. 161.2 y Título V de la Constitución del llamado “Plan Ibarretxe”. Los actos del Gobierno Vasco y de la Mesa del Parlamento Vasco son meros actos de trámite de un procedimiento todavía inconcluso. En lo referente a los criterios de distribución de competencias, hacemos referencia a una Sentencia de 12 de febrero donde la Comunidad de Aragón se extralimita en sus competencias violando el ámbito estatal en dos materias muy dispares: legislación penitenciaria y bases del régimen energético (nuclear). Igualmente, un enésimo caso (Sentencia de 25 de marzo) de reordenación autonómica, en este caso catalana, del régimen competencial de las diputaciones provinciales, vinculado a la suficiencia financiera de las haciendas locales y, por último, una Sentencia de 29 de marzo, referida al conflicto entre las especificidades procesales territoriales (casación foral gallega) y la competencia exclusiva del estado en materia de legislación procesal.

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de amparo

#### a) El recurso de aclaración por incongruencia omisiva no agota la vía judicial previa, debió en cambio utilizarse un incidente de nulidad de actuaciones [artículo 44.1.a) de la LOTC]

En la STC 25/2004, de 26 de febrero, Sala Segunda, se estima un amparo por vulneración del derecho a la legalidad contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña. No entra el TC a valorar posible vulneración del art. 24 CE, pues la utilización por la parte actora de solicitud de un recurso de aclaración por incongruencia omisiva no agota la vía judicial previa en los términos del art. 44.1.a) de la LOTC. Debería en cambio haber acudido al incidente de nulidad de actuaciones, ya que la aclaración no constituye un auténtico medio de impugnación encaminado a la sustitución o revisión de la decisión adoptada. Su objeto está destinado a la mera corrección de errores materiales, razón por la cual el recurso de amparo deviene inadmisibile en cuanto a la queja de vulneración de la tutela judicial efectiva.

#### b) Invocación del precepto constitucional [artículo 44.1.c) LOTC]: el recurso de amparo no permite revisar la observancia per se del Convenio Europeo de Derechos Humanos

En la STC 7/2004, de 9 de febrero, Sala Primera, se deniega amparo contra Sentencias de la Sala de lo Penal del TS y de la Audiencia Nacional en condenas por pertenencia a banda

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

armada. Los recurrentes invocan también artículos, junto con preceptos constitucionales, del Convenio Europeo y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero el TC reitera la doctrina de la STC 249/2000, de 30 de octubre, según la cual no le corresponde, en el conocimiento del recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de los textos internacionales que obliguen a España, sino únicamente comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo; sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.12 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con dichos textos internacionales (FJ 2º).

### c) Interpretación flexible del requisito de la invocación del derecho fundamental [artículo 44.1.c) de la LOTC]

Diversas sentencias recogen de nuevo una interpretación flexible del requisito de la invocación del derecho fundamental en la vía judicial previa.

La **STC 29/2004, de 4 de marzo**, Sala Segunda, desestima amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del TS en materia de despido. Se reitera que el requisito de la invocación no exige que se haga una mención concreta y numérica del derecho o la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión del derecho fundamental.

En la **STC 39/2004, de 22 de marzo**, Sala Segunda, se estima parcialmente un amparo contra Sentencias de la Sala de lo Penal del TS y de la Audiencia Provincial de Madrid (“Caso Perote”). Se plantean tres óbices procesales: 1. falta de invocación del derecho en el escrito de la demanda de amparo. 2. Falta de invocación temprana al no haberse interpuesto una recusación. 3. Falta de invocación al no haberse alegado en la casación la vulneración del derecho a un juez imparcial. En la primera cuestión, el TC considera que carece de relevancia, pues en uso del art. 84 de la LOTC, sometió la Sección Segunda del TC a la consideración de los recurrentes la posible lesión de la garantía de imparcialidad. La garantía de contradicción entre las partes hace que esta vulneración pueda ser objeto también del amparo al margen de haber sido o no invocada. En lo que concierne a la falta de invocación temprana por no haberse planteado la recusación en tres ocasiones, al no adherirse a las recusaciones planteadas por los otros encausados, sin embargo, a falta de esta invocación, la jurisdicción ordinaria sí se pronunció sobre el fondo del asunto, quedando satisfecha la subsidiariedad del amparo, “pues la falta de diligencia del recurrente en la defensa temprana de sus derechos e intereses no ha implicado, por las peculiaridades del caso, una falta de celeridad en el pronunciamiento sobre el fondo, con los efectos que le fueran personalmente aplicables” (FJ 3º). Finalmente, el tercer óbice procesal queda igualmente salvado, pues otros encausados lo alegaron y obtuvieron un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto que, de haber sido estimatorio, pudiera haber extendido al Sr. Perote sus consecuencias y el restablecimiento de la lesión (FJ 2º).

**d) Extemporaneidad (artículo 44.2 de la LOTC): necesidad de una aplicación restrictiva de la doctrina del recurso manifiestamente improcedente, si no hay ánimo dilatorio, debe suspender el plazo de interposición del amparo**

En la STC 20/2004, de 23 de febrero, Sala Primera, el TC otorga parcialmente amparo contra Resoluciones de un Juzgado de Primera Instancia de Málaga. El TC no aceptó (FJ 2º), el óbice procesal de extemporaneidad, al haber interpuesto el recurrente recurso de reposición contra un Auto que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, recurso ciertamente improcedente. Para el TC, la armonización de las exigencias del principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, conducen a la aplicación restrictiva del concepto de recurso manifiestamente improcedente, limitándolo a los casos en que tal improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad. Los recursos, aun cuando sean improcedentes, suspenden el plazo de veinte días para recurrir en amparo, cuando de las circunstancias del caso se colija que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente, actúa sin ánimo dilatorio, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que, induzca mediante su expresa mención, a la interposición del recurso.

**B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley**

**a) Cuestión de inconstitucionalidad: juicio de relevancia**

En la STC 37/2004, de 11 de marzo, se estima una cuestión de inconstitucionalidad contra disposición del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales en materia de régimen local, promovida por la Sala de lo C-A del TSJ de Aragón. El TC da respuesta (FJ 2º) a la alegación del Fiscal General del Estado, sobre el requisito de la relevancia para la correcta utilización de la cuestión de inconstitucionalidad, al considerar que:

“aunque para distinguir la cuestión del recurso de inconstitucionalidad deba plantearse ineludiblemente con ocasión de la aplicación de un precepto legal concreto a un caso determinado, el objeto de control es el precepto considerado en abstracto. Aunque, para distinguir la cuestión del recurso de inconstitucionalidad, en algunas sentencias de este Tribunal se haya calificado a la primera como proceso de control concreto, con esta expresión se ha querido destacar que es un proceso que tan sólo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial. Sin embargo, una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es, en lo sustancial, idéntico al del recurso de inconstitucionalidad, ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de constitucionalidad”.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

### **C) Impugnaciones del artículo 161.2 CE y del Título V de la LOTC y control de la iniciativa legislativa: “Plan Ibarretxe”: es improcedente la impugnación preventiva de meros actos de trámite antes de la conclusión del procedimiento**

Por ATC de 20 de abril de 2004, Pleno, el TC inadmite de forma bien trabada y procesalmente correcta la impugnación efectuada por el Gobierno de la Nación contra el Acuerdo del Gobierno Vasco, de 25 de octubre de 2003, por el que se aprueba una “Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi” (“Plan Ibarretxe”) y el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco, de 4 de noviembre de 2003, por el que se admite su tramitación conforme al procedimiento legislativo ordinario.

El Abogado del Estado, para articular un concepto de “resolución”, considera que el primer Acuerdo impugnado produce efectos *ad extra*, pues predetermina el objeto del trabajo parlamentario. Y, en lo que concierne al posterior Acuerdo de la Mesa, un acto de calificación y admisión del escrito, se le reprocha que pasa por alto un caso de evidente inconstitucionalidad cual es la pretensión de emanar un acto constituyente originario sobre una parte del territorio español; era por tanto exigible al órgano parlamentario un examen del contenido material de la iniciativa, más allá de un análisis meramente formal.

El Parlamento Vasco, por su parte, estima que la vía de impugnación *ex art.* 161.2 CE está excluida del ámbito del procedimiento legislativo, ya que éste es un procedimiento de sustancia política, vinculado a una concepción del Parlamento como institución además de órgano, siendo el control de constitucionalidad una función reservada al Tribunal Constitucional en un momento posterior: una vez formalizado el procedimiento legislativo. Aquí la impugnación se transforma en un auténtico control anticipado o preventivo de constitucionalidad sobre simples proyectos de norma y una especie de veto suspensivo contra el ejercicio de la facultad de iniciativa legislativa de los ejecutivos autonómicos no previsto en la Constitución.

Para el Gobierno Vasco el Acuerdo se limita a impulsar la iniciación de un procedimiento formal y es inatacable jurisdiccionalmente en tanto no se transforme en norma vigente.

La mayoría del Tribunal Constitucional razona que se trata, en este trámite de admisión, simplemente de determinar si ambos acuerdos impugnados son un objeto idóneo del procedimiento del Título V de la LOTC, es decir, si acreditan la condición de “resolución” a los efectos previstos en los arts. 76 y 77 de la LOTC y no de enjuiciar el contenido de la propuesta de Estatuto. Sólo si se parte de la existencia de una “resolución” se podrá examinar la “infracción”, y no al revés como razona el Abogado del Estado.

Se recuerda que únicamente en dos ocasiones se habían entrado a valorar por esta vía actos procedentes de órganos intraparlamentarios de las Asambleas Legislativas, y nunca tratándose de actos integrados en el seno de un procedimiento legislativo: a) la propuesta de nombramiento de Presidente de la Comunidad Foral de Navarra mediante Resolución del Presidente del Parlamento Foral, que alteraba la competencia de refrendo del Presidente del Gobierno de la Nación, pero se estimó que era un acto resolutorio y

definitivo (STC 16/1984, de 6 de febrero), y b) el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco para que el Parlamento del Kurdistan, en el exilio celebrase sesiones de trabajo en su sede, que fue considerado también como una decisión definitiva que generaba efectos *ad extra* concretos y reales (ATC 265/1999, de 10 de noviembre).

En cambio, el Acuerdo del Gobierno Vasco ahora recurrido no es expresión de ninguna asunción competencial ilegítima ni lesiona ámbito competencial propio del Gobierno del Estado o de otra Comunidad Autónoma, de manera que no podría aplicarse siquiera la permisible doctrina sobre conflictos trabados con actos de trámite; de aceptarse lo razonado en la aislada STC 184/1996, de 14 de noviembre, que admite se deduzcan motivos competenciales en esta vía procesal en contra de lo afirmado en varias ocasiones previas (por todas, la STC 66/1991, de 22 de marzo).

La “Propuesta” impugnada se presenta de manera confusa como una iniciativa de reforma del Estatuto, mas no es capaz de otro efecto que el de dar inicio a un debate parlamentario donde incluso podría ser rechazada *ab initio* como consecuencia de la aceptación de una enmienda a la totalidad, o experimentar alteraciones radicales en su contenido, sin descartar que luego no prosperase en el Congreso de los Diputados, o que incluso la propia Cámara decidiese reconvertir la propuesta en una iniciativa de reforma constitucional. Y claro está, para un juicio de oportunidad o conveniencia de la iniciativa, el Tribunal Constitucional es manifiestamente incompetente. El enjuiciamiento jurisdiccional queda descartado de un debate parlamentario libre y las infracciones normativas sólo pueden ser causadas por normas y nunca por proyectos o intenciones.

Igualmente, el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco es un puro acto de trámite y “los posibles vicios en que puedan incurrir los actos que se insertan en la tramitación del procedimiento legislativo carecen de toda relevancia *ad extra*, en tanto éste no concluya con la aprobación de la ley que lo culmine” (FJ 7º). Ciertamente, como aduce el Abogado del Estado, cabría utilizar la vía del amparo *ex art.* 42 de la LOTC por parte de los parlamentarios afectados, invocando el art. 23 CE, al verse obligados a participar en un procedimiento encubierto de reforma constitucional, pero este objeto procesal idóneo en materia de derechos no puede ser trasladado al cauce bien distinto de las impugnaciones del Título V de la LOTC.

En suma, queda para el Tribunal Constitucional descartada la impugnación vía Título V de la LOTC de dichos Acuerdos en cuanto son puros actos de trámite insertados en un procedimiento parlamentario y antes de que el mismo en su caso concluyera con la aprobación de la norma que se pretende generar mediante la iniciativa. La impugnación es prematura.

El Auto cuenta con tres Votos Particulares formulados por cinco Magistrados. El primero, sustentado por el Presidente, Jiménez de Parga, vindica una línea jurisprudencial según la cual el término “resoluciones” comprende no sólo actos que ponen fin al procedimiento sino también los actos de trámite, incluso los no cualificados.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Para el Magistrado Cachón Villar, en el segundo Voto Particular, el Acuerdo del Gobierno Vasco es, sin duda, un acto resolutorio y el enjuiciamiento de la Mesa genera efectos propios: determinar el marco jurídico y el procedimiento a aplicar. Ambos están limitados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad y el Reglamento parlamentario pertinente y, de una simple lectura, se desprende que el Acto de la Mesa desconoce dichos límites, en concreto, el procedimiento de reforma constitucional.

Más interesante es el tercer Voto firmado por los Magistrados Jiménez Sánchez, García Calvo y Rodríguez Zapata, los cuales se preguntan por qué en las precedentes impugnaciones ninguna fue inadmitida a trámite, y concluyen que sólo cuando hubiere una palmaria y manifiesta falta de cumplimiento de los requisitos debería inadmitirse. Por otro lado, –afirman– el Acuerdo del Gobierno Vasco introduce un motivo susceptible de impugnación cual es que la Propuesta del “Plan Ibarretxe” contiene una vulneración de la máxima gravedad posible del orden competencial recogido en el bloque de constitucionalidad. Cuestión más compleja es si el término “resolución”, conforme al art. 76 de la LOTC, se refiere a disposiciones normativas sin fuerza de ley o a resoluciones dictadas por cualquier órgano de la Comunidad Autónoma. El Acuerdo del Gobierno Vasco y el de la Mesa del Parlamento se insertan en un proceso complejo con fases bien diferenciadas, con sustantividad propia y relacionadas entre sí, siendo relevante la relación existente entre ellas a la hora de enjuiciar los motivos de la impugnación que cabe deducir frente a cada resolución. Desde esta perspectiva, el Acuerdo del Gobierno Vasco es susceptible de impugnación, pues significa la adopción de una iniciativa que produce un efecto en el seno de otra institución autonómica cual es el Parlamento; genera efectos jurídicos externos y tiene la virtualidad de abrir un procedimiento parlamentario que obliga al órgano destinatario de la resolución, distinto e independiente de aquél, a pronunciarse. Por otra parte, el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco es, igualmente, una resolución, pues resulta paradójico negarle ahora tal condición y atribuirle la misma característica en caso de que fuera recurrida en amparo frente a actos parlamentarios, alegando la violación de sus derechos fundamentales. En resumen, de conformidad con la jurisprudencia previa debería haber sido admitida a trámite la impugnación, puesto que debe caber en supuestos excepcionales un control material de constitucionalidad de la iniciativa parlamentaria.

### 3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

#### **A) Inconstitucionalidad de las limitaciones territoriales por una Comunidad Autónoma a la instalación de centros penitenciarios y de almacenamiento de residuos nucleares: legislación penitenciaria y bases del régimen energético**

La STC 14/2004, de 12 de febrero, Ponencia de Conde Martín de Hijas, enjuicia un recurso promovido por el Presidente del Gobierno frente a un anexo de la Ley aragonesa 7/1998, de 16 de julio, de ordenación del territorio que incluía directrices en la materia; en particular, la prohibición de instalaciones penitenciarias cuya capacidad supere la media de la población reclusa generada en Aragón en los últimos cinco años, y la insta-

lación de almacenes de residuos nucleares igualmente no generados en Aragón. Ambas prescripciones limitativas son declaradas inconstitucionales.

El recurso aduce las competencias del Estado, de un lado, respecto de la legislación penitenciaria (art. 149.1.6ª CE), y, de otro, en relación a las bases del régimen energético y de seguridad pública (art. 149.1.25ª y 29ª CE) frente a las competencias autonómicas de ordenación del territorio (art. 35.1.7ª EAA), pues las regulaciones impugnadas desbordan esta materia; así como la lesión de los principios constitucionales de lealtad y solidaridad que informan la distribución competencial. La Comunidad Autónoma en sus alegaciones suma a sus competencias sobre ordenación del territorio las de medio ambiente.

Despejadas las dudas sobre el carácter vinculante de la norma cuestionada y la real existencia de un conflicto competencial, el Tribunal acantona la disposición impugnada en la materia “ordenación del territorio”, sin embargo, la fijación de un número máximo de reclusos en Aragón resulta más propia de la legislación penitenciaria según se interpretó ya en la STC 104/1988, de 8 de junio, y, en consecuencia, la limitación viola la competencia estatal.

La prohibición de almacenamiento de residuos nucleares no generados en la región debe incardinarse bien en la sección de materia que es la “energía nuclear”, puesto que no atiende a las peculiaridades del suelo o a la planificación territorial sino a los residuos de una modalidad de energía, o en materia “de medio ambiente” dada la capacidad contaminante de los vertidos (STC 149/1991, de 4 de julio). Pero se conecta más estrechamente con la primera dada la finalidad de la norma, pues el almacenamiento es una correlación estratégica de la producción. Sentado el encuadramiento competencial, debe revisarse si se han vulnerado las bases estatales sobre residuos nucleares y radioactivos. El Tribunal recuerda que la Ley 25/1964, de energía nuclear contiene previsiones al respecto (arts. 2, 13, 28 y 31), así como el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, que se traducen en la exigencia de una legislación uniforme y abierta a todo el territorio nacional considerado de manera unitaria: una cuestión de efectos supracomunitarios. En consecuencia, la legislación aragonesa infringe el orden constitucional de competencias, lo cual hace innecesario pronunciarse sobre la alegación “complementaria” de la lesión de los principios de lealtad y solidaridad.

Un Voto Concurrente de Jiménez de Parga comparte la declaración de inconstitucionalidad, pero razona sobre la relevancia de la solidaridad y afirma que las directrices discutidas violaban también este principio.

## **B) Función pública autonómica: inconstitucionalidad de las pruebas de acceso restringidas y cerradas**

La STC 38/2004, de 11 de marzo, Ponente Guillermo Jiménez, estima un recurso contra una disposición adicional de la Ley de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la función pública. El Abogado del Estado advertía que se articulaba un sistema de acceso al margen de las bases estatales mediante unas pruebas de acceso de carácter

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

restringido, un proceso selectivo constituido únicamente por la realización de uno o dos cursos. El Tribunal recuerda que las normas básicas se encuentran en el art. 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública que reclama concurso público y el respeto de los principios de mérito y capacidad; y trae a colación su profusa jurisprudencia sobre pruebas restringidas de acceso y valoración de los servicios prestados a la Administración. Se resalta que el sistema impugnado es restringido cerrado o específico y excluye a los aspirantes libres que no hayan prestado servicios a la Administración. Una vez precisado este extremo, se reconoce que no concurren los requisitos que la ley demanda para la excepcional admisión de pruebas restringidas.

### **C) Diputaciones catalanas: inconstitucionalidad de la transferencia de fondos de las Diputaciones Provinciales, impuesta por la Generalidad, tras la reordenación de las competencias de aquéllas**

La STC 48/2004, de 25 de marzo, Ponente García Manzano, estima cinco cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña respecto del art. 12 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de las competencias de las Diputaciones Provinciales, en conexión bien con diversos preceptos de la Ley de Ordenación Sanitaria, o bien del artículo único de la Ley del Parlamento de Cataluña 26/1991, de 13 de diciembre, de transferencia de competencias de las Diputaciones Provinciales a la Generalidad y a los Consejos Comarcales.

El centro de la controversia está en resolver si el citado art. 12 vulnera los arts. 142 y 157 CE en lo que atañe al principio de suficiencia financiera de las Haciendas Locales. La normativa discutida reordena las competencias de las Diputaciones Provinciales en Cataluña para redistribuirlas entre la Generalidad y las Comarcas. Un proceso de dos fases, primero, unas leyes sectoriales que efectúen la redistribución competencial y luego el traspaso de los servicios mediante una Comisión Mixta compuesta por representantes de las tres entidades territoriales afectadas que culminaría en la aprobación por la Generalidad de un Decreto de traspasos.

Las dudas de constitucionalidad surgen en un proceso contencioso-administrativo en el cual un grupo de Diputados provinciales impugnan el resultado o concreción del traspaso en materias de sanidad y servicios sociales en lo concerniente a la aportación económica de las Diputaciones. La Sala que eleva la cuestión razona que estas aportaciones se establecen independientemente del origen de los ingresos y de su vinculación a la competencia, y que afectan a la libre disponibilidad de sus recursos; un mecanismo de redistribución de los mismos que —a su juicio— vulnera el principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales ex art. 142 CE y la determinación constitucional taxativa de los recursos de las Comunidades Autónomas (art. 157 CE). El núcleo del problema radica en que la financiación de los traspasos corra a cargo de las Diputaciones y que, una vez asumida la competencia por la Generalidad, perciba una aportación económica suplementaria mediante un porcentaje de participación en los ingresos corrientes de aquéllas.

El Tribunal Constitucional comienza resumiendo una vez más su jurisprudencia sobre autonomía local y suficiencia financiera para recordar que la autonomía de las provincias abarca tanto la vertiente de los ingresos como de los gastos, es decir, medios suficientes para el desempeño de sus funciones, pero también una autonomía de gasto en el ejercicio de las competencias. Y remarca que el precepto cuestionado impone una detracción de fondos a favor de la Generalidad mediante un porcentaje anual de los ingresos de las Diputaciones destinado a financiar unas competencias cuya titularidad debe asumir el ente autonómico con entera responsabilidad sobre la gestión; una metodología que condiciona la capacidad de éstas de decidir sobre sus propios ingresos. Sin embargo, el art. 142 CE –del mismo modo que el art. 156 CE para las Comunidades Autónomas– vincula la autonomía y suficiencia financiera local con el desarrollo y ejecución de sus competencias y no con las de otros. Por tanto, la ley catalana al establecer que las Diputaciones deben financiar servicios públicos en los que carecen de competencia alguna, como es el caso de la materia sanitaria y de la asistencia social, desconoce las exigencias de ese principio.

Igualmente, el art. 157 CE apoya esta línea de razonamiento. El Tribunal argumenta que el problema no radica en si el art. 157 CE, el art. 4 de la LOFCA y el art. 44 de EAC contienen una enumeración exhaustiva o cerrada de los recursos de las Haciendas autonómicas o meramente enunciativa o abierta, sino sencillamente si la Generalidad puede establecer un recurso financiero ordinario no “previsto en la Constitución ni en el bloque de la constitucionalidad” que además imponga una “transferencia forzosa” de fondos e “impuesta unilateralmente”. Tal cosa sólo sería posible con una expresa habilitación en el bloque de la constitucionalidad y no puede concederse tal alcance al art. 7 del EAC. Y, al actuarse de este modo, se menoscaba la autonomía financiera de los entes locales conculcando el art. 142 en relación con el art. 137 CE.

La Generalidad argumenta, no obstante, que esta transferencia de fondos se ha producido por acuerdo plenario de las correspondientes Diputaciones, una voluntariedad de las aportaciones que desplazaría al plano convencional las exigencias cuestionadas. Pero el Tribunal Constitucional rechaza este argumento aduciendo que la ley catalana (art. 5) impone imperativamente la transferencia “al margen y con independencia de la voluntad decisoria de las Corporaciones provinciales afectadas”.

Un Voto Particular suscrito por dos Magistradas aboga por un fallo desestimatorio de las cuestiones de inconstitucionalidad. Se afirma que se discute una norma horizontal aplicable a cualquier reordenación de las competencias entre Comunidad Autónoma y Diputaciones, lo cual justifica su genérica invocación por cualesquiera de las leyes sectoriales y en materias muy distintas. De lo cual se deduce que las Diputaciones no verán comprometidas su suficiencia financiera si las cantidades a transferir no menoscaban su capacidad financiera para atender otras actividades. En suma, si el porcentaje fijado equivale al coste efectivo de los servicios transferidos, incluidos mecanismos de actualización, la disposición no violaría el art. 142 CE. Por otra parte. El sistema configurado por las normas autonómicas viene impuesto por la normativa estatal básica (art. 149.1.16ª CE)

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

que impone la constitución de un servicio de salud único en cada Comunidad Autónoma. “En tales circunstancias, ninguna inconstitucionalidad puede derivarse de la permanencia del sistema compensatorio del coste de los servicios asumidos por la Comunidad Autónoma y que ha sido diseñado por el legislador autonómico hasta que el estatal establezca un sistema de financiación de las Corporaciones Locales adecuado a su actual asignación de competencias” (FJ 4º).

A nuestro entender, tanto la mayoría como el Voto Particular hacen un buen esfuerzo argumental. Pero estimamos que resulta decisiva la idea de que tamaña reordenación de los recursos financieros, para no invadir la competencia local, reclama su previsión en una de las normas que integran el bloque constitucional local con una adecuada habilitación expresa. Es algo que dista de quedar en manos de la unilateral decisión del legislador autonómico en leyes sectoriales y al margen de la voluntad de los órganos de gobierno local. Una vez más la reforma de los Estatutos de Autonomía para ordenar competencias y finanzas locales –y no sólo de la Ley de Bases de Régimen Local– de forma estable se hace evidente y cada vez más urgente.

### **D) Derecho Civil especial y casación foral gallega: competencias autonómicas sobre legislación procesal: el polémico alcance de las “necesarias especialidades” que reclame el Derecho sustantivo**

La **STC 47/2004, de 29 de marzo**, enjuicia la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre recurso de casación en materia de Derecho Civil y estima parcialmente el recurso presentado por el Gobierno de la Nación por violación de las competencias del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6ª CE). Por su parte, la Junta de Galicia entiende que los preceptos impugnados encuentran cobertura en la competencia ex art. 27.5 EAG para regular las especificidades derivadas del Derecho sustantivo autonómico. Además, el Gobierno aduce que la ley autonómica copia o reproduce indebidamente la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los preceptos impugnados determinan las resoluciones judiciales susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de Galicia, los motivos del recurso, la competencia y el criterio de imposición de costas entre otros extremos; reclamando de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Constitucional comienza sintetizando su jurisprudencia en materia de legislación procesal (art. 149.1.6ª CE): la atribución de la competencia exclusiva al Estado corresponde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales, junto a la necesidad de que las Comunidades Autónomas tengan competencia para regular las “necesarias especialidades” que se deduzcan de las normas autonómicas, en otras palabras, éstas deben limitarse a aquéllas en conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico.

El problema pues consiste en dilucidar si la Ley impugnada encuentra legitimidad en esas “necesarias especialidades” procesales. Para lo cual es preciso determinar previamente cuál sea el Derecho sustantivo de Galicia que sirva de justificación a la legislación procesal.

Éste es en esencia la Ley gallega 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia. Conviene agregar que la sola existencia de un recurso de casación civil foral o especial gallego no habilita sin más para regular por completo o en su totalidad este recurso. Pues bien el Derecho estatal de relevancia es actualmente y de forma sobrevenida la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dada esta sucesión de normas procesales en el tiempo, el cotejo entre la casación foral discutida y la estatal debe tener también a esta nueva ley como parámetro.

Con estas pautas se analiza pormenorizadamente la Ley recurrida, daremos ahora noticia de la mayor parte de las disposiciones y asuntos enjuiciados pero de forma necesariamente escueta. El art. 1 de la misma enumera las resoluciones susceptibles de recurso de casación foral. Se estima que tiene razón la impugnación del Abogado del Estado, pues salvo las Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia las demás no surgen como derivación del Derecho civil gallego según razona con detalle y matices el Tribunal Constitucional.

En cambio, solución distinta debe recibir desde la óptica de la constitucionalidad la eliminación del requisito de la cuantía o *summa gravaminis* para acceder a la casación foral parece encontrar acomodo en el art. 27.5 del Estatuto de Autonomía. Las instituciones forales se integran en relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y en su economía esencialmente agraria y propiedad minifundista; los pleitos tienen pues cuantías escasas. De manera que una limitación severa por razón de la cuantía excluiría de la casación la mayor parte de los litigios con fundamento en Derecho gallego. La disciplina es constitucionalmente adecuada.

En relación a los motivos de la casación foral, son declarados inconstitucionales y nulos aquellos que hacen referencia a infracciones de normas de Derecho Civil común o a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es, por el contrario constitucional, el motivo consistente en error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento de hechos notorios que supongan infracción de usos y costumbres notorios, entendiéndose por tales además de los compilados los aplicados por el Tribunal Supremo, el TSJ o la antigua Audiencia Territorial, dado que se basa en un sustrato consuetudinario del Derecho gallego.

En sentido contrario, son inconstitucionales los preceptos que reproducen motivos casacionales copiados de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya sean una mera reiteración o introduzcan alguna novedad. Así como también los que disciplinan la imposición de costas pues ninguna justificación se ofrece ni se desprende de la disposición acerca de que el criterio derive de especificidades forales sustantivas.

La Sentencia alberga dos Votos Particulares. El Primero suscrito por Pablo Cachón y María Emilia Casas defiende la plena constitucionalidad de la Ley apoyándose primero en el art. 22.1.a) del Estatuto que da competencia a la Comunidad en el orden civil en todas

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

las instancias y grados incluido el recurso de casación en materias de Derecho Civil de Galicia; y además en que no puede haber reiteración en unas disposiciones que inevitablemente deben concretar su ámbito de actuación.

El segundo es defendido por Vicente Conde Martín de Hijas y Roberto García Calvo y defiende justo la posición contraria: que el recurso de inconstitucionalidad debió ser estimado en su totalidad. Se señala que la Sentencia se aparta de modo inconveniente de la doctrina jurisprudencial previa. Las necesarias particularidades derivadas del Derecho sustantivo suponen una facultad estrictamente limitada que no permite crear instituciones procesales propias al margen de las reguladas con carácter unitario para toda España. La casación no es una necesidad especial de ningún Derecho sustantivo. Consideraciones que hacen –a su juicio– supérfluo analizar pormenorizadamente la ley.

Este segundo Voto disidente es simplificador y extremado en exceso y no creemos encuentre suficiente apoyo –a diferencia de cómo sostiene– en la jurisprudencia constitucional previa.

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) Desaparición de familiares en el contexto de la lucha contra los Kurdos (art. 2 CEDH). C) Moratoria en ejecución de pena de muerte y condiciones de la prisión (art. 3 CEDH). D) Presos con enfermedades graves: no existe un derecho a la excarcelación (art. 3 CEDH). E) Dos supuestos similares en los que se desestima que la expulsión a Sri Lanka de solicitantes de asilo tamiles constituya vulneración del art. 3 del Convenio. F) Diversos aspectos de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). G) Un interesante caso de libertad de expresión (art. 10 CEDH) en el que la Corte matiza la aplicación de la doctrina del reportaje neutral. H) Dos asuntos sobre derecho de asociación (art. 11 CEDH). I) Derechos de propiedad: reunificación alemana y asignación sin compensación a la hacienda pública de las tierras expropiadas durante el régimen comunista (art. 1 Protocolo 1º). J) Derecho de voto de los presos. (art. 3 Protocolo 1º).

**3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

a) Tutela judicial efectiva en el procedimiento de disolución de Batasuna. b) Acceso a la jurisdicción de las personas jurídico-públicas: legitimación de los colegios profesionales. c) Derecho a utilizar los medios de prueba e irrazonabilidad de las resoluciones judiciales. d) Tutela judicial efectiva e irrazonabilidad de las sentencias: errores manifiestos y graves para cualquier observador. B) Proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). a) Juez imparcial. La función consultiva no contamina el ejercicio de la función jurisdiccional. b) Juez imparcial: intervención previa en la que se deja sin efecto el archivo de las actuaciones. C) Derecho de asociación (art. 22 CE). a) Procedimiento de disolución de partidos políticos. b) Identidad material de partidos y disolución. D) Ausencia de vulneración del derecho a la integridad personal cuando las torturas policiales son investigadas y castigadas por el Estado (art. 15 CE). E) Libertad científica del historiador en un reportaje televisivo (art. 20.1 CE). F) Discriminación por razón de edad en el acceso a la función pública (art. 23.2). G) Interpretación del artículo 45 LOREG. Presentación

de candidaturas ante las Juntas Electorales en el plazo establecido (art. 23.2 CE). H) Principio de legalidad y sanciones municipales por infracciones ambientales (art. 25.1 CE).

**4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE). a) Doctrina sobre los actos políticos. Alcance del derecho al honor en relación con las empresas. Carencia de habilitación legal de los ayuntamientos. b) Sanción a letrado por remisión de una carta a una menor. Examen del derecho al honor y a recibir información veraz. c) El derecho al honor no se ve vulnerado por la inculpación de la participación en un asesinato en un libro de carácter histórico. d) Ausencia de vulneración del derecho al honor del juez titular de un juzgado de Marbella por ciertas manifestaciones televisivas. e) Responsabilidad del Director y la Editorial del diario *El Mundo* por vulneración del derecho al honor. B) Derecho a la participación política y derecho a obtener información. C) Extranjeros: exención de visado y matrimonio. D) Extranjeros: renovación de permiso de trabajo. E) Auto por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 1 y concordantes y 6.1 de la Ley 42/1995 de telecomunicaciones por cable.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2004, del Tribunal Constitucional desde la STC 1/2004, de 14 de enero, a la STC 50/2004, de 30 de marzo, y del Tribunal Supremo de las Salas Primera, Tercera y Quinta, dictadas entre diciembre y marzo de 2004.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A) Introducción

El TEDH ha resuelto en el primer trimestre del año 2004 un total de 128 asuntos, de los cuales 28 terminaron siendo tachados de la lista o apreciando alguna objeción preliminar. Además, como de costumbre, un número importante de sentencias constatan la existencia de dilaciones indebidas, problema que parece afectar a prácticamente la totalidad de los Estados parte. Entre estas últimas merecen especial atención *Pibernik contra Croacia* de 4 de marzo de 2004 y *Cvijetic contra Croacia*, de 26 de febrero de 2004, en las que se aprecia conjuntamente vulneración del artículo 6 y del derecho a la vida familiar, en la medida en que la dilación en la ejecución de las sentencias implicaba la imposibi-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

lidad de retornar a lo que era su domicilio familiar de los que habían sido desalojados. También hay varios casos de vulneración del derecho de propiedad que se unen a la larga serie de condenas iniciada con el Caso Inmobiliaria Saffi. Por último, hay una serie de condenas a Turquía por la falta de independencia de su Corte de Seguridad del Estado, aplicando como precedentes, entre otros, los Casos Özel y Özdemir.

Del resto, las más interesantes son las siguientes:

#### **B) Desaparición de familiares en el contexto de la lucha contra los Kurdos (artículo 2 CEDH)**

En **Ipek contra Turquía, de 17 de febrero de 2004**, la Corte analiza la detención y desaparición de dos hijos de la recurrente, así como la destrucción de su hogar. Afirma que, a pesar de que es incapaz de determinar el destino de los desaparecidos, dado el contexto general de la situación en el sudeste de Turquía en 1994, existen importantes elementos que permiten afirmar que la detención terminó con la muerte de los desaparecidos, teniendo en cuenta además la ausencia de toda noticia durante nueve años y medio. Existe por tanto responsabilidad de las autoridades que han sido incapaces de dar ninguna explicación a los hechos acontecidos tras la detención, por lo que concluye que existe vulneración del artículo 2, como también, de ese mismo precepto, porque la investigación realizada fue seriamente inadecuada y deficiente. Por otra parte, afirma que la desaparición de sus hijos constituye un supuesto de trato inhumano y degradante, contrario al artículo 3 para la recurrente, y, por último, que la destrucción de su hogar fue una acción contraria al artículo 8.

Además se han resuelto dos asuntos similares, **Nuray Sen contra Turquía (núm. 2) de 30 de marzo** y **Tekdag contra Turquía, de 15 de enero de 2004**. En ambos se concluye que no se ha demostrado la responsabilidad directa de las autoridades en las muertes, pero que no se ha producido una adecuada y efectiva investigación de los hechos, por lo que en ese segundo aspecto sí existe vulneración del artículo 2 del Convenio. En el mismo sentido, pero referido a la práctica de torturas no suficientemente acreditadas pero tampoco suficientemente investigadas, y en consecuencia con vulneración del artículo 3, **Sadik Onder y Colak y Filizer ambos contra Turquía y de 8 de enero de 2004**.

#### **C) Moratoria en ejecución de pena de muerte y condiciones de la prisión (artículo 3 CEDH)**

En **G.B. y Iorgov, ambos contra Bulgaria, de 11 de marzo de 2004**, el Tribunal se enfrenta a dos recursos en los que se alegaba que la suspensión de la pena de muerte durante 6 años hasta su supresión definitiva y su mantenimiento en esa situación durante ese período implicaba una vulneración del artículo 3 del Convenio. Los recurrentes pretenden con ello la aplicación de la doctrina sentada sobre la permanencia en el corredor de la muerte en el caso Soering contra el Reino Unido de 7 de julio de 1989, así como en los seis asuntos resueltos contra Ucrania, entre ellos Aliev, todos ellos de 29 de abril de 2003. La Corte rechaza esas alegaciones afirmando que no se había producido ni una sola ejecución en Bulgaria durante ese período, pero considera que el estricto régimen de custodia al que

han sido sometidos les han causado sufrimientos que exceden de los inherentes a una detención, por lo que en ese segundo aspecto sí existe vulneración del artículo 3.

#### **D) Presos con enfermedades graves: no existe un derecho a la excarcelación (artículo 3 CEDH)**

En el caso **Matencio contra Francia**, de 15 de enero de 2004, rechaza por 6 votos a 1 la violación del art. 3 CEDH. El recurrente fue condenado a reclusión perpetua por varios asesinatos en 1976. En 1995 sufrió un derrame cerebral por el que fue hospitalizado seis meses; a resultas de esta hemiplejía se le reconoció dos años después un 80 por ciento de tasa de incapacidad. Más tarde pidió la libertad condicional o conmutación de la pena por razones médicas a causa de estas secuelas, pero le fue denegada. El TEDH recuerda su doctrina según la cual no existe una “obligación general de liberar a un detenido por motivos de salud” y considera que el preso ha gozado de bastantes beneficios médicos y de un trato especializado y diferenciado y que tiene cierta autonomía que le permite ocuparse de su vida. Hay un voto discrepante sobre la situación fáctica, del Magistrado Tulkens.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en el caso **Sakkapoulos contra Turquía**, de 15 de enero de 2004, recalando que las condiciones de detención de las personas enfermas deben garantizar la protección de la salud del prisionero, pero de ahí no se puede deducir una obligación general de ser puesto en libertad o transferido a un hospital civil incluso si la enfermedad es especialmente difícil. Es suficiente con proteger la integridad física del recurrente.

#### **E) Dos supuestos similares en los que se desestima que la expulsión a Sri Lanka de solicitantes de asilo tamiles constituya vulneración del artículo 3 del Convenio**

En **Thampibillai y Venkadajalasarma**, ambos contra Países Bajos y de 17 de febrero de 2004, se contiene un detallado estudio de la jurisprudencia de la Corte sobre las condiciones en las que la expulsión de un extranjero puede ponerlo en situación de sufrir tratos inhumanos y degradantes prohibidos por el artículo 3 del Convenio, para a continuación, analizar las circunstancias concretas del caso (fecha en la que abandonó Sri Lanka, el hecho de que lo hiciera con pasaporte...) y la evolución posterior del país, señalando que se ha producido una considerable mejora de la situación en los últimos años, afirmación que apoya en informes internacionales, concluyendo que a pesar de la subsistencia de ciertos problemas y de que todavía Sri Lanka no puede ser considerado un país estable, sin embargo en las concretas circunstancias del caso la expulsión no implica vulneración del artículo 3. Es absolutamente evidente que estamos ante claras manifestaciones de lo que se ha venido llamando convencionalización del derecho de asilo y de la actuación del TEDH como última instancia en esta materia para los Estados parte del Convenio.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### F) Diversos aspectos de la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)

**B.B. contra el Reino Unido, de 10 de febrero de 2004**, es un supuesto muy similar a los casos SL y L y V contra Austria ya comentados en esta Revista, que declara contraria a los artículos 8 y 14 del Convenio la legislación que impone una diferente edad para el consentimiento sexual entre heterosexuales y homosexuales.

Por otra parte, **Glass contra el Reino Unido, de 9 de marzo de 2004**, presenta un cierto interés en cuanto contiene una doctrina, aparentemente novedosa por la que la imposición de un determinado tratamiento médico en un menor en contra de la opinión de la madre y sin autorización judicial puede implicar vulneración del artículo 8 del Convenio, introduciendo en consecuencia la integridad como parte del derecho a la vida privada.

En el campo de la vida familiar hay que hacer referencia en primer lugar a un supuesto de investigación de la paternidad. Se trata del **Caso Haas contra Holanda, de 13 de enero de 2004**, por el que se desestima una demanda presentada por un actor que denunciaba la violación por la legislación holandesa del artículo 8 CEDH basándose en que no le había permitido ser reconocido como hijo ilegítimo de un fallecido, supuestamente su padre biológico, y a efectos de herencia. El TEDH reitera su doctrina, Caso Camp y Bourimi, y analiza los hechos desde la perspectiva conjunta de los artículos 8 y 14 CEDH, si bien matiza que en ese precedente no se discutía la realidad o veracidad de la filiación, y concluye que del artículo 8 CEDH no se desprende un derecho a ser reconocido como heredero, es decir, que el demandante realmente discutía el rechazo de los tribunales a ser reconocido heredero por falta de prueba; no obstante, advierte al recurrente que la investigación de paternidad está ahora abierta al actor según una modificación del Código Civil. La conexión entre investigación de paternidad y vida familiar es pues compleja a diferencia de lo expresamente previsto en el artículo 39.2 CE.

Y, además, dos casos de reconocimiento de derecho de visitas en un supuesto de matrimonio separado **Kosmopoulou contra Grecia, de 5 de febrero de 2004**, y en un conflicto entre el padre natural y los padres adoptivos, **Görgülü contra Alemania, de 26 de febrero de 2004**.

#### G) Un interesante caso de libertad de expresión (artículo 10 CEDH) en el que la Corte matiza la aplicación de la doctrina del reportaje neutral

En **Radio Francia contra Francia, de 30 de marzo de 2004**, la Corte analiza la difusión por una emisora de radio de una noticia, previamente aparecida en una publicación, según la cual el adjunto a la Alcaldía de París había colaborado con el régimen de Vichy relacionándolo con la deportación de un millar de judíos a campos de concentración. La radio es condenada por difamación a una multa y a informar de esa condena.

El Tribunal analiza el hecho de que los boletines de la radio contienen una afirmación que no se encuentra en la fuente original, consistente en la participación directa del afectado en la organización del convoy de deportados, lo que no puede ser conside-

rado una “dosis de exageración” o “provocación” sino una información inexacta que implica una mucha mayor gravedad a los hechos imputados, por lo que los motivos de la condena resultan pertinentes y suficientes y la multa no resulta desproporcionada a la finalidad buscada, por lo que por unanimidad decide que no existe vulneración del artículo 10.

#### **H) Dos asuntos sobre derecho de asociación (artículo 11 CEDH)**

**Gorzelik y otros contra Polonia, de 17 de febrero de 2004**, supone la confirmación por la Gran Sala del TEDH de la doctrina sentada en su decisión de 20 de diciembre de 2001 a tenor de la cual la no inscripción de una asociación en Polonia con el nombre de Unión de Nacionales de Silesia estaba justificada en cuanto empleaban términos como “nación silesia” y “minoría nacional silesia” que no respondían a la realidad de la situación de silesia y cuyo reconocimiento conllevaría privilegios legales como dispensarles de obtener el 5 por ciento de los escaños en el conjunto del Estado por su condición de minoría nacional.

Por su parte en **Maestri contra Italia, de 17 de febrero de 2004**, el Tribunal declara que la sanción interpuesta por el Consejo Superior de la Magistratura a un magistrado francmasón es contraria al artículo 11, al no encontrarse prevista por la ley, ya que los términos de la directiva del Consejo que se le aplica no eran lo suficientemente claros para permitir al recurrente darse cuenta de que su adhesión a la masonería podría provocarle una sanción disciplinaria.

#### **I) Derechos de propiedad: reunificación alemana y asignación sin compensación a la hacienda pública de las tierras expropiadas durante el régimen comunista (artículo 1 Protocolo 1º)**

En el Caso **Jahn y otros contra Alemania, de 22 de enero de 2004**, se discute la obligación del actor, como heredero de los antiguos propietarios, de asignar sus tierras sin compensación a la hacienda pública tras la reunificación alemana. Un supuesto consecuencia de las leyes que en la DDR atribuyeron tierras, durante el régimen socialista, a quienes no eran inicialmente sus dueños. El Tribunal admite que hubo previsión legal, el Código Civil y la reforma de la ley de derechos de propiedad, y que no es arbitraria esta interpretación como ya sostuvo el Tribunal Constitucional alemán en su decisión de 6 de octubre de 2000, así como que responde a un interés público, pero cree que el goce pacífico de las posesiones reclama un justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y el de los propietarios. La falta de compensación es desproporcionada y excesiva, pese a las excepcionales circunstancias de la reunificación y del tránsito del comunismo a la economía de mercado, y de ella responde el Gobierno alemán aunque los hechos se cometieran por un Estado, ya desaparecido, que no era parte del Convenio. El Tribunal pues revisa el margen de apreciación nacional y estima la decisión doméstica como desproporcionada.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### J) Derecho de voto de los presos (artículo 3 Protocolo 1º)

Hirst contra el Reino Unido, de 30 de marzo de 2004, es una interesante decisión del Tribunal que declara contraria al Convenio la mecánica pérdida del derecho de sufragio que sufren todos los presos en Gran Bretaña durante el tiempo que dura su condena como consecuencia de la Sección 3 de la *Representation of the People Act* de 1983. El Tribunal señala que esa privación es indiscriminada, afecta a una gran cantidad de personas (más de 70.000) y se aplica con independencia de la duración de su sentencia y de la naturaleza o gravedad del delito, de manera que, por ejemplo, una persona sancionada con una pena de una semana puede perder su derecho de voto si en ese plazo se celebran elecciones.

Acepta a continuación que a pesar de que en este campo existe un amplio margen de apreciación para las leyes nacionales a la hora de determinar en qué medida las restricciones al derecho de sufragio siguen estando justificadas en la actualidad, sin embargo, esas decisiones deben ser adoptadas de manera individual por los tribunales y no puede admitirse una prohibición general impuesta por la ley, por lo que se ha vulnerado el artículo 3 del Protocolo 1.

Hay que añadir dos matices importantes a la hora de valorar esta importante decisión:

La primera es que el TEDH limita su pronunciamiento a las elecciones parlamentarias, excluyendo las locales que considera, de manera a nuestro entender discutible, que no están incluidas en el artículo 3 del Protocolo 1º que se refiere a la “elección del cuerpo legislativo”.

La segunda es que la doctrina señalada sanciona la convencionalidad de nuestro sistema de privación del derecho de sufragio activo, que de acuerdo al artículo 3 de la LOREG se limitará “a los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo que dure la condena”.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A) Tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)

##### a) Tutela judicial efectiva en el procedimiento de disolución de Batasuna

La STC 5/2004, de 16 de enero, resuelve el recurso de amparo interpuesto por Batasuna frente a la Sentencia de disolución dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003. El partido disuelto alega vulneración de la tutela judicial efectiva por la introducción de nuevas pruebas por el Abogado del Estado una vez concluido la fase de alegaciones. Considera el TC que no ha lugar dicho motivo de amparo ya que el artículo 11.6 LOPP permite presentar pruebas incluso en fase probatoria. Por lo que Batasuna podría haber aportado las pruebas que considerara oportunas para desvirtuar los nuevos hechos introducidos por el Abogado del Estado.

Por otra parte se plantea si hubo prueba suficiente de los hechos para determinar la ilegalización del partido y si se infieren éstos de la prueba practicada. El TC afirma la capacidad de las informaciones periodísticas para constituir medios válidos de prueba, constatando la existencia de los hechos objetivos que contengan, no de los juicios de valor introducidos por el periodista. Otra de las pruebas que resultaba controvertida era un Informe de la Guardia Civil, al que se tachaba de parcial por parte del partido disuelto. El TC constata que el contenido de dicho informe pudo ser examinado por el Tribunal Supremo ya que no aportaba datos científicos o técnicos inaprensibles por el Tribunal, y ha podido ponderar la credibilidad del mismo, por lo que no cabe duda de una actuación adecuada a la Constitución.

Por último alegaba el partido que el TS usó de forma arbitraria e ilógica la doctrina del “levantamiento del velo” para afirmar la titularidad última de ETA de los tres partidos políticos. Concluye el TC que la identidad material se probó y motivó de manera razonable y suficiente, y que se aplicó tal doctrina con el propósito de clarificar el fenómeno de la “sucesión operativa”. Que los partidos formen parte de la banda terrorista bien puede dar lugar a una causa autónoma de ilegalización penal de los partidos, pero también es significativa en el marco de la LOPP, por lo que dicha inferencia nada tuvo de arbitraria ni de ilógica en aquel procedimiento.

### **b) Acceso a la jurisdicción de las personas jurídico-públicas: legitimación de los colegios profesionales**

La STC 45/2004, de 23 de marzo (Sala Primera), reitera su jurisprudencia anterior, según la cual las personas públicas son titulares del derecho de acceso al proceso. En el caso concreto, el TC considera que la inadmisión del recurso vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del Colegio de Ingenieros, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. La defensa del ámbito competencial de la profesión constituye una “manifestación genuina” de la defensa de los intereses profesionales. Por este motivo, el TC considera que la sentencia dictada por el TS introdujo una restricción injustificada.

### **c) Derecho a utilizar los medios de prueba e irrazonabilidad de las resoluciones judiciales**

La STC 3/2004, de 14 de enero (Sala Primera), otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva frente a una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que desestimó el recurso interpuesto frente a la denegación por el Ayuntamiento de Elche de una devolución de ingresos en el impuesto de bienes inmuebles. Aunque el TC aprecia la vulneración de diversos aspectos del artículo 24 CE, destaca la estimación de la lesión del derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, derivada de la arbitrariedad cometida por el órgano judicial que denegó la práctica de determinadas pruebas relativas a la transmisión de una finca y posteriormente le reprochó en la sentencia la falta de aportación de cualquier documento del que pudiera deducirse la identidad entre la finca transmitida y la gravada.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **d) Tutela judicial efectiva e irrazonabilidad de las sentencias: errores manifiestos y graves para cualquier observador**

La STC 8/2004, de 9 de febrero (Sala Primera), anula una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo declarando que se ha vulnerado el derecho de Nike International y American Nike a la tutela judicial efectiva, y retrotrae el proceso al momento anterior a dictarse sentencia. El TC aprecia, por una parte, incongruencia omisiva y arbitrariedad, afirmando que la resolución del TS incurre en arbitrariedad porque resulta patente para cualquier observador que la resolución de hecho carece de una motivación o razonamiento “que merezca tal nombre”. Según el TC, debe tratarse de un error que sea posible advertir “a primera vista y sin necesidad de un mayor esfuerzo intelectual y argumental”. En este caso, el TC considera que el TS parte de la premisa de que el uso de la marca ha sido real y efectivo sin una motivación correcta ya que no ha valorado la presunta intención de ocultar la marca original a través de una doble etiqueta. El voto particular discrepa en este aspecto por entender que nos encontramos en el terreno de la valoración de los elementos fácticos y de apreciaciones jurídicas que corresponde hacer en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

#### **B) Proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE)**

##### **a) Juez imparcial. La función consultiva no contamina el ejercicio de la función jurisdiccional**

STC 5/2004, de 16 de enero (Sala Segunda). Batasuna alega vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho al juez imparcial. Estiman que el Presidente de la Sala del Tribunal Supremo tuvo un contacto previo con el objeto del proceso al valorar la constitucionalidad del Anteproyecto de la LOPP en el seno del CGPJ y por haber vertido declaraciones en prensa en el mismo sentido.

El TC estima que se ha mantenido la imparcialidad objetiva ya que el Informe del CGPJ tenía un objeto distinto que el proceso de ilegalización, ya que en el primero se hacía una valoración abstracta y general de la constitucionalidad de la LOPP, mientras que la función jurisdiccional resolvía sobre la incursión del partido político en algún supuesto de ilegalización de los que contempla la LOPP. Tampoco la valoración previa del CGPJ supone una toma de postura de su Presidente respecto de la petición de interposición de una cuestión de inconstitucionalidad, ya que no podría prever los motivos en los que aquélla se fundara. Respecto de las declaraciones en prensa, se estiman tan generales y relativistas, amén de inconexas con el objeto del proceso, que conducen a la desestimación del recurso.

##### **b) Juez imparcial: intervención previa en la que se deja sin efecto el archivo de las actuaciones**

La STC 39/2004, de 22 de marzo (Sala Segunda), anula la sentencia dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid en el asunto de las escuchas ilegales

del CESID. El TC afirma, basándose en la jurisprudencia del TEDH, que la contaminación del órgano juzgador no se produce por el simple hecho de que el juez haya participado en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo. Es necesario comprobar, en cada supuesto particular, si el órgano juzgador valoró en su intervención previa “cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deban ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo”. El TC otorga el amparo porque la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial había dejado sin efecto el archivo de las actuaciones tras valorar detalladamente los indicios que se deducían de las diligencias de investigación y afirmar la presencia de dolo en la intervención de los recurrentes en amparo.

### **C) Derecho de asociación (artículo 22 CE)**

#### **a) Procedimiento de disolución de partidos políticos**

La **STC 5/2004, de 16 de enero**, resuelve el recurso de amparo interpuesto por Batasuna frente a la Sentencia de disolución dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003. Tras dar respuesta a las alegaciones de los recurrentes referidas al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso con todas las garantías, el TC resuelve sobre la presunta vulneración del derecho de asociación.

El TC condensa junto con la eventual lesión al derecho de asociación política las alegaciones de vulneración de las libertades ideológica y de expresión, al considerar que conculcando aquel derecho se vulneran implícitamente las libertades para cuyo ejercicio fue concebido. Resuelve la duda de si la “negativa a condenar el terrorismo” puede tener acomodo constitucional entre las causas de ilegalización previstas por la LOPP, dado que las demás dudas de constitucionalidad de la LOPP que plantea Batasuna fueron resueltas por la **STC 48/2003** (comentada en *Justicia Administrativa* núm. 20). Concluye el TC que en un contexto de terrorismo dicha negativa puede constituir tanto apoyo político tácito al terrorismo como legitimación de las acciones terroristas, por el carácter de exculpación y minimización del significado del terrorismo que tiene tal actitud y porque supone una posición contraria a la del resto de las fuerzas políticas, que sí condenan el terrorismo.

#### **b) Identidad material de partidos y disolución**

**STC 6/2004, de 16 de enero** (Sala segunda). El TC concluye que no ha habido aplicación retroactiva de la LOPP ni imputación al partido político HB de hechos y conductas atribuibles a una formación política y ajena. El TS estableció que tanto HB como Batasuna y Euskal Herritarrok respondían, materialmente, a un solo partido político al cual se imputa la totalidad de los hechos conducentes a la disolución y atribuibles a cada partido singular. HB fue disuelto por conductas posteriores a la entrada en vigor de la LOPP y atribuibles al único partido materialmente existente. El TC dispone su incapacidad para entrar a valorar la realidad de dicha identidad material por pertenecer al terreno de la

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

valoración de la prueba, aunque determinaba que la valoración hecha por el TS no ha sido ni arbitraria ni ilógica, por la cantidad y calidad de datos que tuvo en cuenta para apreciar dicha “sucesión operativa”.

#### **D) Ausencia de vulneración del derecho a la integridad personal cuando las torturas policiales son investigadas y castigadas por el Estado (artículo 15 CE)**

STC 7/2004, de 9 de febrero (Sala Primera). Se desestima un recurso de amparo interpuesto por varios condenados por pertenencia o colaboración con banda armada. Aducen los recurrentes la vulneración de los derechos a la integridad, a la defensa y a la presunción de inocencia, sometidos como fueron a malos tratos de los que, a su juicio, se derivaría la contaminación de todas las pruebas de cargo contra ellos utilizadas en la resolución judicial condenatoria. En lo que atañe al derecho a la integridad, el TC precisa que su vulneración no es imputable a las resoluciones judiciales impugnadas sino a la actuación policial. Ante la verosimilitud de las imputaciones de malos tratos, la Audiencia Nacional se abstuvo de valorar las declaraciones prestadas ante la policía por entenderlas viciadas. Recuerda el TC, con profusa cita de la jurisprudencia del TEDH (en especial del caso *Ascoy contra Turquía*, de 18 de diciembre de 1996) que la violación de la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes y del derecho a la integridad sólo es imputable al Estado si éste incumple su deber de investigar, esclarecer los hechos y castigar a los culpables; todo ello se hizo en este caso que depuró incluso alguna condena penal de los policías implicados.

#### **E) Libertad científica del historiador en un reportaje televisivo (artículo 20.1 CE)**

STC 43/2004, de 23 de marzo (Sala Primera). El TC desestima un recurso de amparo resolviendo un conflicto entre libertades de expresión e información y derecho al honor, trayendo a colación —y esto es lo decisivo— la libertad científica. Los hechos probados de los que parte el TC fueron los siguientes: TV3 emitió un documental —realizado por una historiadora a su vez periodista tras una investigación de varios meses— en que se hacía semblanza de un político catalán condenado a muerte en 1937 tras un Consejo de guerra en el que participó, como testigo de cargo —entre otros— el padre de los recurrentes. A juicio de éstos, el reportaje desmerecía el honor paterno pues el documental deslizaba inexactitudes históricas y formulaba juicio de valor difamantes.

El TC constata que en la elaboración del documental se emplearon los documentos históricos pertinentes y que las referencias al padre de los demandantes son puntuales y ocupan un breve espacio de tiempo en el conjunto del reportaje. Recuerda el TC que la distancia en el tiempo diluye la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del artículo 20 CE, concluyendo que la investigación sobre hechos protagonizados por personas fallecidas y su difusión debe prevalecer sobre el derecho al honor de tales personas. Afirma además que la valoración del historiador puede resultar molesta para los descendientes pero tiene la cobertura de las libertades de expresión y de la libertad científica.

En el voto particular de los magistrados Jiménez de Parga y García-Calvo se pone de relieve la conveniencia de que el TC hubiera entrado a cuestionar si los hechos narrados eran, en lo esencial, ciertos. Los autores del documental no han justificado sus errores (calificar al testigo como testigo de cargo, afirmar que el político condenado lo fue “exclusivamente” por los testimonios de tales testigos, calificar a la comparecencia de éstos como voluntaria cuando fueron citados expresamente). No se han tenido en cuenta los límites del derecho a la información y de la libertad científica, pues esas informaciones controvertidas carecen de veracidad y ello debería haber conducido al otorgamiento del amparo.

#### **F) Discriminación por razón de edad en el acceso a la función pública (artículo 23.2)**

STC 37/2003, de 11 de marzo (Pleno). Cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 135.b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 4 de abril, por el que se refunden las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. El precepto cuestionado imponía un límite de edad: no exceder de aquella edad en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa. Parte el TC de su dilatada jurisprudencia acerca del artículo 23.2 CE y, en particular, de la STC 75/1983 en la que se pronunció sobre la licitud constitucional de la imposición de un requisito de edad para el acceso a la función pública. Aunque tal requisito pudiera estar justificado para ocupar ciertos puestos, su imposición con carácter general para toda la función pública local no ha sido justificada por el legislador, a quien corresponde la carga de probar los motivos legítimos para imponerlo. Ni la ocupación estable de los puestos ni la duración mínima deseable de la carrera funcional justifican la restricción del acceso en razón de la edad para personas que pudieran presentar potencialmente mayores méritos y capacidad.

#### **G) Interpretación del artículo 45 LOREG. Presentación de candidaturas ante las Juntas Electorales en el plazo establecido (artículo 23.2 CE)**

STC 26/2004, de 26 de febrero (Sala Segunda). Amparo electoral otorgado a Falange Auténtica a quien la Junta Electoral provincial de Granada inadmitió la presentación de su candidatura al Senado a pesar de que lo había hecho en plazo, por realizarlo a través del servicio de correos.

#### **H) Principio de legalidad y sanciones municipales por infracciones ambientales (artículo 25.1 CE)**

Dos Sentencias de trasfondo medioambiental, resuelven acerca de la cobertura legal de sanciones administrativas impuestas por dos ayuntamientos contra un “pub” y una discoteca, respectivamente. En la STC 16/2004, de 25 de febrero, la Sala Primera considera suficiente la cobertura legal mientras que la otra Sala, en la STC 25/2004, de 26 de febrero, aprecia, sin embargo, vulneración del principio de legalidad.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

La STC 16/2004 reproduce la doctrina sentada en la STC 119/2001, es decir, la tesis de que la contaminación puede potencialmente lesionar los derechos a la integridad y a la intimidad domiciliaria. En un inesperado *obiter dictum* –muy criticado por el voto particular de tres magistrados– la exigua mayoría de la Sala, lograda gracias al voto de calidad de su Presidente, trae a colación estos “derechos implicados” que nadie había invocado pues el actor que era propietario del “pub” alegó violación del principio de reserva legal (artículo 25.1 CE). La mayoría encuentra suficiente la cobertura ofrecida por la Ley 38/1972, de protección del medio ambiente atmosférico. El voto particular rechaza la interpretación *in mala partem* efectuada, en su opinión, por la mayoría que identifica el ruido como fuente de energía (expresión textual del artículo 1.1 de la Ley 38/1972). Los discrepantes concluyen, pues, que tal cobertura no existe y que debió otorgarse el amparo.

En la STC 25/2004, de 26 de febrero, Sala Segunda, el planteamiento es distinto porque la cobertura legal controvertida es otra. Se reitera la doctrina, consolidada en las recientes Sentencias 50/2003, 52/2003 y 161/2003, a propósito de la eficacia matizada del principio de legalidad sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, que no excluye, en este ámbito, la posibilidad de remisiones legales a normas reglamentarias. En el caso resuelto lo que se ventila es si la sanción impuesta –cierre de una discoteca por el ayuntamiento de Santander en aplicación de una ordenanza municipal de medio ambiente– carece o no de la cobertura de la Ley Orgánica 1/1992 de seguridad ciudadana. La resolución municipal, aunque invocaba esta ley, no precisaba cuáles de sus preceptos ofrecían cobertura a la sanción.

Para el TC de la Ley Orgánica 1/1992 se infiere una concepción restrictiva de seguridad pública de lo que se colige que su artículo 23 no da la cobertura pertinente a la sanción controvertida ya que el citado artículo califica como infracción grave la apertura de establecimientos y las celebraciones públicas o actividades recreativas sin licencia o excediendo de sus límites. La conclusión es que se ha vulnerado el principio de legalidad pues las sanciones previstas en la ordenanza municipal tienen como finalidad proteger el medio ambiente y no pueden encuadrarse en la política de seguridad pública.

#### 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

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

##### a) Doctrina sobre los actos políticos. Alcance del derecho al honor en relación con las empresas. Carencia de habilitación legal de los ayuntamientos

STS de 24 de noviembre de 2003 (Sala Tercera), ponente Excmo. Sr. Fernández Montalvo. Impugnación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Agüimes (Canarias) de 22 de diciembre de 1997 que declara a la sociedad Telefónica Servicios Móviles, SA “persona *non grata*”.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo formulado por la citada entidad al considerar que la actividad impugnada

era “una manifestación de una actividad política” no sujeta al control del Tribunal. El TS argumenta que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de inadmisibilidad. Por otra parte coinciden en que la declaración de *non grato* no constituye un ataque al honor. Sin embargo, el TS otorga la razón al recurrente porque se trata de una decisión municipal que carece de habilitación legal.

**b) Sanción a letrado por remisión de una carta a una menor. Examen del derecho al honor y a recibir información veraz**

STS de 19 de diciembre de 2003 (Sala Tercera), ponente Excmo. Sr. González Rivas. Suspensión a Letrado durante dos meses por cuanto en un proceso de separación remitió una carta a una menor en la que le informaba que podía solicitar la emancipación por convivir maritalmente su madre con una persona distinta a su padre. El TS entiende que los términos de las cartas no pueden calificarse de idóneos para exponer una determinada opinión. Tal escrito incide directamente en el honor de la madre de la destinataria, al contener datos que revelan elementos confidenciales que exceden y se extralimitan de lo que constituye el ejercicio del derecho fundamental a la información, incidiendo en una conducta sancionable desde la óptica de la disciplina colegial.

**c) El derecho al honor no se ve vulnerado por la inculpación de la participación en un asesinato en un libro de carácter histórico**

La STS de 28 de enero de 2004 (Sala Primera), ponente Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros, desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante contra las Sentencias de instancia que declaran que la publicación de un libro sobre los últimos dos siglos de historia de un pueblo en el que el padre de la demandante aparece involucrado en el asesinato del Rector de la Parroquia no supone una vulneración del derecho al honor del padre de la demandante. Señala el Tribunal, en idéntico sentido a la STC 43/2004, de 23 de marzo, previamente analizada, que las actuaciones en las que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante no pueden reputarse, con carácter general, contrarias al derecho al honor. No es función del TS declarar cuál es la “verdad histórica”, ni juzgar si los historiadores han acudido a fuentes fiables en su labor de investigación. Esta tarea corresponde a otros historiadores.

**d) Ausencia de vulneración del derecho al honor del juez titular de un juzgado de Marbella por ciertas manifestaciones televisivas**

La STS de 11 de febrero de 2004 (Sala Primera), ponente Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara que las manifestaciones del demandado en el programa televisivo “Al filo de la ley” de Antena 3 no suponen vulneración del derecho fundamental al honor del demandante. Tales declaraciones se referían al curso seguido por la querrela por él presentada en los juzgados de Marbella a fin de recuperar el edificio Marbella Center, querrela que habría sido archivada, según sus afirmaciones, tras la intervención de un antiguo funcionario de la Administración de Justicia.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El Tribunal hace referencia a la distinción que realiza el TC entre libertad de expresión y libertad de información, señalando que la expresión de juicios o valoraciones subjetivas no queda constreñida al requisito de veracidad, que sí se exige respecto de la narración de hechos, aunque sí a la necesidad de omitir todo tipo de expresión formalmente injuriosa o vejatoria. Aplicada esta diferencia al caso de autos, el Tribunal concluye que las declaraciones efectuadas por el demandado son una crítica a la resolución judicial controvertida a la que sólo puede exigirse la omisión de toda expresión vejatoria. El Tribunal, tras analizar las declaraciones del demandado “prescindiendo del contexto” en que fueron efectuadas, considera que las mismas no pueden considerarse “de por sí” una vulneración del derecho al honor del demandante, a pesar de que él mismo era el juez titular del juzgado de Marbella que conoció del asunto.

#### **e) Responsabilidad del Director y la Editorial del diario *El Mundo* por la vulneración del derecho al honor del demandante**

La STS de 12 de marzo de 2004 (Sala Primera), ponente Excmo. Sr. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, declara vulnerado el derecho al honor del demandante por la publicación de una noticia en que se le atribuía una importante posición dentro de una banda de narcotraficantes en el diario *El Mundo del País Vasco*. Lo que no fue confirmado en el proceso judicial. El Director y la Editorial del diario son considerados responsables de tal vulneración, a pesar de que la información fue suministrada al periódico por la agencia EUROPA-PRESS, ya que no puede demostrarse que la Agencia incluyera ninguna referencia al papel esencial del demandante en el seno de la organización.

#### **B) Derecho a la participación política y derecho a obtener información**

STS de 1 de diciembre de 2003 (Sala Tercera), ponente Excmo. Sr. Lucas Murillo de la Cueva. Recurso planteado por varios Procuradores de las Juntas generales de Guipúzcoa contra el acuerdo de la Diputación general de 30 de noviembre de 1995 que respondía negativamente a la solicitud de información formulada por aquéllos, consistente en la obtención de copias de las facturas pagadas con la tarjeta visa durante 1994/5, información que se precisaba para “realizar ciertos estudios”. La Diputación Foral, invocando las SSTC 196/1990 y 220/1991, entiende que la cuestión ha de resolverse a través de los mecanismos del régimen parlamentario, al tratarse de un acto político no fiscalizable, sólo siéndolo por el TC. El TS, por el contrario, estima que se trata de actos sometidos a su conocimiento y confirma la decisión del Tribunal de instancia que anuló el Acuerdo por cuanto la Diputación no ofreció ninguna razón válida para justificar la razón por la que no atendía la solicitud de información.

#### **C) Extranjeros: exención de visado y matrimonio**

STS de 31 de marzo de 2004 (Sala Tercera), ponente Excmo. Sr. Martínez-Vares García. Ciudadano chino que contrae matrimonio en el año 1996 en China con su esposa, residente legal en España y, solicita la exención del visado por motivo de reagrupación familiar con su cónyuge. El TS rechaza la impugnación del Sr. Abogado del Estado por cuanto la exigencia establecida en la OM de 11 de abril de 1996 de un período previo de

matrimonio de tres años no sólo se extralimita de los preceptos reglamentarios de aplicación, sino que conculca claramente el principio constitucional de protección a la familia reconocido en el art. 39 CE y es contrario a los artículos 67 y 68 CC que impone a los cónyuges el deber de vivir juntos, razón por la que no debe otorgarse eficacia a la citada OM ex artículos 9.3 CE y 6 LOPJ, ya que tanto la protección de la familia como el deber de vivir juntos no viene condicionada por el tiempo de duración del vínculo matrimonial, sino que se producen al contraer matrimonio.

#### **D) Extranjeros: renovación de permiso de trabajo**

STS de 31 de marzo de 2003 (Sala Tercera), ponente Excm. Sra. Pico Lorenzo. Impugnación de la denegación de renovación de permiso de trabajo a un ciudadano senegalés por cuanto no realizaba un trabajo “regular y estable”. La Sala Tercera valora que el demandante era beneficiario de un permiso de trabajo por cuenta propia para dedicarse a la venta ambulante, obtenido tras haber disfrutado de otro permiso para dedicarse a tal tipo de venta, de lo que concluye que el demandante se ha dedicado a similar actividad y en circunstancias análogas que permite su subsistencia en España y constituye una actividad lucrativa que autoriza la concesión de la renovación del permiso de trabajo.

#### **E) Auto por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 1 y concordantes y 6.1 de la Ley 42/1995 de telecomunicaciones por cable**

Auto de 10 de marzo de 2004 (Sala Tercera), ponente Excmo. Sr. Espín Templado. El TS plantea la cuestión por la duda de constitucionalidad de la referida regulación. Señala la Sala que si bien, conforme a la doctrina constitucional, no hay nada que se oponga, en principio, a la declaración de servicio público y a la gestión indirecta mediante un sistema concesional de cualquier medio de comunicación, dicha opción del Legislador es una limitación indirecta a las libertades de expresión e información, al restringir un medio o instrumento para su ejercicio libre. Como tal limitación estaría sometida al cumplimiento de unos requisitos específicos, pero también a determinados estándares genéricos de constitucionalidad que han de ser tenidos en cuenta por cualquier restricción en materia de derechos fundamentales y su ejercicio, como lo serían el que tales restricciones hayan de responder al objetivo de proteger bienes o derechos constitucionales, que sean idóneas o adecuadas a tal finalidad y, en fin, que guarden proporcionalidad con el objetivo perseguido. Considera que no se puede justificar objetivamente la limitación a dos del número máximo de televisiones por cable.

JAVIER GARCÍA ROCA  
PABLO SANTOLAYA  
ISABEL PERELLÓ  
RAÚL CANOSA  
ALFREDO ALLÚE

RAFAEL BUSTOS  
IGNACIO GARCÍA VITORIA  
MIGUEL PÉREZ MONEO  
MARÍA DÍAZ CREGO

**IV. FUENTES DEL DERECHO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Bases.** A) Infringe la normativa básica en materia de función pública el establecimiento con carácter general de pruebas de acceso restringido. **3. Ley.** A) Reserva de ley en materia sancionadora. a) No infringe el principio de legalidad en materia sancionadora la imposición de una sanción en virtud de una Ordenanza Municipal sobre protección contra la contaminación acústica porque tiene cobertura en la Ley de protección del ambiente atmosférico de 1972. b) Infringe el principio de legalidad en materia sancionadora la imposición de una sanción en virtud de una Ordenanza Municipal de protección de medio ambiente porque carece de cobertura legal. c) La interpretación conforme a la Constitución se aplica como criterio que permite garantizar el principio de reserva de ley en materia sancionadora (art. 25.1 CE). d) Doctrina general: se infringe si la sanción se impone en virtud de una norma infralegal que carece de apoyo legal. **4. Directrices Autonómicas.** A) Las Comunidades Autónomas no pueden introducir regulaciones de carácter sectorial en materias de competencia estatal a través de Directrices generales de ordenación territorial. **5. Reglamentos.** A) Clases de Reglamentos. B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Audiencia de organizaciones y asociaciones de usuarios en la elaboración de ordenanzas locales: la protección de los usuarios se configurará por ley. b) Audiencia a las entidades interesadas sólo cuando la disposición afecte de forma esencial a las mismas: Colegios Profesionales. c) Audiencia a las organizaciones sindicales más representativas: no procede en el procedimiento de elaboración de Reglamentos meramente organizativos. d) El informe de la Secretaría General Técnica puede suplirse por informes de organismos técnicos cualificados, cuando el órgano informante está subordinado al que decide. e) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente: supuestos en que procede. f) El incumplimiento de los trámites previstos en una norma de Derecho Comunitario determina la nulidad de la disposición general aprobada con ese defecto. C) Potestad reglamentaria. a) Límites formales y materiales al ejercicio de la potestad reglamentaria. D) Impugnación de disposiciones de carácter general.

a) Impugnación directa de Reglamentos: la desaparición del objeto del recurso es un modo de terminación del proceso contencioso-administrativo. b) Impugnación indirecta de Reglamentos: necesaria relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y la disconformidad a Derecho del acto de aplicación.

c) Impugnación indirecta: no es necesario con carácter imperativo citar en el escrito inicial la disposición general impugnada. d) Efectos de la declaración de nulidad de los Reglamentos: no se deriva automáticamente un derecho a indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración. **6. Instrucciones.** A) Legitimación para la impugnación de instrucciones: se modula según el alcance del contenido de la instrucción.

**7. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) No cabe invocar la igualdad fuera de la legalidad. b) La desigualdad en aplicación de la Ley no puede ser invocada para eludir su cumplimiento. c) Vulneración de la igualdad en la aplicación de la Ley por no atender a un precedente idóneo, y no motivar el cambio de criterio operado. d) La igualdad del artículo 14 CE impide tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales. B) Principio de confianza legítima: es necesario acreditar la acción de la Administración que dio lugar a esa confianza legítima del particular. No opera el precedente administrativo ilegal. C) Principio de irretroactividad de las normas. Inexistencia de retroactividad de las normas: retroactividad de grado mínimo.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 397 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. 1095 de 2004. La jurisprudencia constitucional se analiza hasta la Sentencia 50/2004. En esta entrega jurisprudencial resulta sorprendente la contradicción entre las Salas Primera y Segunda del Tribunal Constitucional en relación con la resolución de recursos de amparo por la vulneración del art. 25.1 CE (principio de legalidad en materia sancionadora) a través de la imposición de sanciones que aplican Ordenanzas municipales contra el ruido. Las Sentencias contradictorias derivan *prima facie* de la alegación de distintas leyes como cobertura legal de las Ordenanzas en cuestión; en tanto la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre la protección de la seguridad ciudadana no ofrece dicha cobertura legal a juicio del Tribunal, lo que determina la estimación del correspondiente recurso de amparo (STC 25/2004, de 26 de febrero), la Ley de protección del ambiente

## IV. Fuentes del Derecho

atmosférico de 1972 sí ofrece la cobertura necesaria, lo cual determina la desestimación del correspondiente recurso de amparo (STC 16/2004, de 23 de febrero).

### 2. BASES

#### A) **Infringe la normativa básica en materia de función pública el establecimiento con carácter general de pruebas de acceso restringido**

La STC 38/2004, de 11 de marzo, resuelve el recurso promovido por el Gobierno de la Nación contra el artículo único de la Ley de Asturias 4/1996, de 13 de diciembre, de ordenación de la función pública del Principado en cuanto al punto dos de la Disposición Adicional Octava. El fundamento del recurso es que la normativa autonómica vulnera la regulación básica estatal al establecer pruebas de acceso a la función pública de carácter restringido. La regulación por la citada Ley autonómica de pruebas de acceso a la función pública no susceptibles de ser calificadas como libres no encuentra cobertura ni en el art. 19.1 de la Ley 30/1984 de medidas de reforma de la función pública –que establece el principio general en esta materia–, ni en la Disposición Transitoria Sexta, apartado 4, de la citada Ley, que permite el acceso restringido exclusivamente a los “contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva función pública”.

### 3. LEY

#### A) **Reserva de ley en materia sancionadora**

##### a) **No infringe el principio de legalidad en materia sancionadora la imposición de una sanción en virtud de una Ordenanza Municipal sobre protección contra la contaminación acústica porque tiene cobertura en la Ley de protección del ambiente atmosférico de 1972**

En la STC 16/2004, de 23 de febrero, la Sala Primera del Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la sanción impuesta por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón por haber sobrepasado los niveles sonoros permitidos por la Ordenanza municipal sobre protección contra la contaminación acústica de 10 de julio de 1992. El Tribunal Constitucional entiende que esta Ordenanza tiene cobertura legal o, al menos, encaja en la Ley de protección del ambiente atmosférico de 1972.

Dado que el hecho típico encaja en el art. 12.1.a) de la Ley de 1972, que ni siquiera clasifica las infracciones, sino que se limita a fijar los límites máximos de las sanciones, según la fuente de contaminación, y el importe de la sanción queda encuadrado dentro de los límites legales, no se ha producido ninguna innovación ulterior a la Constitución, y en consecuencia, la sanción impuesta no ha vulnerado el principio de legalidad sancionadora establecido en el art. 25.1 CE. La Sentencia viene acompañada de un Voto Particular.

**b) Infringe el principio de legalidad en materia sancionadora la imposición de una sanción en virtud de una Ordenanza Municipal de protección de medio ambiente porque carece de cobertura legal**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional en la **STC 25/2004, de 26 de febrero**, resuelve un recurso de amparo por vulneración del art. 25.1 CE. El acto impugnado era la sanción de cierre de una discoteca por infracción de la Ordenanza de medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones del Ayuntamiento de Santander. En la resolución se señalaba expresamente que la Ordenanza de protección del medio ambiente encontraba anclaje legal en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, sin especificar el precepto de la misma que ofrecía cobertura en el aspecto concreto por el que se sancionaba.

El Tribunal Constitucional considera que la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana no ofrece cobertura legal a la Ordenanza de Medio Ambiente por lo que entiende vulnerado el art. 25.1 CE que establece el principio de legalidad en materia sancionadora.

**c) La interpretación conforme a la Constitución se aplica como criterio que permite garantizar el principio de reserva de ley en materia sancionadora (artículo 25.1 CE)**

El Juzgado de lo Penal de Tortosa (Tarragona) plantea una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 563 de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal por posible vulneración de los arts 17.1, 25 y 81.1 CE.

El art. 563 del Código Penal tipifica como delito “la tenencia de armas prohibidas”; el problema se plantea en relación con la remisión normativa que realiza este precepto en relación con el concepto de armas prohibidas. Las armas prohibidas son aquellas que establece la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de seguridad ciudadana que en esta materia carece de carácter orgánico, y, además, establece una habilitación legal para que sea el Gobierno quien reglamente la prohibición de ciertas armas.

El Tribunal Constitucional formula una interpretación restrictiva del tipo penal que permite su compatibilidad con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la reacción penal; solamente así entendido el precepto penal puede ser declarado conforme a la Constitución. No obstante, el Tribunal deja constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 del Código Penal con mayor precisión formal (**STC 24/2004, de 24 de febrero**).

**d) Doctrina general: se infringe si la sanción se impone en virtud de una norma infralegal que carece de apoyo legal**

En la **STS de 6 de junio de 2003**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6857, se plantea un caso de reserva de ley en materia sancionadora, relativo a la imposición de sanciones al

## IV. Fuentes del Derecho

servicio de auto-taxi en virtud de una ordenanza local. Tras aludir a su propia jurisprudencia reiterada al respecto, y a la del Tribunal Constitucional, aprecia el Tribunal que el caso es prácticamente idéntico al resuelto por la STC 132/2001, de 8 de junio, por lo que ha de recibir la misma solución. Concluyendo la argumentación con la afirmación relativa a la insuficiencia de la cobertura de un reglamento para entender satisfecho el principio de legalidad en materia sancionadora.

También en esta misma materia destaca la **STS de 23 de junio de 2003**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6871, que aplica esta misma doctrina referida a la cobertura legal de las sanciones en un caso de multa por vertido de aguas residuales.

En el mismo sentido resuelve la **STS de 14 de octubre de 2003**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8879, refiriéndose a un Decreto de Comunidad Autónoma que regula las infracciones y sanciones en materia de acción social.

### 4. DIRECTRICES GENERALES AUTONÓMICAS

#### **A) Las Comunidades Autónomas no pueden introducir regulaciones de carácter sectorial en materias de competencia estatal a través de Directrices generales de ordenación territorial**

En la **STC 14/2004**, de 2 de febrero, se resuelve el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el núm. 222 de la directriz duodécima, apartado II, de la letra D), de los principios del anexo de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1998, de 16 de julio, de ordenación del territorio, Directrices generales.

Frente a la interpretación que defiende la representación de la Diputación General de Aragón y de las Cortes de Aragón de que las directrices generales de ordenación territorial no pueden constituir un objeto propio de una controversia competencial, dado que cuando se trate de materias de competencia autonómica nada podrá oponerse a su carácter vinculante, y cuando no se esté en dicho supuesto, la directriz no vincula al Estado, el Tribunal Constitucional afirma la existencia de conflicto competencial, dado que vinculan a todas las Administraciones Públicas actuantes en Aragón en aquellas materias en que la Comunidad Autónoma aragonesa tenga competencias. Estas competencias no son sólo las genéricas de ordenación del territorio a cuyo amparo se dicta la Ley, sino también aquellas otras que inciden en sectores materiales específicos.

En concreto la Directriz impugnada dispone que no se permitirá la instalación en usos penitenciarios cuya capacidad supere a la media de población reclusa generada en Aragón en los últimos cinco años y prohíbe la instalación de almacenes de residuos nucleares que no hayan sido generados en Aragón. En ninguno de los dos casos se trata de regulaciones de carácter territorial sino de carácter material, que invaden las competencias estatales en ambos sectores y, en consecuencia, la Directriz impugnada es declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

## 5. REGLAMENTOS

### A) Clases de Reglamentos

La STS de 21 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7929, establece que los decretos autonómicos se consideran como ejecutivos de las leyes, en cuanto desarrollan una norma básica estatal de rango normativo legal. En este caso se trata del Decreto 220/1996, de 26 de noviembre, del Gobierno Valenciano, por el que se regulan los medicamentos veterinarios, medicamentos homeopáticos veterinarios y piensos medicamentosos en la Comunidad Valenciana, y el Decreto 10/1998, de 3 de febrero, de modificación del anterior, que desarrollan la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

Independientemente de que esos Decretos se limiten a adaptar al ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente lo dispuesto en otros Reales Decretos estatales que desarrollan una ley, en esos casos, la Comunidad Autónoma ejerce una potestad reglamentaria propia con contenido autónomo e independiente respecto de la del Estado, pues se basa en un título competencial distinto. En consecuencia, no puede decirse que la disposición pierda su carácter de desarrollo legal por el hecho de remitirse en gran medida a los Reglamentos estatales o respetar el marco normativo básico establecido por éstos.

### B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

#### a) Audiencia de organizaciones y asociaciones de usuarios en la elaboración de ordenanzas locales: la protección de los usuarios se configurará por ley

En la STS de 15 de julio de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6909, señala el Tribunal que en la elaboración del Reglamento regulador del servicio municipal de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración de Oviedo, no se vulneran los arts. 51.2 y 105 CE por no conceder audiencia a las organizaciones de consumidores y usuarios en las cuestiones que les puedan afectar. Puesto que esa audiencia es un principio rector de la política social y económica que vincula a todos los poderes públicos que, en el caso de las Ordenanzas locales, debe articularse a través de la información pública que regula la Ley de Bases de Régimen Local, al referirse al procedimiento para su elaboración.

#### b) Audiencia a las entidades interesadas sólo cuando la disposición afecte de forma esencial a las mismas: Colegios Profesionales

La STS de 23 de septiembre de 2003, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 7608, al resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales Veterinarios de España contra el RD de 22 de marzo de 2002 sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos, afirma que la obligatoriedad de la audiencia a los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones

#### IV. Fuentes del Derecho

administrativas que les afecten, consagrada constitucionalmente en el art. 105.a) CE, se configura en la Ley de Colegios Profesionales para estas entidades sólo para los casos en que se afecte a las condiciones generales de las disposiciones profesionales.

Luego, del hecho de que no se haya otorgado audiencia al Colegio Profesional correspondiente no se deriva la vulneración de ese precepto. Habrá que analizar las circunstancias del caso concreto y comprobar si realmente la disposición se refiere a las condiciones generales de las funciones profesionales, teniendo en cuenta si el objeto de la disposición tiene relación con los fines y funciones que el Ordenamiento reconoce a estas entidades.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en la STS de 26 de septiembre de 2003, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 8105.

#### **c) Audiencia a las organizaciones sindicales más representativas: no procede en el procedimiento de elaboración de Reglamentos meramente organizativos**

La STS de 24 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7842, considera que el requisito establecido por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, consistente en la concesión de un trámite de audiencia a las organizaciones sindicales más representativas no es aplicable a los procedimientos de elaboración de Reglamentos que tienen un carácter meramente organizativo y que, sólo muy indirectamente, afectan a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. O que, aun cuando inciden sobre los ciudadanos, no comportan una innovación normativa introducida por vía reglamentaria, puesto que se limitan a reproducir lo ya establecido en un Ley. Todo ello en el marco del recurso interpuesto por la Unión General de Trabajadores de España frente al Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

#### **d) El informe de la Secretaría General Técnica puede suplirse por informes de organismos técnicos cualificados, cuando el órgano informante está subordinado al que decide**

En las SSTS de 2 de diciembre de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 307, 308, 309 y 310, resuelve el Tribunal la impugnación por diversas entidades del Decreto de la Diputación Regional de Cantabria 34/1997, de 5 de mayo, por el que se aprueba el plan de ordenación de los recursos naturales de las marismas de Santoña, Victoria y Joyel. Ante las alegaciones de las distintas partes recurrentes de la ausencia de informe técnico alguno que avale el acierto y oportunidad del Plan, así como del preceptivo estudio financiero y del informe de la Secretaría General Técnica, señala el Tribunal que es innecesario al momento de aprobar el Plan contar con dicho estudio económico financiero. Y respecto al informe de la Secretaría General Técnica, se indica que no es obligatorio según la Ley Regional 3/1984, de 7 de mayo, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria, aplicable al caso. Pero de todos modos, afirma el Tribunal, se ha reiterado por la jurisprudencia que cuando el órgano informante está

subordinado al que decide, su finalidad es la de ilustrar y no la de controlar, por lo que su falta puede considerarse subsanada por otros informes, que en el caso concreto aparecen emitidos por diferentes organismos y entidades, de manera que el denunciado defecto no tiene otro alcance que el formal, que sólo acarrea la anulabilidad del acto cuando éste no puede alcanzar su fin o se ha producido indefensión.

**e) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente: supuestos en que procede**

En la **STS de 24 de julio de 2003**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6955, resuelve el Tribunal la impugnación por la Junta de Andalucía de la Sentencia, con fecha de 18 de noviembre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimaba el recurso interpuesto por la Federación de Asociaciones de Estaciones de Servicio de Andalucía” contra el Decreto 130/1997, de 13 de mayo, dictado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma Andaluza, sobre protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la distribución al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción en instalaciones de venta al público por ser contrario al Ordenamiento Jurídico, declarando su nulidad.

Establece el Tribunal al respecto que en la elaboración de disposiciones generales estarán sometidos al dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente los reglamentos ejecutivos, debiéndose interpretarse el concepto “ejecución de leyes” de modo no restrictivo. De forma que hay que incluir en la categoría de los Reglamentos ejecutivos toda norma reglamentaria que desarrolle cualquier remisión normativa o reenvío legal a una ulterior formación que ha de efectuar la Administración como complemento de la ordenación que la propia Ley establece, aunque ésta no incorpore una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a desarrollar o completar el Reglamento. Por lo tanto, únicamente quedarán excluidos del preceptivo dictamen los Reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles.

En este mismo sentido se pronuncia la **STS de 21 de octubre de 2003**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7929, al referirse al dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de Reglamentos de desarrollo de una Ley básica. Y la **STS de 10 de noviembre de 2003**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8286, al referirse a Reglamentos que no introducen innovaciones en el Ordenamiento jurídico.

**f) El incumplimiento de los trámites previstos en una norma de Derecho Comunitario determina la nulidad de la disposición general aprobada con ese defecto**

En la **SAN de 8 de octubre de 2003**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1086, se declara la nulidad de la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 2 de enero

## IV. Fuentes del Derecho

de 2002, por la que se establecía un plan para la pesquería de arrastre de fondo en el Caladero Nacional del Cantábrico y Noroeste. Puesto que esta Orden incumplió el trámite de comunicación a la Comisión, establecido por el Reglamento 850/98 del Consejo, de 30 de marzo de 1998, para la conservación de los recursos pesqueros, se razona por la Audiencia que no se está ante la omisión de un simple trámite, sino que existe una clara vulneración de la norma, con el efecto de impedir a la Comisión conocer la Orden que se pretende incluir en el ordenamiento nacional. Sin que esta vulneración se subsane por el hecho de que la Comisión conociera otros proyectos anteriores sobre la misma materia, pues la Orden en la litis impugnada modificaba el régimen anterior y, por tanto, no se podía amparar en el mismo, ni evitar el trámite de información previo ante la Comisión.

### C) Potestad reglamentaria

#### a) Límites formales y materiales al ejercicio de la potestad reglamentaria

La STS de 13 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7917, expone cuáles son los límites formales y materiales de la potestad reglamentaria, en sus diversas manifestaciones, que constituyen los parámetros con arreglo a los cuales los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo ejercen el control que les encomienda la Constitución.

Así, se consideran límites formales: la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria; la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto de la Constitución y la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según su respectivo rango jerárquico; la inderogabilidad singular de los Reglamentos (art. 52.2 LRJ-PAC) y el cumplimiento del procedimiento de elaboración de los Reglamentos.

Mientras que las exigencias o límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, son: la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho.

### D) Impugnación de disposiciones de carácter general

#### a) Impugnación directa de Reglamentos: la desaparición del objeto del recurso es un modo de terminación del proceso contencioso-administrativo

En el marco del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra el Real Decreto 786/2001, de 6 de julio, que aprueba el Reglamento de Seguridad contra Incendios en los Establecimientos Industriales, parte la STS de 27 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7852, de que el recurso directo contra disposiciones generales es un instrumento procesal que tiene por finalidad la eliminación del Ordenamiento jurídico de normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias a Derecho. Por tanto, la desaparición del objeto del recurso,

en el caso presente, una disposición general, por derogación, o por su declaración de nulidad por sentencia anterior, determina la desestimación del recurso y constituye uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo. Ya que la derogación sobrevenida o la declaración de nulidad de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real.

En este mismo sentido, la STS de 2 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8415.

### **b) Impugnación indirecta de Reglamentos: necesaria relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y la disconformidad a Derecho del acto de aplicación**

En la STS de 25 de marzo de 2003, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7286, establece el Tribunal que en los casos de impugnación indirecta de Reglamentos ha de haber, una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de disconformidad a Derecho del acto de aplicación. No cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo directamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria. Estas imputaciones de ilegalidad en abstracto, precisamente por respeto al plazo de la impugnación directa, deben ser inadmitidas, desestimando la pretensión de nulidad de la norma.

También en este sentido, la STS de 27 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8596.

### **c) Impugnación indirecta: no es necesario con carácter imperativo citar en el escrito inicial la disposición general impugnada**

En la resolución de la impugnación de una Resolución de la Generalidad de Cataluña sobre la convocatoria para la elección de un representante de los Consejos Comarcales en la Comisión de Gobierno Local de Cataluña por la Federación de Municipios de Cataluña, señala la STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 876, que en el supuesto de impugnación indirecta de una disposición de carácter general no es necesario con carácter imperativo su cita en el escrito inicial. Pues la parte demandada alegó que la parte actora pretendía alterar el objeto procesal del recurso al no indicar en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la impugnación de ciertos preceptos de un Decreto y una Orden catalanas. Continúa argumentando el Tribunal que lo que la Ley Jurisdiccional exige en el escrito de interposición del recurso es la identificación del acto o disposición por razón de la cual se formula, siendo evidente en el caso planteado que el recurso se formulaba por razón del acto de aplicación que posibilita la impugnación indirecta.

## IV. Fuentes del Derecho

### **d) Efectos de la declaración de nulidad de los Reglamentos: no se deriva automáticamente un derecho a indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración**

Por Sentencia del Tribunal Supremo se declaró la nulidad de varios preceptos de la Revisión del Plan General de Sevilla. En función de dicha sentencia, la parte actora formuló reclamación de daños y perjuicios derivados de la obligación que en su día le impuso el Ayuntamiento de constituir los depósitos para sufragar la carga contributiva provisional correspondiente a la reparcelación de determinada finca. Dicha reclamación no se admitió a trámite por el órgano competente, y por ello se interpuso recurso contencioso-administrativo que resuelve la STSJ de Andalucía de 25 de abril de 2003, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 977. En ésta considera el Tribunal que no es cierto que de la declaración de nulidad de un acto o disposición se derive, sin más, la responsabilidad patrimonial de la Administración, como se deduce del art. 73 LJCA. Luego, la obligación de indemnización, tal y como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es consecuencia de la simple anulación de las resoluciones administrativas o de las disposiciones que le sirven de cobertura, sin perjuicio de que de concurrir los requisitos establecidos legalmente proceda la correspondiente indemnización. Lo que indica que no cabe establecer categorías o reglas, sino que habrá que atender a la casuística y, caso por caso, analizar si concurren o no los requisitos legalmente establecidos para que prospere la acción de responsabilidad.

## 6. INSTRUCCIÓN

### **A) Legitimación para la impugnación de instrucciones: se modula según el alcance del contenido de la instrucción**

La STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 875, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la entidad Colectivo Autónomo de Trabajadores-Mossos d'Esquadra contra la Sentencia de fecha de 7 de febrero de 2002, del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Barcelona, por la que se había inadmitido el recurso deducido por la entidad Colectivo Autónomo de Trabajadores-Mossos d'Esquadra contra una Resolución de la Dirección General de Seguridad Ciudadana del Departamento del Interior de la Generalidad de Cataluña de 16 de julio de 2001, desestimatoria del recurso de reposición contra la Instrucción 3/2001, de 14 de junio, sobre jornada, horario, permisos, licencias y vacaciones de los funcionarios en prácticas de la 14 promoción de Mossos d'Esquadra.

Afirma el Tribunal a este respecto que la doctrina general acerca de la legitimación para impugnar instrucciones determina la imposibilidad de impugnación por los propios destinatarios de la misma en cuanto manifestación de la potestad de dirección administrativa, que de acuerdo con los principios de eficacia y jerarquía, no pueden ser recurridas por quienes se insertan en la relación sobre la que dicha potestad recae, que deben limitarse a cumplirlas y llevarlas a término como elemento que integra también el conjunto de obligaciones que derivan de dicha relación. No pudiendo tampoco impugnar dichas

instrucciones los demás ciudadanos, por falta de interés legítimo en la anulación de una actuación administrativa que en nada afecta a sus derechos o intereses legítimos.

Ahora bien, establece el Tribunal que esta doctrina general decae cuando las instrucciones exceden de su marco de eficacia interno y doméstico, concretado en la dirección por los órganos administrativos de las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, extendiendo sus prescripciones a ámbitos distintos e incidiendo directamente sobre los derechos e intereses legítimos de los afectados. En cuyo caso, aunque sus destinatarios sean los propios funcionarios, la instrucción es susceptible de impugnación jurisdiccional.

## 7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### A) Principio de igualdad

#### a) No cabe invocar la igualdad fuera de la legalidad

En la STS de 16 de septiembre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6836, se plantea una supuesta vulneración de la igualdad del art. 14 CE, en cuanto que en la elaboración de un borrador de Decreto de Medicamentos de Uso Animal, por la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, no se convocó a la asociación profesional empresarial recurrente para su participación en unas reuniones preparatorias de dicha disposición. Señala el Tribunal al respecto que la recurrente no tenía ningún derecho a participar en dichos actos preparatorios de la elaboración de la disposición general, por lo que no se vulnera su derecho a la igualdad, que sólo cabe dentro de la legalidad. Teniendo además en cuenta que no se acreditó por la Entidad estar en situación de igualdad con las otras Corporaciones convocadas. Si bien, de todos modos esa igualdad no era posible, ya que esas Corporaciones eran los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, y la recurrente es una asociación voluntaria y de carácter privado.

En este mismo sentido, la STS de 20 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 8243, y la STSJ de Galicia de 4 de abril de 2003, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 1011.

#### b) La desigualdad en aplicación de la Ley no puede ser invocada para eludir su cumplimiento

Afirma la STS de 29 de julio de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 7115, en la resolución de un caso sobre deslinde del dominio público marítimo-terrestre, que no cabe invocar la desigualdad creada por la Orden ministerial impugnada que no declaraba como parte del dominio público marítimo-terrestre otros suelos de idénticas características a los deslindados, para eludir el cumplimiento de la Ley que exige que esos terrenos también se deslinden como parte del dominio público marítimo-terrestre. Por lo que se considera que dicha Orden vulnera la igualdad consagrada en el art. 14 CE.

## IV. Fuentes del Derecho

### **c) Vulneración de la igualdad en la aplicación de la Ley por no atender a un precedente idóneo, y no motivar el cambio de criterio operado**

En la STS de 7 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7279, aprecia el Tribunal la existencia de una vulneración de la igualdad en la aplicación de la Ley, haciéndose eco de la reiterada jurisprudencia a respecto del Tribunal Constitucional. Considera el Tribunal que existe un precedente en sentido contrario que resuelve un caso idéntico, referido a la inclusión o no del IVA en ciertas tarifas, que debería haberse seguido o, en caso de apartarse del mismo, motivarse adecuadamente.

### **d) La igualdad del artículo 14 CE impide tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales**

Las SSTs de 17 de junio de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7287 y 7288, señalan que desde el punto de vista de los arts. 14 y 23.2 CE, el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE impide tratar desigualmente a los desiguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales, que es lo que sucede en los casos que se resuelven, referidos a la regulación del Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, por el que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista.

Ahora bien, matiza el Tribunal que eso no implica que en el art. 14 CE se pueda rescribir un hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato, por ser ajena al ámbito de tal precepto la denominada discriminación por indiferenciación, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional.

### **B) Principio de confianza legítima: es necesario acreditar la acción de la Administración que dio lugar a esa confianza legítima del particular. No opera el precedente administrativo ilegal**

En la STS de 6 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7889, se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala Cuarta de la Audiencia Nacional, de fecha de 3 de diciembre de 1997, que desestima el recurso interpuesto contra Resolución del Secretario de Estado de Universidades e Investigación de 19 de junio de 1995, sobre solicitud de título de médico en cirugía plástica y reparadora. Señala el Tribunal que no es posible atender a la invocación del principio de confianza legítima por un particular, cuando éste no aporta pruebas que acrediten el acto o actos de la Administración a través de los cuales se creó esa confianza en que el sentido de la actuación de la Administración iba a ser diferente del que finalmente fue. Además, se rechaza la operatividad del precedente administrativo para obtener un título académico, en este caso el de título de médico en cirugía plástica y reparadora. Pues la única vía de obtenerlo es el cumplimiento de una serie de requisitos académicos, luego hay que atender directamente a la legalidad.

### **C) Principio de irretroactividad de las normas. Inexistencia de retroactividad de las normas: retroactividad de grado mínimo**

Afirma la STS de 15 de diciembre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 326, que los Reglamentos se hallan sometidos al principio de irretroactividad del art. 62.2 LRJ-

PAC, de modo que resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales. El Tribunal expone la doctrina constitucional relativa a la gradación de la irretroactividad, en grado máximo, medio y mínimo, según el nuevo Reglamento afecte a todos los efectos surgidos de la antigua norma, a aquellos que aún no se han consumado, o a los que se proyectan hacia el futuro. En el caso que se resuelve, la Ordenanza cuestionada relativa a la implantación de antenas de telefonía móvil, únicamente proyectaba su eficacia hacia el futuro, concediendo el plazo de un año para la obtención de las oportunas licencias y la modificación de las condiciones de las ya existentes. Lo que supone una retroactividad de grado mínimo, que no se acepta por el Tribunal Constitucional o por el propio Tribunal Supremo como parte de la retroactividad en sentido propio.

SILVIA DíEZ SASTRE

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

### Actos y Procedimiento Administrativos

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos.** A) Control de los llamados “actos políticos”. B) La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) constituye un acto de trámite.

**3. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación suficiente: no se cumple con fórmulas convencionales. **4. Procedimiento Administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) El cómputo del plazo de caducidad debe tomar en cuenta la fecha del correcto intento de práctica de la notificación. B) La falta de requerimiento de subsanación de deficiencias en la documentación presentada determina la ilegalidad de la resolución que desestima la pretensión basándose en dichas deficiencias. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) En las notificaciones efectuadas por correo la Administración debe conservar en el expediente administrativo el original del acto notificado. B) Ejecución sobre el avalista con preferencia a la ejecución real sobre los inmuebles afectados por unas obras de urbanización. C) Control de la ejecución forzosa que precisa de la entrada en domicilio. **6. Invalidez del acto administrativo.** A) Reparcelación económica de carácter económico en suelo urbano: acto nulo de pleno derecho por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) en aplicación del art. 62.1.a) LRJPAC. B) Prueba de la desviación de poder. C) Omisión de trámite de audiencia: falta de citación personal de un propietario para las operaciones materiales en un procedimiento de deslinde de la zona marítimo-terrestre. **7. Eliminación del acto administrativo.** A) Revisión de oficio: doctrina general. B) Supuesto en el que se incurre en un error de hecho, material o aritmético (art. 105.2 LRJPAC).

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre noviembre y diciembre de 2003, respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y entre marzo a julio de 2003, respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

## 2. CLASES DE ACTOS

### A) Control de los llamados “actos políticos”

La STS de 24 de noviembre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, FFDD 3º y 4º, Ar. 60, establece que: “(...) Los 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 a la naturaleza política o no de la actividad desarrollada, y su protección corresponde, por vía sumaria y preferente, a la jurisdicción ordinaria (art. 53.2 CE) y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional. Y, en fin, cuando los actos exentos de control jurisdiccional afecten a derechos e intereses legítimos o a situaciones jurídicas de terceros de contenido patrimonial o susceptibles de una valoración de tal naturaleza, es 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 de acto político distinta de la de su clásica concepción, entendiéndose que no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos de control jurisdiccional. Y así resulta, en la actualidad, de la Ley de la Jurisdicción de 1998, arts. 1 y 2.a (...).”.

### B) La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) constituye un acto de trámite

La STS de 24 de noviembre de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 2º, Ar. 8618, de acuerdo con la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, afirma que la Declaración de Impacto Ambiental es un acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma.

En el mismo sentido se pronuncian la STS de 13 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 3º, Ar. 8871, y la STS de 24 de junio de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 11º, Ar. 6139, examinada en el número 23 de esta revista.

### 3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### A) Motivación suficiente: no se cumple con fórmulas convencionales

La STS de 25 de noviembre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, FFDD 3º y 4º, Ar. 87, afirma, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo que “(...) el requisito de la motivación no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión (...), este Tribunal, recordando la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, ha precisado (...) que la motivación es necesaria para el debido conocimiento de las razones de la decisión administrativa por los interesados en los términos que haga posible la defensa de sus derechos e intereses, y que debe darse la misma en cada caso con la amplitud necesaria para tal fin, pues sólo así puede el interesado alegar después cuanto convenga para su defensa, sin verse sumido en la indefensión que prohíbe el art. 24 de la Constitución Española. En la materia que constituye el objeto de este proceso, la jurisprudencia mayoritaria no considera suficiente para motivar la denegación de un permiso de trabajo solicitado por un extranjero la referencia genérica a las causas determinantes de la denegación del permiso según las disposiciones generales aplicables. Es necesario, por el contrario, que se argumente sobre las circunstancias concretas, teniendo en cuenta las alegaciones del interesado. Los actos administrativos que no cumplan con este requisito incurren en causa de anulabilidad por insuficiente motivación (...)”.

### 4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

#### A) El cómputo del plazo de caducidad debe tomar en cuenta la fecha del correcto intento de práctica de la notificación

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 19 de septiembre de 2003, Ar. 1060, FD 4º, precisa que el cómputo de los plazos para entender producida la caducidad de un procedimiento administrativo debe tomar como referencia final el correcto intento de notificación de la resolución en el domicilio del interesado, sin que materialmente ello se pudiera llevar a cabo ante la ausencia del interesado de su domicilio.

#### B) La falta de requerimiento de subsanación de deficiencias en la documentación presentada determina la ilegalidad de la resolución que desestima la pretensión basándose en dichas deficiencias

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de mayo de 2003, Ar. 1022, FD 4º, anula la desestimación de solicitud de anulación de convocatoria de un examen por enfermedad basada en la falta de aportación del informe médico en el modelo de certificado médico oficial puesto que no requirió al solicitante la subsanación de dicho defecto en la documentación aportada.

## 5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

### A) En las notificaciones efectuadas por correo la Administración debe conservar en el expediente administrativo el original del acto notificado

La STS de 23 de septiembre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 7º, Ar. 7527, niega la corrección de la notificación efectuada por correo al no quedar constancia en el expediente administrativo del original o copia de la resolución presuntamente notificada y no haberse incorporado en la tarjeta de aviso de recibo el tipo y objeto del acto notificado.

### B) Ejecución sobre el avalista con preferencia a la ejecución real sobre los inmuebles afectados por unas obras de urbanización

La STS de 27 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 2º, Ar. 21 de 2004, confirma la corrección de la vía de apremio iniciada por un Ayuntamiento ante el impago de las cuotas de urbanización frente al avalista solidario con preferencia al intento de hacer efectivas las cargas reales que pesan sobre las fincas y que incumben a sus sucesivos adquirentes.

### C) Control de la ejecución forzosa que precisa de la entrada en domicilio

La STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de julio de 2003, Ar. 955, FFDD 4º, 5º y 6º, autoriza la entrada en casetas cerradas para instalaciones de extracciones de aguas subterráneas con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la orden cautelar de cese de extracción de aguas subterráneas, al considerar probado que la entrada es efectivamente necesaria para ejecutar el acto, correctamente notificado y que *prima facie* parece válido y dictado por el órgano competente.

## 6. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### A) Reparcelación económica de carácter económico en suelo urbano: acto nulo de pleno derecho por vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) en aplicación del artículo 62.1.a) LRJPAC

La STS de 23 de septiembre de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 4º, Ar. 7789, establece que “(...) conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala (...) la reparcelación económica de carácter obligatorio en suelo urbano (...) no se acomoda al principio de igualdad, consagrado en el art. 14 de la Constitución, traducido al ordenamiento urbanístico en el principio de justa y equitativa distribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento urbanístico, por cuanto el pago de las cantidades resultantes sólo se exige a los propietarios de suelo vacante y no al conjunto de los propietarios de suelo urbano (...) de modo que tales actos están incurso en la causa de nulidad

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

radical prevista en el apartado a) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, en relación con los arts. 14 y 53.2 de la Constitución (...).”

### **B) Prueba de la desviación de poder**

La STS de 1 de diciembre de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 3º, Ar. 172, reitera la jurisprudencia asentada por el Alto Tribunal y afirma que “(...) La desviación de poder (...) consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Su prueba, por afectar a elementos subjetivos del acto impugnado, ofrece dificultades. Por ello (...) no puede exigirse, por razón de la naturaleza del referido concepto, una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable (...).”

Sobre desviación de poder resulta también de interés la STS de 28 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 7º, Ar. 8418.

### **C) Omisión de trámite de audiencia: falta de citación personal de un propietario para las operaciones materiales en un procedimiento de deslinde de la zona marítimo-terrestre**

La STS de 11 de noviembre de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 4º, Ar. 8894, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que: “(...) el defecto formal de la falta de citación personal para las operaciones materiales de deslinde (...) (se sitúa) (...) en la órbita de los defectos formales que sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (...). Esta regla de la relativización de los vicios de forma, que no determinan *per se* la anulabilidad, sino sólo cuando al vicio se anuda alguna de aquellas consecuencias, es también predicable, al menos en procedimientos de naturaleza no sancionadora como el que ahora nos ocupa, cuando el vicio o defecto consiste en la omisión del trámite de audiencia. Si el no oído dispone de posibilidades de defensa de eficacia equivalente, la omisión de la audiencia será o deberá calificarse como una irregularidad no invalidante. En suma, los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de las garantías. La indefensión es así un concepto material, que no surge de la sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (...) lo verdaderamente importante y decisivo a tales efectos (los anulatorios) es ver cuáles son los argumentos que utiliza la parte para poner de relieve en qué hubiera influido en la determinación de la línea de deslinde su intervención. En definitiva, determinar, el carácter material y no meramente formal de la indefensión (...).”

## 7. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### A) Revisión de oficio: doctrina general

La STS de 29 de septiembre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 2º, Ar. 8120, realiza un repaso sobre la institución de la revisión de oficio de los actos administrativos en los siguientes términos: “(...) la revisión de oficio de los actos administrativos se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad y el principio de seguridad jurídica que postula la conservación de los actos ya dictados y su irrevocabilidad administrativa cuando son declarativos de derechos. Si un acto administrativo no es favorable, es de gravamen, no se produce la indicada tensión entre ambos principios en la forma como se produce cuando se trata de actos declarativos de derechos, y la revocación de tales actos por la Administración, primero libre, se sujeta luego, según el art. 105 LRJPAC, a que no sea contraria al ordenamiento jurídico (...), no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes o sea contraria al principio de igualdad o al interés público. Ahora bien, la revisión de oficio, ni siquiera en su versión de acción de anulabilidad (...) no ha sido ni es un mecanismo que permita eludir las exigencias de viabilidad a que se sujetan los recursos en vía administrativa y jurisdiccional. Por otra parte, el sistema de revisión de oficio tiene como presupuesto básico la distinción entre actos declarativos de derechos y aquellos otros que no son incluíbles en esta específica categoría. La jurisprudencia de la Sala ha delimitado, a dichos efectos, la noción de actos “favorables” considerando como tales aquellos que amplían el patrimonio jurídico del destinatario, otorgándole un derecho que antes no existía, o, al menos eliminando algún obstáculo al ejercicio de un derecho preexistente, o reconociendo una facultad, un plus de titularidad o de actuación. Y por derecho entiende la doctrina de este Tribunal la situación de poder concreta y consolidada, jurídicamente protegida, que se integra en el patrimonio jurídico de su titular al que se encomienda su ejercicio y defensa (...)”.

### B) Supuesto en el que se incurre en un error de hecho, material o aritmético (art. 105.2 LRJPAC)

La STS de 15 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Quinta, FFDD 4º, 5º y 6º, Ar. 7754, declara que constituye un error de hecho subsanable por el cauce del art. 105.2 LRJPAC, el siguiente supuesto: “(...) 1. Estando aprobada inicialmente una modificación parcial del Plan General del Tarragona en la que se asignaba a una Unidad de Actuación un conjunto de determinaciones urbanísticas al que se identificaba con la clave 17-B-O, sus promotores solicitaron en período de información pública de la 3ª Revisión del Plan General, que se tramitaba al mismo tiempo, que se incluyeran aquellas determinaciones en la Revisión. 2. Esa alegación, al que se le asignó el núm. 73, fue informada favorablemente por el Sr. Arquitecto Municipal (...), y también por la Gerencia Urbanística (...) 3. La alegación o solicitud fue recogida y aceptada en la aprobación provisional (...) La voluntad administrativa de dotar a esa Unidad de Actuación del conjunto de determinaciones señalado con la clave 17-B-O en la anterior modificación proyectada del Plan General está, por lo tanto, muy clara. Lo que ocurrió fue que en la Revisión del Plan

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

General la clave 17-B-O no tenía el mismo contenido urbanístico que en aquella modificación, sino otro distinto, de forma que la Administración quiso darle a esa Unidad una regulación y por inadvertencia les estaba dando otra diferente (...)

Ante ello el Tribunal afirma que sin duda, esto constituye un error de hecho (...) pues se trata de una discordancia entre la voluntad clara de la Administración y la manifestada en la letra y dibujo del Plan General (...). Y ello a pesar de que (...) Desde luego que la rectificación del error conlleva importantes consecuencias: esa Unidad de Actuación pasará ahora a regirse por unas determinaciones urbanísticas distintas a las anteriores equivocadas, pero eso nada dice sobre la existencia del error. El error existe o no con independencia de sus consecuencias; puede ser nimio o de consecuencias importantes, pero el art. 105.2 no dice que sólo los primeros sean salvables y aun pudiera concluirse que son precisamente los segundos los que con mayor razón deben ser corregidos (...).

Parece que este último párrafo contradice la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo sobre rectificación de errores de hecho, en la que se señala que no se considera un error de hecho y sí de derecho, cuando la rectificación produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (entre otras muchas, vid. STS de 18 de junio de 2001, FD 8º, Ar. 9512).

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO



## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

#### 1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados.

A) Convenios de colaboración. a) Naturaleza de subvención condicional. b) Resolución de Convenio por aplicación de sus cláusulas. B) Contratos administrativos especiales.

a) Contrato de permuta. b) Consorcio para repoblación y conservación forestal. **3. Actos**

**preparatorios y requisitos de los contratos.** A) De carácter personal. a) Clasificación de los

contratistas. Suspensión de clasificación por incurrir en la prohibición de contratar relativa a personas jurídicas cuyos administradores o representantes han sido sancionados penal-

mente por delitos de falsedad. b) Límite temporal para que las empresas contratistas de la Administración acrediten su capacidad de obrar. c) Subsanción de la falta de acreditación

de la capacidad para contratar. B) De carácter real. a) La determinación del precio puede realizarse a tanto alzado, aunque los profesionales a los que se contrata tengan aprobadas

tarifas de honorarios. b) IVA incluido en el precio del contrato. C) Pliego de Cláusulas

Administrativas Particulares. a) Omisión del trámite de información pública en su procedimiento de elaboración. b) No hay vulneración del principio de igualdad si los criterios

de selección del contratista exigen a los licitadores la forma jurídica de cooperativa de

viviendas. D) Convocatoria del contrato. a) Procedimiento negociado: No resulta contrario a los principios de publicidad y concurrencia fraccionar suelo público para su venta con la finalidad de que distintos promotores construyan viviendas de protección oficial, aunque se eluda así la obligación de publicar la convocatoria de los contratos en el DOCE.

**4. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) Adjudicación procedente de concurso celebrado

por AENA para atribuir concesiones de explotación de locales comerciales en las instalaciones de un aeropuerto. b) Vulneración de los criterios de adjudicación del contratista.

**5. Régimen jurídico de los contratos.** A) Equilibrio económico. a) Enriquecimiento injusto:

es necesario que no concurra voluntad maliciosa del particular. b) Existe enriquecimiento

injusto aun en el caso de que concurra culpa por parte del particular. c) No existe enriquecimiento injusto por falta de prueba por parte del contratista de la ejecución de unas tareas distintas y más costosas que las pactadas con la Administración. B) Prerrogativas de la Administración. a) Ejercicio del *ius variandi*: la Administración puede modificar el lugar de la prestación del servicio público por razones de interés público, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al particular. C) Fianza. a) Ha de ser expresa y no cabe extenderla a obligaciones diferentes de las previstas. D) Responsabilidad frente a terceros. a) Incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa si la reclamación de responsabilidad se dirige exclusivamente frente al contratista de la Administración. b) El acuerdo de la Administración por el que se declara la responsabilidad del contratista no debe determinar la cuantía de la indemnización. E) Cesión de contrato. a) No es válida la cesión del contrato sin consentimiento de la Administración. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra pública. a) Validez del pacto expreso entre las partes en virtud del cual el devengo de intereses se producirá transcurridos los diez meses desde la expedición de las certificaciones sin haberse procedido a su pago. b) Indemnización de daños y perjuicios al contratista por paralización de las obras imputable a la Administración al encontrarse cables de alta tensión en los terrenos. B) Contrato de suministro. a) Aplicación de la doctrina jurisprudencial con respecto al impago de las certificaciones en el contrato de obra pública. C) Contrato de asistencia técnica. a) Anulación del pliego de cláusulas económico-administrativas y técnicas particulares.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de septiembre a diciembre de 2003, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y los meses de marzo a julio de 2003, en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

De entre las sentencias analizadas en esta ocasión, destacan aquellas relativas al reconocimiento de indemnización en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a situaciones aparentemente preparatorias de un contrato en las que éste, sin embargo, no se ha llegado a adjudicar ni se ha formalizado. En estos casos, nos encontramos en puridad ante una indemnización derivada de la vulneración del principio de confianza legítima y que surge como consecuencia de la responsabilidad patrimonial o extracontractual

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

de las Administraciones públicas, como reconoce acertadamente la STS de 23 de octubre de 2003, reseñada. También resulta de interés la jurisprudencia sobre responsabilidad del contratista frente a terceros que afirma la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la reclamación se dirige exclusivamente frente al contratista de la Administración, y declara que le está vedado a la Administración cuantificar la indemnización en el acuerdo que declara como único responsable al contratista.

### 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

#### A) Convenios de colaboración

##### a) Naturaleza de subvención condicional

En la STS de 6 de octubre de 2003, Ar. 7891, se conoce de un supuesto en el que la Administración suscribe con un centro ecuestre un Convenio de colaboración para que impartiera unos cursos de formación a jóvenes interesados en encontrar profesión en ese sector. La denuncia unilateral por parte de la Administración del convenio, antes del cumplimiento de plazo estipulado es considerada por el Tribunal no ajustada a derecho. Entiende el TS que se trata de una acción de fomento de una actividad de interés público, lo que impide la resolución unilateral por la Administración. De otra forma las inversiones y gastos realizados por el particular no podrían amortizarse ni el interés público previsto cumplirse. La alternativa que hubiera tenido la Administración es probar el incumplimiento de las condiciones pactadas siguiendo un procedimiento contradictorio, en el que además se habría dado audiencia al interesado.

##### b) Resolución de Convenio por aplicación de sus cláusulas

En la STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2003, Ar. 906, se conoce de la extinción de un Convenio de colaboración entre la Administración y una Asociación de educadores para el desarrollo de la gestión educativa en un centro de reforma, por acordarlo así la Administración. Considera el Tribunal que procede dicha resolución porque aunque el convenio se venía prorrogando tácitamente cada anualidad, era necesario negociar anualmente ciertas condiciones a las que quedaba supeditada su vigencia.

#### B) Contratos administrativos especiales

##### a) Contrato de permuta

La STS de 23 de septiembre de 2003, Ar. 7310, califica como contrato administrativo especial de permuta, el negocio jurídico en virtud del cual un Ayuntamiento cedió un solar de su propiedad, que previamente desafectó, a una sociedad mercantil a cambio de que ésta construyera un frontón cubierto y una plaza pública. Asimismo le reconoció a

la empresa derechos urbanísticos sobre una parte, que consistían en el derecho de construir, en su propio beneficio, una planta baja comercial y un aparcamiento subterráneo con capacidad para 199 plazas de garaje, para su venta a terceros.

### **b) Consorcio para repoblación y conservación forestal**

La STS de 17 de noviembre de 2003, Ar. 8166, enjuicia un consorcio, que se configura por la legislación de montes como un contrato de carácter administrativo, que celebran la Administración y el propietario del suelo, por el que aquélla se compromete, mientras dura el contrato a repoblarlo y a aprovechar su arbolado, reservando al propietario de suelo el derecho a una participación en el valor neto de los productos que se obtengan. Concretamente en este caso los beneficios derivados de la explotación, en los que participan Administración y propietario, habían ido desapareciendo como consecuencia de la elección de una especie arbórea incorrecta. Dicha selección, sin embargo, fue una decisión que se consideró acertada en su momento, cuando el consorcio se constituyó en 1958, atendiendo al conocimiento y a los datos que entonces se tenían. Por este motivo entiende el Tribunal que no procede que la Administración indemnice los beneficios dejados de percibir. También considera que no cabe imputar el abandono de la explotación forestal a la Administración, porque desde hace años se había llegado entre las partes a un acuerdo tácito de abandono de la repoblación inicial con una resolución de hecho del consorcio.

## **3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS**

### **A) De carácter personal**

#### **a) Clasificación de los contratistas. Suspensión de clasificación por incurrir en la prohibición de contratar relativa a personas jurídicas cuyos administradores o representantes han sido sancionados penalmente por delitos de falsedad**

La STS de 11 de noviembre de 2003, Ar. 8060, enjuicia un supuesto en el que la empresa incurso en esta prohibición pide que se tenga en cuenta que la persona que cometió el delito renunció a su condición de administrador antes de que se efectuara la condena penal. A este respecto el propio tribunal declara:

“Es contrario a diversos principios y postulados jurídicos, porque, en primer término, provocaría una diversidad de tratamiento jurídico, que no se justifica, entre los empresarios individuales y las personas jurídicas. Toda vez que para aquéllos una vez declarada la suspensión o la prohibición de contratar perduraría por todo el tiempo marcado, mientras que para las personas jurídicas (para actuaciones de sus administradores o representantes), la prohibición, la suspensión, desaparecerían una vez que cesaran en sus cargos, lo que proporcionaría a aquéllos una mejor condición, sin que haya razón objetiva alguna que justifique esta diversidad de tratamiento, al margen de que la solución que sugiere aquí la

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

parte recurrente llevaría a la autodesvinculación por la propia persona moral, en virtud de una decisión autónoma suya, de las consecuencias jurídicas de todo orden que les pueden alcanzar por la actuación de sus órganos de representación.”

### **b) Límite temporal para que las empresas contratistas de la Administración acrediten su capacidad de obrar**

Siguiendo jurisprudencia anterior, la STS de 9 de diciembre de 2003, Ar. 43, considera que el requisito para contratar con la Administración es la tenencia de plena capacidad de obrar, sirviendo la inscripción en el Registro Mercantil para acreditarlo. Es la legislación mercantil, concretamente la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995, la que dispone que la escritura pública de constitución y su inscripción en el Registro mercantil son requisitos de carácter constitutivo. En los hechos que enjuicia la sentencia la sociedad se constituyó antes de la adjudicación del concurso, resultando irrelevante que no lo estuviera antes, en el momento de presentación de ofertas a la Administración.

### **c) Subsanación de la falta de acreditación de la capacidad para contratar**

Sostiene la STS de 7 de octubre de 2003, Ar. 7615, que la falta de acreditación por parte de una de las empresas que se presentan a la subasta de su capacidad para contratar debe ser subsanada, de modo que no cabe que la Administración rechace a un licitador por defectos formales que puedan corregirse, tales como aquellos en los que se prueba la capacidad para contratar de la empresa.

## **B) De carácter real**

### **a) La determinación del precio puede realizarse a tanto alzado, aunque los profesionales a los que se contrata tengan aprobadas tarifas de honorarios**

En la STS de 1 de diciembre de 2003, Ar. 173, el Tribunal Supremo declara que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas dispone que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establecerá el sistema de determinación del precio de estos contratos, que podrá consistir en un tanto alzado o en precios referidos a unidades de obra o de tiempo, o en aplicación de honorarios profesionales según tarifa o en las combinaciones de varias de estas modalidades. Esta sentencia también precisa que la norma legal no obliga, si los profesionales con los que se ha de contratar tienen aprobadas unas tarifas de honorarios, a determinar el precio forzosamente conforme a las mismas.

### **b) IVA incluido en el precio del contrato**

El Tribunal Supremo, en STS de 7 de octubre de 2003, Ar. 7279, considera que el IVA se entendía incluido en el precio cierto del contrato. Y que no es obstáculo para esta conclusión que el IVA pueda variar a voluntad del Estado, pues en todo caso los eventuales incrementos del IVA se proyectarán sobre el precio fijado en el contrato y no se descon-

tarán del mismo. Esto es así al margen de que puedan ejercitarse las acciones pertinentes en defensa del equilibrio contractual en caso de que, so pretexto de una modificación del importe del IVA, se realice una minoración del precio.

### **C) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares**

#### **a) Omisión del trámite de información pública en su procedimiento de elaboración**

A juicio de la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2003, Ar. 919, la omisión de dicho trámite de información pública, vulnera el art. 122 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, —aunque no la vigente legislación de contratos—, por lo que es causa de anulabilidad del acto administrativo si provoca indefensión del particular. En este caso no se aprecia indefensión puesto que el recurrente pudo efectuar alegaciones en defensa de su derecho, tanto cuando recurrió en vía administrativa, como en vía jurisdiccional.

#### **b) No hay vulneración del principio de igualdad si los criterios de selección del contratista exigen a los licitadores la forma jurídica de cooperativa de viviendas**

En el caso enjuiciado por la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2003, Ar. 919, el Tribunal Supremo entiende que no vulnera el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución este criterio de selección del contratista porque resulta razonable la exigencia de que los licitadores se presenten bajo la forma de cooperativas de viviendas. Considera el Tribunal que este criterio atiende a que las parcelas objeto del contrato que se pretende celebrar, y cuyo destino es la enajenación, van a ser adjudicadas para realizar construcciones multifamiliares y no unifamiliares. Además es conforme al art. 129.2 de la Constitución fomentar las sociedades cooperativas, lo que en el ámbito de la vivienda, supone favorecer el acceso de los consumidores a ésta y evitar la especulación.

### **D) Convocatoria del contrato**

#### **a) Procedimiento negociado: No resulta contrario a los principios de publicidad y concurrencia fraccionar suelo público para su venta con la finalidad de que distintos promotores construyan viviendas de protección oficial, aunque se eluda así la obligación de publicar la convocatoria de los contratos en el DOCE**

Así lo entiende la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2003, Ar. 919, en la que considera conforme a derecho la actuación de la Consejería de Urbanismo que fraccionó las parcelas con destino a la construcción de viviendas de protección oficial para proceder a enajenarlas en sucesivos contratos de compraventa. El Tribunal Superior de Justicia consideró que ese fraccionamiento no tiene una finalidad fraudulenta de eludir las normas de publicidad y concurrencia que obligan a publicar en el Diario Oficial de la Comunidad Europea los contratos que alcanzan determinada cuantía. Asimismo enten-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

dió que no resultaba de aplicación, al no tratarse de un contrato de obras, la disposición contenida en la legislación de contratos conforme a la cual cuando la obra esté dividida en varios lotes y cada lote constituya un contrato, el importe de cada uno se tendrá en cuenta para la determinación de la cuantía en su totalidad, y ésta se aplicará a todos los lotes, a fin de que en materia de publicidad contractual rijan las mismas reglas para cada uno de los lotes.

### 4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

#### A) Concurso

##### a) Adjudicación procedente de concurso celebrado por AENA para atribuir concesiones de explotación de locales comerciales en las instalaciones de un aeropuerto

La STS de 24 de noviembre de 2003, Ar. 8766, considera que no se produce infracción de los principios de igualdad y libre concurrencia porque AENA adjudique las concesiones a una sociedad participada en un 20 por ciento por ella misma, porque esta circunstancia está prevista en el propio estatuto de AENA, que dispone que puede constituir y participar en sociedades para la explotación de los aeropuertos. En este sentido el TS precisa que “no hay nada que impida que una sociedad participada minoritariamente por AENA intervenga, en igualdad de condiciones con quienes también reúnan los requisitos necesarios, en los concursos que convoque AENA”.

En esta misma sentencia, se considera conforme a derecho que en el procedimiento de adjudicación no se abrieran en público los sobres que contenían la oferta técnica, porque a diferencia de las ofertas económicas, aquéllas han de ser estudiadas con más detenimiento para apreciar su verdadero alcance y comparar las unas con las otras.

##### b) Vulneración de los criterios de adjudicación del contratista

Dicha vulneración se aprecia en la STSJ de Canarias de 29 de mayo de 2003, Ar. 1008, en la que se fiscaliza un contrato cuyas bases establecían como criterio de adjudicación de la concesión de puestos en el Mercado municipal, la “situación socio-laboral de los licitantes”, y que no fueron aplicados en el concurso que el Ayuntamiento celebró.

### 5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS

#### A) Equilibrio económico

##### a) Enriquecimiento injusto: es necesario que no concurra voluntad maliciosa del particular

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y concretamente la reciente STS de 18 de julio de 2003, Ar. 7778, el núcleo esencial del enriquecimiento injusto está

representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial a favor de un particular. Para que se produzca realmente y no sea un fácil medio de eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa el desequilibrio, según la citada sentencia (FD 3º), ha de cumplir las siguientes exigencias:

“Ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con esa Administración.”

Así, en el caso enjuiciado, considera el Tribunal que existe enriquecimiento injusto, pues el suministro durante el curso escolar del suplemento de un periódico semanal a un centro escolar público se debió a que la Administración contrató ininterrumpidamente ese suministro durante años anteriores, y a que incluso en ese mismo curso la Administración inició la tramitación de la correspondiente contratación.

**b) Existe enriquecimiento injusto aun en el caso de que concurra culpa por parte del particular**

Así lo reconoce la **STS de 23 de octubre de 2003**, Ar. 7936, en la que se afirma que el particular incurre en culpa porque aunque la Administración realizó conductas preparatorias de la celebración del contrato, éste no se adjudicó ni formalizó. Concretamente la Administración le notificó la cesión de una finca de su propiedad para que fuera objeto de explotación agrícola, pero en ningún momento se adjudicó ni se formalizó el contrato. Por tanto, aunque el particular accediera al uso de la finca, y la cultivara, esto no le confiere derecho a ser resarcido por incumplimiento contractual de la Administración sino por un funcionamiento anormal de los servicios públicos. Esta conclusión conduce a que el particular deba ser indemnizado, pero la cuantía de la indemnización se reduce al concurrir también su culpa.

**c) No existe enriquecimiento injusto por falta de prueba por parte del contratista de la ejecución de unas tareas distintas y más costosas que las pactadas con la Administración**

No existe enriquecimiento injusto en el supuesto que enjuicia la **STS de 10 de noviembre de 2003**, Ar. 8733, sobre un contrato de limpieza y conservación de jardín municipal. En este caso la empresa contratista recurre porque considera que ha realizado unos trabajos para la Administración municipal que han tenido un coste superior al convenido y que la contratista no ha podido prever, cuando manifestó su consentimiento para obligarse. Sin embargo, se declara en la citada sentencia que la contratista no probó que había ejecutado unas tareas distintas y más costosas que las pactadas. Recibió sin objetar

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

el precio pactado con el Ayuntamiento, y tampoco demostró que sobrevinieran nuevas circunstancias que no pudieran preverse y que cambiaron la situación.

### B) Prerogativas de la Administración

**a) Ejercicio del *ius variandi*: la Administración puede modificar el lugar de la prestación del servicio público por razones de interés público, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al particular**

Así lo declara la STSJ de Andalucía de 30 de julio de 2003, Ar. 980, en la que la Administración traslada al concesionario de un puesto de un mercado a otro mercado existente en el municipio con carácter provisional hasta que se decida si se rehabilita el edificio donde se ubicaba en un principio.

### C) Fianza

**a) Ha de ser expresa y no cabe extenderla a obligaciones diferentes de las previstas**

Así lo entiende el Tribunal Supremo, en STS de 24 de noviembre de 2003, Ar. 8767, que declara nulos los acuerdos municipales que exigían a la empresa aseguradora en vía de apremio que se hiciera efectiva la fianza para cubrir una obligación no prevista en el contrato por el que se constituyó la garantía —el canon por plazas de aparcamiento construidas por la empresa contratista por encima de las 394 avaladas—.

### D) Responsabilidad frente a terceros

**a) Incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa si la reclamación de responsabilidad se dirige exclusivamente frente al contratista de la Administración**

Así lo declara el ATS de 11 de abril de 2003, Ar. 8694, Sala de Conflictos de Jurisdicción, en el que, con base en el art. 97.3 TRLCAP, se declara, FD 3º, lo siguiente:

“En función de la naturaleza de la acción ejercitada, dirigida exclusivamente contra el contratista, ha de determinarse la jurisdicción competente para conocer de la misma que en modo alguno corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativa (...), cuando la Administración pública no ha sido demandada conforme a lo dispuesto en el art. 21.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción vigente. (...) De todo ello se infiere que solamente queda atribuido el conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración pública, mas no cuando, como en el presente caso, la acción se ejercita exclusivamente frente a la empresa contratista. Distinto sería el criterio a adoptar (...), si el demandante hubiera dirigido la acción contra la Administración y contra el contratista, ya que, en este hipotético supuesto,

sería aplicable lo dispuesto en el art. 2.e) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.”

### **b) El acuerdo de la Administración por el que se declara la responsabilidad del contratista no debe determinar la cuantía de la indemnización**

Así lo entiende la STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2003, Ar. 999, que considera que si bien la reclamación de daños la puede realizar el tercero perjudicado frente a la Administración contratante, ésta se ha de limitar a determinar si la reparación le corresponde al contratista o si pesa sobre ella misma. Una vez que ha declarado que la responsabilidad incumbe al contratista, la reclamación ha de realizarse por el perjudicado ante los órganos de la jurisdicción civil. A estos efectos la legislación de contratos establece que interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil el previo requerimiento a la Administración para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños.

## **E) Cesión de contrato**

### **a) No es válida la cesión del contrato sin consentimiento de la Administración**

Así lo declara la STS de 22 de septiembre de 2003, Ar. 7180, en la que se pretende que surta efectos la cesión realizada por la empresa contratista sin que la Administración la hubiera autorizado ni tuviera conocimiento de la misma.

## **6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS**

### **A) Contrato de obra pública**

#### **a) Validez del pacto expreso entre las partes en virtud del cual el devengo de intereses se producirá transcurridos los diez meses desde la expedición de las certificaciones sin haberse procedido a su pago**

Así lo entiende la STS de 25 de noviembre de 2003, Ar. 8777, en la cual se enjuicia la cláusula contractual que contiene las circunstancias determinantes del abono de los intereses de demora y conforme a la cual sólo pueden éstos reconocerse y liquidarse transcurridos diez meses después de haber emitido las certificaciones y previa intimación al pago. El Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia que declara el pliego como ley del contrato, como un poder normativo *inter partes* subordinado a las normas y principios del ordenamiento jurídico, afirma que la citada cláusula contractual no contradice ninguna norma estatal ni local reguladora de la contratación administrativa. Se basa para ello en considerar el art. 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

como derecho dispositivo, que se subordina al juego de la autonomía de la voluntad, que se debe anteponer a los preceptos no básicos de la Ley de Contratos del Estado de 1965, y a su reglamento de desarrollo.

### **b) Indemnización de daños y perjuicios al contratista por paralización de las obras imputable a la Administración al encontrarse cables de alta tensión**

Según la STS de 3 de octubre de 2003, Ar. 7797, la Administración contratante debe indemnizar los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras. La razón es que la propia Administración debió detectar la existencia de cables de alta tensión enterrados en el terreno en el que había de efectuarse la obra, bien en el momento de confeccionar el proyecto o bien al realizar el replanteo previo, o en el acta de comprobación del replanteo. No puede tratarse de un supuesto de fuerza mayor, dado que, como también se dice en la sentencia, la presencia de esta circunstancia en un terreno ubicado dentro del entramado urbano es fácilmente detectable por la Administración y no resulta imprevisible.

### **B) Contrato de suministro**

#### **a) Aplicación de la doctrina jurisprudencial con respecto al impago de las certificaciones en el contrato de obra pública**

Esto mantiene la STSJ de Galicia de 16 de abril de 2003, Ar. 1012, en la que ante los sucesivos impagos de facturas a una empresa que suministra envases de residuos clínicos a hospitales de la Administración, se declara la obligación del pago de la deuda y pago de intereses de demora por la Administración demandada.

En síntesis la doctrina que se aplica se concreta en las siguientes reglas:

“La demora en el pago constituye a la Administración en el deber de satisfacer el correspondiente interés legal. El derecho del acreedor del saldo a que además se le abonen los intereses legales por demora en el referido pago surge a partir de los tres meses de que fueran emitidas las facturas; con dicho criterio se impide que el plazo de la mora comience a contar desde la aprobación por la Administración de la certificación y se evita así que ésta pueda retrasar a voluntad el cómputo. La intimación no es presupuesto para que nazca el derecho a percibir el interés legal sino meramente un requisito para el ejercicio de tal derecho, por lo que la fecha para el cómputo no la determina la fecha de la intimación sino el transcurso de los tres meses. La cantidad sobre la que han de imponerse los intereses ha de ser una cantidad líquida, entendiéndose como tal la de la deuda cuando su concreta cuantificación dependa de una simple operación aritmética. En cuanto al *dies a quo* para el cómputo de los intereses, se fija a la fecha de interposición del recurso.”

La Sentencia no se pronuncia sobre el devengo o no del IVA por parte de los intereses reclamados, cuestión que entiendo debe ser objeto de pronunciamiento previo por parte de los tribunales económico-administrativos.

**C) Contrato de asistencia técnica****a) Anulación del pliego de cláusulas económico-administrativas y técnicas particulares**

En STS de 18 de noviembre de 2003, Ar. 8178, se anulan los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas particulares para la celebración de un contrato de asistencia técnica, concretamente la contratación de un asesor financiero para la construcción de una planta incineradora de residuos sólidos urbanos por parte de la Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos de Barcelona. El Tribunal Supremo declara que dichos pliegos no eran conformes a derecho, concretamente al Decreto 1005/1974, en el que se regulaban este tipo de contratos. En primer lugar, no se cumplía el requisito formal, de adjuntar un informe suscrito por el órgano de contratación en el que se justifique la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuente el órgano administrativo para cubrir sus necesidades que trata de satisfacer a través de este contrato. En segundo lugar, los pliegos no respetaban los límites de duración temporal ni tampoco la prohibición de revisión de precios que el citado Decreto establecía en relación con este tipo de contratos.

JULIA ORTEGA BERNARDO  
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Administración local.** A) Autonomía local. a) Urbanismo y competencias locales. b) Los Ayuntamientos pueden establecer en el planeamiento urbanístico condiciones para la instalación de antenas y contemplar exigencias y requisitos para su instalación en ordenanzas o reglamentos. c) Autonomía financiera: potestad del Ministerio de Economía y Hacienda para introducir condiciones en la autorización de operaciones de crédito en el exterior aprobadas por las entidades locales. d) Autonomía financiera: imposición de aportaciones forzosas de recursos económicos de las Diputaciones provinciales a las Administraciones autonómicas para la financiación de servicios transferidos. B) Organización municipal. Desconcentración por los Ayuntamientos en órganos jerárquicamente dependientes del ejercicio de competencias sancionadoras delegada por la Administración titular originaria de dichas competencias. C) Funcionamiento de las entidades locales. Derechos de los vecinos a la información: límites.

**1. ADMINISTRACIÓN LOCAL****A) Autonomía local. Límites****a) Urbanismo y competencias locales**

La STC 51/2004, de 13 de abril, declara inconstitucional la última frase de la Disposición Transitoria Octava del Texto Refundido de la legislación vigente en Cataluña en materia urbanística en su versión catalana. En la versión española figura que si la modificación del Plan General Metropolitano afecta a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal o a una comarca, la iniciativa corresponderá (exclusivamente) a los entes locales interesados. La versión catalana establece que la iniciativa corresponderá también a los entes locales interesados, lo que implica que también la tiene, por tanto, la Comisión de Urbanismo de Barcelona, a la que se hace referencia en la frase anterior.

El Tribunal Constitucional considera que la atribución de esa potestad a la Comisión de Urbanismo es contraria a la autonomía local constitucionalmente garantizada, pues, el precepto se refiere a modificaciones que inciden en intereses exclusivamente locales y

no supralocales. En consecuencia, la intervención de la Comisión, un órgano de la Administración autonómica, carece por completo de justificación y es incompatible con la autonomía local.

El magistrado D. Pablo García Manzano formula voto particular al que se adhieren los magistrados D. Vicente Conde de Hijas y Dña. María Emilia Casas Baamonde. Los firmantes del voto particular consideran que el precepto no se refiere a supuestos de modificaciones que sólo afecten a intereses locales, sino que sólo incidan territorialmente en un municipio, lo que no excluye que pueda tratarse de aspectos con una relevancia supralocal. Por otro lado, también entienden que el Plan General Metropolitano tiene un carácter distinto al de un Plan General Municipal. El Plan General Metropolitano ordena el ámbito metropolitano, que se caracteriza por la conexión y el sistema singular de relaciones entre los núcleos urbanos, lo que implica que habitualmente las determinaciones urbanísticas de un único municipio incidan en los restantes. Ello explica que la legislación otorgue competencias de iniciativa de las modificaciones a la Comisión de Urbanismo de forma concurrente con los municipios afectados.

#### **b) Los Ayuntamientos pueden establecer en el planeamiento urbanístico condiciones para la instalación de antenas y contemplar exigencias y requisitos para su instalación en ordenanzas o reglamentos**

La STS de 15 de diciembre de 2003, Ar. 326, viene a declarar no ha lugar el recurso de casación interpuesto contra una ordenanza municipal reguladora de la instalación de antenas de telefonía móvil.

El TS, ratificándose en otra Sentencia dictada con fecha 24 de enero del año 2000, pone de relieve que el artículo 149.1.21ª de la CE delimita las competencias estatales en materia de telecomunicaciones respecto de las Comunidades Autónomas, mientras que las competencias municipales derivan de la Ley, sin perjuicio de que la autonomía local represente una garantía institucional reconocida por la CE para “la gestión de los intereses locales” (artículos 137 y 140 CE). Añade que la existencia de un reconocimiento de la competencia en materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales. Recuerda el TS que la autonomía municipal es una garantía institucional reconocida por la Constitución para la “gestión de sus intereses” (artículos 137 y 140 de la Constitución) y hoy asumida en compromisos internacionales por el Reino de España (artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988). Por ello los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio

## VI. Organización Administrativa

público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata. El TS considera que no es posible negar a los Ayuntamientos competencias para establecer la regulación pertinente sobre estos temas en base no solamente a la protección del Patrimonio Histórico, sino a la defensa del medio ambiente urbano.

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, patrimonio histórico-artístico y protección de la salubridad pública.

### **c) Autonomía financiera: potestad del Ministerio de Economía y Hacienda para introducir condiciones en la autorización de operaciones de crédito en el exterior aprobadas por las entidades locales**

En las SSTs de 19 de enero de 2004, Ar. 243, 244 y 430, y de 20 de enero de 2004, Ar. 434, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de que el Ministerio de Economía y Hacienda introduzca condiciones en las autorizaciones de operaciones de endeudamiento a largo plazo en el exterior aprobadas por las entidades locales. En los casos que resuelven las sentencias, el Ministerio había condicionado la autorización de las operaciones de endeudamiento del Ayuntamiento de Madrid a la provisión anual de una cuantía suficiente para reconstituir el capital tomado a préstamo (el 40 por ciento del capital a rembolsar). El Tribunal de instancia había anulado la condición al considerar: 1) que el artículo 54.1 LHL sólo permite a la Administración del Estado autorizar o denegar, pero no modificar el contenido de la operación ni imponer condiciones a la autorización de la misma, y 2) que esa intromisión de la Administración vulnera la autonomía local y la capacidad de decisión sobre los métodos o formas de amortización de las cargas financieras o de su distribución presupuestaria. El Tribunal Supremo discrepa de esta argumentación y afirma que el control del Ayuntamiento por la Administración del Estado no lesiona la autonomía local, ni dentro de ella la autonomía financiera, pues el principio de autonomía no puede oponerse al de unidad, que responde a la supremacía del interés de la nación, en aquellos supuestos en el que el ejercicio de la competencia de la Entidad Local incide en intereses generales, como ocurre en el caso de la política económica del Estado. Y si la Administración del Estado puede tanto autorizar como denegar la autorización para la operación de endeudamiento, hay que entender, de acuerdo con el principio “quien puede lo más puede lo menos”, que puede también someter la autorización a condición, evitándose de esa forma la denegación. No se lesiona con ello la autonomía local, pues el Ayuntamiento puede siempre no aceptar la condición, lo que equivale a la denegación de la autorización. Ahora bien, el condicionado que se introduzca por la Administración del Estado no puede responder a su libre antojo, sino que ha de ser conforme y adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso y que se plasma en el correspondiente expediente. En los casos que se resuelven en estas sentencias, el Tribunal estima que la condición

impuesta no está justificada en atención a las circunstancias existentes, pues la situación económica del Ayuntamiento de Madrid no es de crisis, su carga financiera está muy lejos del 25 por ciento de sus ingresos corrientes y, además, varias entidades de crédito realizaron ofertas para suscribir la operación, lo que evidencia una clara confianza en la solvencia de la entidad local. Además, el Ayuntamiento había distribuido la carga en las sucesivas anualidades conforme a criterios de inversión razonables y repartidos proporcionalmente en el horizonte temporal. En consecuencia, el Tribunal Supremo considera contraria a Derecho la condición impuesta por la Administración del Estado a la autorización de crédito aprobada por el Ayuntamiento.

**d) Autonomía financiera: imposición de aportaciones forzosas de recursos económicos de las Diputaciones provinciales a las Administraciones autonómicas para la financiación de servicios transferidos**

La **STC 48/2004, de 25 de marzo**, resuelve varias cuestiones de inconstitucionalidad (3225/1995, 3226/1995, 268/1998, 3671/1998 y 3730/1998) planteadas respecto al artículo 12 de la Ley catalana 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de competencias de las Diputaciones provinciales. Todas las cuestiones de inconstitucionalidad plantean la conformidad del artículo 12 con los artículos 142 y 157 de la CE.

El artículo 12 de la controvertida ley catalana opera una transferencia plena de las competencias provinciales a favor de la Generalidad, pues se transfiere tanto la titularidad como la gestión en materia de sanidad y de servicios y asistencia social. Las dudas de constitucionalidad se centran, fundamentalmente, en el aspecto relativo al traspaso de medios económicos y, concretamente, a la previsión de una aportación económica obligatoria a la Generalidad en concepto de financiación de los servicios. Esa aportación consiste en una detracción periódica de un porcentaje de los ingresos corrientes de las Diputaciones provinciales, que se irá actualizando en cada ejercicio y que se calculará en función de los costes directos e indirectos de los servicios transferidos.

El Tribunal Constitucional considera que, efectivamente, el artículo 12 es contrario a la Constitución. Más concretamente, el Tribunal afirma que “la detracción forzosa de fondos provinciales no sólo limita directamente la plena disponibilidad de sus ingresos, mermandolos..., sino que, al imponer a las citadas corporaciones provinciales la transferencia anual de un porcentaje actualizable de sus ingresos a favor de la Comunidad Autónoma, condiciona, al mismo tiempo, indirectamente la capacidad de aquéllas de decidir libremente sobre el destino de sus recursos o ingresos”. Se trata, además, de una medida que no está comprendida ni autorizada por el bloque de constitucionalidad. Por un lado, porque “el artículo 142 CE vincula, en principio, la suficiencia de ingresos de las haciendas locales al ejercicio por los correspondientes entes locales, de funciones o competencias legalmente atribuidas”, mientras que el artículo 12 impone a las Diputaciones catalanas la obligación de financiar servicios públicos respecto de los que carecen de competencia alguna y cuya responsabilidad corresponde plenamente a la Administración autonómica. Y, por otro lado, porque ningún precepto, ni el artículo 157.1 CE, ni el artículo 4 LOFCA,

## VI. Organización Administrativa

ni el artículo 44 EAC, contemplan como recurso propio ordinario de las Comunidades Autónomas el establecimiento de porcentajes de participación en los ingresos corrientes de las Diputaciones provinciales.

El Tribunal Constitucional concluye, pues, que el artículo 12 de la Ley catalana 5/1987 vulnera la autonomía local en su vertiente económica, garantizada en el artículo 142 en relación con el artículo 137. Se dejan a salvo de la nulidad las resoluciones administrativas firmes en cuya virtud se hubieran ya efectuado transferencias de recursos de las Diputaciones provinciales a la Generalidad en aplicación del artículo 12.

A la sentencia formula voto particular la magistrado Dña. Elisa Pérez Vera, al que se adhiere la magistrado Dña. M<sup>a</sup>. Emilia Casas Baamonde. Estas dos magistrados consideran que el controvertido artículo 12 no es contrario al principio de suficiencia financiera pues la aportación prevista no constituye ni tiene que constituir un obstáculo a la financiación de las competencias ejercidas por las Diputaciones provinciales. La aportación responde, por otro lado, a una práctica habitual en los trasposos de servicios, que consiste en acompañar éstos del traspaso de los medios económicos necesarios para hacer frente a su financiación. Así lo pone de manifiesto el hecho de que la aportación no se fije de forma arbitraria, sino en función del coste efectivo de los servicios transferidos.

### **B) Organización municipal. Desconcentración por los Ayuntamientos en órganos jerárquicamente dependientes del ejercicio de competencias sancionadoras delegada por la Administración titular originaria de dichas competencias**

La STS de 17 de diciembre de 2003, Ar. 609, declara haber lugar al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona, fijando la siguiente doctrina legal: “los artículos 12.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 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”, como ocurría en el presente caso, donde el Alcalde de Barcelona había desconcentrado en los Regidores de Distrito las funciones de incoar, nombrar instructor y resolver los expedientes sancionadores por infracciones en materia de espectáculos, actividades recreativas y establecimientos públicos, competencias que correspondían a dicho Ayuntamiento en virtud de delegación hecha por el Director General de Juegos y Espectáculos y del Delegado Territorial del Gobierno de Barcelona.

### **C) Funcionamiento de las entidades locales. Derechos de los vecinos a la información: límites**

La STS de 18 de noviembre de 2003, Ar. 8822, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Sevilla frente a la STSJ de Andalucía que estimó un recurso interpuesto por la Asociación de Consumidores Sol Andalucía contra la desestimación de su petición de información dirigida al Ayuntamiento de la Rinconada.

El TS señala que procede acoger las alegaciones de la parte recurrente, debido a que, según se advierte de la redacción y del contenido del escrito de solicitud de información al Ayuntamiento, sus peticiones están realizadas, por un lado, de forma genérica, y por otro, sin indicar la causa, razón o motivo por el que se solicita la información, y por ello, al no cumplir los requisitos al respecto exigidos por el artículo 18.1.e) de la Ley 7/1985, petición razonada, ni tratarse de la petición individualizada a que se refiere el artículo 37.7 de la Ley 30/1992, no estaba el Ayuntamiento obligado a facilitar dicha información en tales términos pedida, por lo que en ese solo particular procede confirmar la resolución impugnada.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN  
EVA DESDENTADO DAROCA  
PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ  
LUIS CESTEROS DAPENA

## VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

**Sumario:**

**1. Concepto de sanción.** A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Fuentes del derecho administrativo sancionador: las lagunas se cubren acudiendo al Derecho Penal.** **3. Potestad sancionadora: no puede ejercerse a través de pactos o convenios.** **4. Principio de legalidad: reserva de ley y ordenanzas municipales.**

A) Doctrina constitucional tradicional y ordenanzas municipales sobre ruido.

B) Cambio jurisprudencial: pueden tipificar *ex novo* infracciones con la cobertura de los arts. 55 y 59 del Texto Refundido de Régimen Local, en virtud de la autonomía local.

**5. Antijuridicidad.** A) Exclusión por la creencia errónea, pero insuperable, de que cumplía una orden lícita. B) Ejercicio legítimo de un derecho. **6. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma exime de culpa. B) Extensión del deber de diligencia que se aproxima a una responsabilidad objetiva. **7. Concurrencia de sanciones frente a la prohibición de doble sanción.**

**Non bis in idem.** A) Hechos relacionados, aunque distintos. B) Vertiente procedimental: no es nula la sanción dictada tras procedimiento sancionador no paralizado por la incoación de proceso penal y antes de que éste haya concluido si termina con sobreseimiento y sin declaración de hechos probados. C) Vertiente procedimental. Matizaciones en el ámbito militar: cabe que, en primer lugar, se sancione disciplinariamente de forma inmediata y que luego se depure la posible responsabilidad penal. **8. Competencia sancionadora.**

A) No se vulnera la debida separación entre fase de instrucción y de resolución encomendadas a órganos distintos porque el que resuelva sea el mismo que el que incoa el procedimiento. B) No se puede incoar un procedimiento sancionador por una persona en la que concurren causas de abstención, aunque existan razones objetivas para iniciar el expediente. **9. Procedimiento sancionador.** A) Irregularidades procedimentales no invalidantes. B) Derecho a ser informado de la acusación: en las normas sancionadoras en blanco no basta con identificar el precepto legal que tipifica la conducta, sino que también hay que hacerlo de la norma que integra dicha conducta. C) No vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable la obligación del

A) No se vulnera la debida separación entre fase de instrucción y de resolución encomendadas a órganos distintos porque el que resuelva sea el mismo que el que incoa el procedimiento. B) No se puede incoar un procedimiento sancionador por una persona en la que concurren causas de abstención, aunque existan razones objetivas para iniciar el expediente. **9. Procedimiento sancionador.** A) Irregularidades procedimentales no invalidantes. B) Derecho a ser informado de la acusación: en las normas sancionadoras en blanco no basta con identificar el precepto legal que tipifica la conducta, sino que también hay que hacerlo de la norma que integra dicha conducta. C) No vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable la obligación del

juez de suministrar a los órganos inspectores los informes solicitados sobre el estado de tramitación de determinados procedimientos, aunque como resultado de la información suministrada se le imponga luego sanción disciplinaria. D) El derecho a que el procedimiento disciplinario militar se tramite en un tiempo razonable debe ser reconocido al encartado dentro de las garantías que, con las correspondientes matizaciones, son exigibles en aplicación del art. 24 CE. E) Las garantías de imparcialidad e independencia de los órganos judiciales no son predicables de los órganos administrativos sancionadores, en concreto, del instructor. F) No existe derecho del imputado a ser informado de sus derechos constitucionales en la información reservada previa a la iniciación de un procedimiento disciplinario militar. No obstante, dicho testimonio precisa para adquirir fuerza probatoria de su ratificación ante el instructor del expediente. G) No existe derecho del imputado a intervenir en las actuaciones previas a la formulación del pliego de cargos en los expedientes disciplinarios militares. H) Legitimación del denunciante para impugnar el archivo de sus denuncias. **10. Prueba y presunción de inocencia.** A) El derecho constitucional a la prueba no es absoluto ni incondicionado, sino sólo el derecho a que se admita y practique la que sea posible, pertinente, necesaria, no reiterativa y relevante, calificada o decisiva en términos de defensa. B) El respeto del derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la imposición de la sanción se fundamente en prueba incriminadora, aunque sea mínima, válidamente obtenida, esto es, respetando las garantías fundamentales, formalmente practicada y razonablemente valorada. C) Carga de la prueba de la culpabilidad. D) La Administración tiene la carga de probar los elementos que se toman en cuenta en la determinación de la sanción. E) Carga de la prueba de las causas que extinguen la responsabilidad sancionadora: el imputado tiene la obligación de probar el día inicial (*dies a quo*) del plazo de prescripción de la infracción. F) Modulación de la carga de la prueba por el principio de facilidad o disponibilidad probatoria. G) Valor probatorio de las actas inspectoras. H) Valor probatorio o no de las actuaciones previas: el instructor no puede rechazar que se reiteren en el procedimiento sancionador ciertas pruebas testificales que se realizaron en las actuaciones preliminares sin presencia del imputado y que constituyen el fundamento probatorio de la infracción. I) Principio *in dubio pro reo*. J) La posibilidad de solicitar prueba en el proceso judicial hace que las irregularidades de este trámite en el procedimiento administrativo

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

puedan no generar indefensión. **11. Caducidad del procedimiento sancionador. No existe en los procedimientos disciplinarios. Extensión jurisprudencial de esta regla.**

**12. Resolución sancionadora.** A) Su motivación es un derecho constitucional del imputado que, ex art. 24.1 CE, no puede sufrir, en ningún caso, indefensión. B) Su motivación puede satisfacerse con lo razonado en la propuesta de resolución. **13. Extensión de la**

**sanción.** A) La determinación de la sanción como un proceso reglado. B) La necesidad de motivación de la determinación de la sanción. C) A falta de circunstancias modificativas, corresponde la imposición de la sanción mínima. D) A falta de circunstancias modificativas, corresponde la imposición de la sanción en su grado medio. **14. Extinción**

**de la responsabilidad. Prescripción.** A) Su naturaleza. B) Efectos. C) Cómputo cuando el procedimiento sancionador es suspendido por la incoación de un proceso penal por los mismos hechos o es iniciado después de sentencia penal de absolución o sobreseimiento.

**15. Control contencioso-administrativo.** A) Sustitución de la infracción imputada que se entiende inexistente por la correcta. B) Sustitución de la sanción impuesta por la Administración por otra distinta prevista para ese tipo de infracciones. C) Control judicial de la proporcionalidad en la determinación de la sanción. Práctica inexistencia en el ámbito disciplinario militar. D) Se anula la sanción impuesta por persona que debió abstenerse y se retrotraen las actuaciones al momento en que debió hacerlo.

### 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

#### A) Actos que constituyen sanción

– Las llamadas “cuotas de legalización” impuestas por algunos Ayuntamientos para la legalización de urbanizaciones: STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2003, Ar. 732.

– El recargo del 100 por ciento establecido en la normativa tributaria en caso de presentación fuera de plazo de los documentos exigidos para la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones. La STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2002, Ar. 1186, recoge la jurisprudencia constitucional con arreglo a la que, con carácter general, un recargo “no tiene verdadero sentido sancionatorio porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo, que es lo característico en las sanciones”, ahora bien, en cuanto “la cuantía del recargo alcanzase o se aproximase a la cuantía de las sanciones, podría concluirse que se trataba de una sanción”, que es lo que aprecia que ocurre en el caso de autos.

Más sorprendente es la **STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2002**, Ar. 1192 de 2003, que parte del carácter sancionador del recargo del 15 por ciento previsto para el supuesto de ingreso extemporáneo del IRPF sin requerimiento de la Administración, cuando –recordemos– el TC mantuvo la naturaleza no sancionadora de un recargo por el mismo supuesto, pero incluso superior (del 25 por ciento). Posiblemente pesaran más las circunstancias concretas del caso –donde se probó que el retraso del contribuyente se debió a la actuación de otro organismo público–.

## **B) Actos que no constituyen sanción**

– La revocación de autorizaciones o habilitaciones por incumplimiento de los requisitos establecidos.

1º. La retirada del reconocimiento a una organización de productores dentro de una Organización Común de Mercado (OCM), por no tener capacidad para controlar la producción de aceitunas y de aceite de sus miembros. Eso parece deducirse de la **STJCE de 8 de mayo de 2003**, asunto C-349/97, Reino de España c. Comisión. Esta retirada tiene como consecuencia su exclusión del sistema de ayuda a la producción del aceite de oliva. Sin embargo, debe advertirse que existe una línea jurisprudencial en nuestros tribunales que sostiene el carácter sancionador de esta medida, especialmente, sobre la base de que la normativa española, a diferencia de la comunitaria, añade que dicha retirada será por un período “de una a cinco campañas”, con lo que parece apreciarse el elemento afflictivo o represivo propio de las sanciones.

2º. La revocación de la licencia de piloto fundada en razones de seguridad aérea. En las **SSTS de 26 de septiembre, 3 y 19 de octubre de 2003**, Sección Tercera, Ar. 8102, 7269 y 7384, respectivamente, se resuelven diversos recursos contra la norma reglamentaria que prevé esta posibilidad. En la última de las citadas, la Sala entiende que “si las licencias de piloto se conceden pues en atención principal, aunque no única, a preservar la seguridad aérea, resulta razonable y justificado que la Administración cuando existan razones que ponen en peligro esa seguridad, debidamente acreditadas y motivadas, pueda limitar, suspender o, si es necesario, revocar las licencias concedidas, ya que se produce un supuesto de incumplimiento de una de las condiciones esenciales que motivaron su concesión”. Y reiterando jurisprudencia constitucional concluye: “no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionatoria, sino de simple aplicación del ordenamiento por parte de la Administración competente”.

– Las “cláusulas penales” o sanciones contractuales previstas en los contratos administrativos. Reiterando jurisprudencia anterior, la **STSJ del País Vasco de 10 de marzo de 2003**, Ar. 721 de 2004, mantiene que “no siempre, sin embargo, las denominadas sanciones contractuales tienen la naturaleza de sanciones en sentido estricto. Solamente tienen esta naturaleza cuando la sanción impuesta comporta la privación de bienes jurídicos que rebasan el ámbito contractual, por ejemplo, prohibición de contratar en lo sucesivo con las Administraciones Públicas. (...) Por el contrario, cuando la conducta sancionadora se

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, sino ante el ejercicio del privilegio de interpretación, o, el de decisión ejecutiva, en un aspecto específico, del contrato”.

– La declaración de caducidad de un aprovechamiento hidráulico (STS de 29 de septiembre de 2003, Sección Quinta, Ar. 7529).

– La resolución administrativa por la que se acuerda la pérdida de la condición de funcionario a un determinado sujeto, que había sido sancionado penalmente con la pena de inhabilitación absoluta. Se trata del mero cumplimiento del fallo de la sentencia (STS de 22 de septiembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 7878).

### 2. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: LAS LAGUNAS SE CUBREN ACUDIENDO AL DERECHO PENAL

La STS de 6 de octubre de 2003, Sección Tercera, Ar. 7218, sostiene que “la ausencia de una normativa equivalente a la denominada parte general del Derecho penal no debe ser interpretada (...) como un apoderamiento a la Administración para la aplicación arbitraria de sus facultades sancionadoras, pues tratándose de una laguna que debe cubrirse con las técnicas propias del derecho penal ordinario, resulta obligado seguir los mismos principios en una y otra esfera; por lo tanto, deben aplicarse en la graduación de las sanciones criterios similares a los del derecho penal”. No es que el Tribunal afirme, como suele ser habitual, que los principios del Derecho Penal son también aplicables, aunque con matices, al Derecho Administrativo Sancionador; sino que, ante un laguna en este último, ésta se cubre acudiendo a las técnicas propias del Derecho penal.

### 3. POTESTAD SANCIONADORA: NO PUEDE EJERCERSE A TRAVÉS DE PACTOS O CONVENIOS

Así lo expresa la STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2003, Ar. 732, frente a la inclusión en un Convenio Urbanístico de una cláusula en la que se establecían multas por infracciones urbanísticas conforme a un baremo.

### 4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y ORDENANZAS MUNICIPALES

#### A) Doctrina constitucional tradicional y ordenanzas municipales sobre ruido

En el período analizado nos encontramos con dos sentencias del TC que se han enfrentado a sendas Ordenanzas municipales tipificadoras de conductas en materia de ruido. Ambas parten de la jurisprudencia tradicional sobre las exigencias del principio de reserva de Ley en el ámbito de las Ordenanzas municipales. Sin embargo, en la primera de ellas (STC 16/2004), el Tribunal parece forzar los argumentos jurídicos para encontrar al final un

respaldo legal; mientras que en la segunda (STC 25/2004), el pretendido respaldo legal se rechaza. Comentémoslas:

1. Un alcalde impone una multa por la comisión de una infracción administrativa (la emisión de niveles de ruido que superen en 10 o más decibelios los límites permitidos) tipificada en la Ordenanza Municipal sobre protección contra la contaminación acústica del Ayuntamiento de Gijón de 1992. Se interpone recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora. Resuelve esta cuestión, la **STC 16/2004, de 23 de febrero**, Sala Primera (ponente: M. Jiménez de Parga y Cabrera). El TC comienza recordando su doctrina sobre la reserva de Ley en el Derecho Administrativo Sancionador y sus exigencias en el ámbito de las ordenanzas municipales:

– La “esfera material básica (comprendida por la predeterminación de la infracción, de la sanción y de la correspondencia entre ambas) necesariamente reservada al poder legislativo (a la Ley) en el ámbito sancionador se flexibiliza considerablemente, sin embargo, cuando nos encontramos en presencia de normas reglamentarias aprobadas por el Pleno de las corporaciones locales dentro de su campo competencial. Ahora bien, esta flexibilización no permite la existencia de reglamentos municipales independientes en materia sancionadora, pues (...) no hay correspondencia entra la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza municipal puede o debe ser castigada”.

– “Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas (...), en primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento pueda establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la Ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos.”

Sin embargo –continúa la sentencia–, la aplicación del principio de reserva de Ley en materia sancionatoria encuentra, en general y no en referencia específica a las ordenanzas municipales, dos importantes excepciones:

– Los reglamentos preconstitucionales tipificadores de infracciones y sanciones, donde no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva.

– Los reglamentos posconstitucionales que se limiten a reproducir reglamentos preconstitucionales sin innovar el sistema de infracciones y sanciones establecido antes de la

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

Constitución. La sentencia equipara a este supuesto, al menos, en sus consecuencias, el de una norma reglamentaria posconstitucional que “se limita, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material”. Añade la sentencia que no cabe hablar en estos casos de innovación sino que “se trata más bien de una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas”. Esto es lo que ha ocurrido, según el TC, en el presente caso, donde la cobertura legal de la infracción prevista en la ordenanza municipal “viene dada por la Ley de protección del ambiente atmosférico de 1972”.

Si esta interpretación extensiva que se hace de esta segunda excepción ya es discutible (así lo destaca el voto particular), los razonamientos que utiliza el Tribunal para encuadrar en ella el supuesto enjuiciado lo son más aun: que la Ordenanza municipal utiliza constantemente expresiones tomadas de la Ley de 1972; que aunque el ruido no se menciona expresamente en esta Ley como forma de contaminación atmosférica, la amplitud de la noción de contaminación que utiliza —que incluye cualquier “forma de energía”— permite incluir el ruido; que el art. 12 de la Ley de 1972 que establece que “las infracciones a lo dispuesto en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollan, serán sancionadas conforme se expresa en los apartados siguientes” (donde lo que se establece es un reducido cuadro de sanciones posibles) da cobertura al tipo —pues ofrece unos criterios de antijuridicidad mínimos— y a la sanción previstos en la ordenanza.

Finalmente, quizás para compensar esta cierta debilidad argumental, la sentencia destaca la importancia de la protección contra la contaminación acústica para ciertos derechos fundamentales (integridad física y moral, intimidad personal y familiar e inviolabilidad del domicilio).

En nuestra opinión, esta sentencia trata de fundamentar forzada y artificiosamente la legalidad de la ordenanza municipal con el fin de permitir que tipifique infracciones. Y ello, quizá influenciada por los nuevos artículos 139 a 141 LRBRL, introducidos por la Ley de Modernización del Gobierno Local, que prevén *ex novo* la posibilidad de que las ordenanzas municipales, dentro de ciertos límites, tipifiquen infracciones y sanciones.

Formulan conjuntamente un voto particular los magistrados García Manzano, Casas Baamonde y Delgado Barrio. Niegan que la doctrina constitucional sobre esa segunda excepción a la aplicación del principio de reserva de ley de la que ya hemos dado cuenta sea aplicable al supuesto concreto, mantienen que se vulneró el principio de legalidad, pues los artículos invocados de la Ley de 1972 “sólo tipifican sanciones pero no contienen realmente una tipificación de infracciones y ni siquiera establecen unos criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales el Ayuntamiento (...) pudiese establecer válidamente un cuadro de infracciones en materia de contaminación acústica”. Además, añaden que la Ley de 1972 no comprendía el ruido en su ámbito de regulación —citan la Exposición de Motivos de la Ley del Ruido de 2003 donde se afirma esto—, por lo que calificar el ruido como “forma de energía” constituye “una interpretación extensiva, propia del razonamiento analógico *in malam partem* constitucionalmente vedado a la exégesis y aplicación de las normas sancionadoras”.

2. En la **STC 25/2004, de 26 de febrero**, Sala Segunda, los hechos eran prácticamente los mismos, pero la ley donde se argumentaba que se apoyaba la ordenanza municipal era la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. La Sala anula la sanción, pues entiende que las infracciones de una ordenanza cuya finalidad es la protección del medio ambiente contra las perturbaciones por ruido no pueden incardinarse en el régimen sancionador de una ley cuyo objeto es la seguridad ciudadana.

**B) Cambio jurisprudencial: pueden tipificar *ex novo* infracciones con la cobertura de los artículos 55 y 59 del Texto Refundido de Régimen Local, en virtud de la autonomía local**

La sentencia de instancia había anulado los preceptos sancionadores incluidos en una ordenanza municipal reguladora de la ocupación de las vías públicas con contenedores, por carecer de la indispensable cobertura legal y es que “una Ordenanza municipal no puede ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador”. No está de acuerdo, sin embargo, la **STS de 29 de septiembre de 2003**, Sección Cuarta, Ar. 6487, que acoge la alegación del Ayuntamiento recurrente según la cual la evolución y tendencia de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo conducen a relajar las exigencias del principio de reserva de Ley en supuestos en que como el presente se trata del ámbito de actuación de las entidades municipales en las que se involucra la autonomía local garantizada por la CE. Así, de acuerdo con los arts. 137 y 140 de la CE y 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local “debemos declarar que mediante Ordenanza Local, en cumplimiento de los preceptos generales de los arts. 55 y 59 del texto refundido de régimen local, se pueden tipificar válidamente las infracciones y sanciones, que han de ser de carácter pecuniario, cuando ello sea una garantía indispensable para su cumplimiento, siempre que al hacerlo no se contravengan las leyes vigentes, y únicamente en los casos en que no se haya promulgado Ley estatal o autonómica sobre la materia, y en los que los Ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo, tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación, y respetando los principios de proporcionalidad y audiencia del interesado, así como ponderando la gravedad del ilícito y teniendo en cuenta las características del ente local”.

“Ello es lo que sucede en el caso que se estudia, pues en las fechas de autos no se había dictado la ley estatal sobre Residuos (...) ni tampoco ley de la Comunidad Autónoma, la regulación de los artículos 15 y 16 de la Ordenanza (...) no contravienen la legislación anterior, y las materias de que se trata, es decir, la policía urbana y la utilización y el uso de la vía pública, son de exclusiva competencia municipal (...). De llegarse a la solución contraria estaríamos ante una potestad reglamentaria de los Ayuntamientos para aprobar Ordenanzas evidentemente mermada o disminuida, ya que carecería de la garantía que supone la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de la Ordenanza misma, y estimamos que tal disminución o merma de la potestad reglamentaria municipal es contraria a la autonomía local consagrada constitucionalmente”. “Por lo demás (...), los miembros de la Corporación Local que aprobaron la Ordenanza han sido elegidos democráticamente (...). Se da por tanto una situación análoga a la aprobación de una Ley por los parlamentarios elegidos por la población del Estado o de una Comunidad Autónoma”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

En definitiva, la sentencia, separándose claramente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, parece reducir a su mínima expresión el principio de reserva de Ley en el ámbito sancionador local. Admite, con ciertos límites (en materias municipales de carácter nuclear, si no se ha promulgado una ley sobre la materia, respetando el principio de legalidad en su vertiente negativa, sólo sanciones pecuniarias...), que las ordenanzas municipales puedan ser la fuente originaria del Derecho sancionador. Y ello sobre la base del principio constitucional de autonomía local, de la base legal que ofrecen los arts. 55 y 59 del Texto Refundido de Régimen Local —que casi parece una excusa, especialmente en lo relativo a las infracciones, para salvar formalmente el principio de reserva de Ley— y de la legitimación democrática directa del Pleno —que es el órgano que aprueba la Ordenanza—.

### 5. ANTIJURIDICIDAD

#### A) Exclusión por la creencia errónea, pero insuperable, de que cumplía una orden lícita

Un guardia civil es sancionado disciplinariamente por “abuso de atribuciones”. Alega en su defensa que al recabar información sobre el hospedaje de dos personas en un complejo turístico actuaba en cumplimiento de una orden de su superior y que órdenes como aquélla se suceden a diario, pues son múltiples las ocasiones en que ha de acudir a un complejo turístico para identificar a un individuo. Según la **STS de 24 de mayo de 2003**, Sala de lo Militar, Ar. 6379, “estas circunstancias conducen a considerar creíble la versión del demandante” de “que estaba actuando conforme a derecho al cumplirla, ya que (además) no era manifiestamente contraria a la Constitución o las leyes, ni constitutiva de delito”. “Ninguna razón, concluye el Tribunal, hizo suponer a éste (el recurrente) que la acción era antijurídica”, al existir “un error de prohibición” que el demandante no pudo evitar, pues “resulta razonable, que ni siquiera pensara en la posibilidad de que la investigación (que realizó) fuera ilícita”.

#### B) Ejercicio legítimo de un derecho

El derecho a no declarar contra uno mismo no ampara la negativa de un Juez a facilitar cierta información en el seno de unas actuaciones de inspección sobre su trabajo y, por tanto, puede ser sancionado por tal actitud (**STS de 24 de febrero de 2003**, Sección Séptima, Ar. 5999).

### 6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

#### A) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma exime de culpa

Siguen siendo numerosos los supuestos de admisión de este planteamiento en el ámbito tributario. Por ejemplo, la **STS de 17 de septiembre de 2003**, Sección Segunda, Ar. 7604; la **STS de 24 de septiembre de 2003**, Sección Segunda, Ar. 7581, donde, tras destacar el cumplimiento de todos los deberes fiscales, se concluye que la discrepancia deriva de una

diferente interpretación en cuanto al momento del devengo del IVA en las ejecuciones de obra, que según la sentencia “sigue siendo, hoy día, un tema de actualidad (...) como lo demuestran sentencias contradictorias que sitúan el devengo del Impuesto tanto en el momento de la emisión de las certificaciones como en el del cobro anticipado de las mismas”; y la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de enero de 2003**, Ar. 1246 de 2004, en un supuesto en el que se trataba de discernir el régimen aplicable a la deducción de las cuotas de IVA soportadas antes del inicio de la actividad empresarial, donde se destaca que el régimen regulado en el año 1992 había sido modificado en 1996 y 1997, y declarado parcialmente contrario al Derecho comunitario por el TJCE en el año 2000.

### **B) Extensión del deber de diligencia que se aproxima a una responsabilidad objetiva**

La muy estricta diligencia que se le exige al empresario en hacer que sus trabajadores cumplan las prescripciones legales sobre prevención de riesgos laborales lleva a la jurisprudencia a razonamientos muy próximos a la responsabilidad objetiva –si el accidente ha ocurrido es que el empresario no ha hecho todo lo que podía hacer–, aunque formalmente ésta se rechaza. Un ejemplo de esta tendencia puede encontrarse en la **STSJ de Andalucía (Sevilla), de 2 de abril de 2003**, Ar. 934 de 2004. Habían fallecido tres trabajadores a consecuencia de un accidente producido por el inadecuado añadido de un voladizo a un andamio autoelevable, habiendo sido los propios trabajadores quienes lo instalaron y haciéndolo durante el período de descanso del encargado de la obra. Afirma la sentencia que “al no existir la adecuada vigilancia del cumplimiento de las instrucciones que hubieran impedido la imprudencia de los trabajadores, existe culpabilidad en la conducta [del empresario]”. Más evidente parece esta culpabilidad en la **STSJ de Murcia, de 31 de julio de 2003**, Ar. 940, en otro supuesto de fallecimiento de un trabajador al ser atravesado por un tubo de carbono, pues para su traslado no se disponía de las necesarias medidas complementarias de seguridad.

## **7. CONCURRENCIA DE SANCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN. NON BIS IN IDEM**

### **A) Hechos relacionados, aunque distintos**

Una almazara había sido sancionada pecuniariamente por la no acreditación de los datos que permitieran comprobar la procedencia del aceite, para ver si daba lugar a ayudas; y, al mismo tiempo, se le había retirado la autorización para intervenir en el régimen de ayudas al consumo de aceite de oliva por irregularidades contables. La **STS de 18 de marzo de 2003**, Ar. 3329, no afirma expresamente que esto último sea una sanción administrativa, pero razona como si lo fuera. Sobre esa base, afirma que “no se produce la infracción del principio citado (*non bis in idem*), puesto que la sanción se impone por no haber podido presentar a la autoridad competente los datos que permitan comprobar si el aceite de que se trata da lugar a ayudas, mientras que el expediente de denegación de autorización se funda en el incumplimiento de las obligaciones formales de llevanza de contabilidad (...)”

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

Se trata, en consecuencia, de dos aspectos de la actividad de la empresa relacionados entre sí (puesto que la falta de datos del aceite cuestionado hubiera podido solucionarse en el caso de que la contabilidad hubiera sido llevada correctamente), pero que se contemplan desde las perspectivas diferentes que imponen los bienes jurídicamente protegidos en cada caso (la regularidad de las ayudas concedidas, en uno, y la transparencia contable de las empresas integradas en el régimen de ayudas, en el otro)”.

### **B) Vertiente procedimental: no es nula la sanción dictada tras procedimiento sancionador no paralizado por la incoación de proceso penal y antes de que éste haya concluido si termina con sobreseimiento y sin declaración de hechos probados**

Lo afirman las SSTS de 6 de octubre de 2003, Sección Tercera, Ars. 7218 y 7272. Se trataba de un procedimiento sancionador en materia del mercado de valores, sobre hechos que habían originado, a su vez, la incoación de diligencias penales. A pesar de este último dato, el procedimiento administrativo no se paralizó y se dictó la resolución sancionadora con anterioridad a la existencia de un pronunciamiento judicial. Ante la alegación de la sociedad sancionada de vulneración del *non bis in idem*, la sentencia analiza si del respeto a tal principio se deduce no sólo la prohibición de la doble sanción penal y administrativa, sino también “la necesidad de que el procedimiento administrativo sancionador se paralice, cuando los hechos sean objeto de un proceso penal, hasta que por la autoridad judicial se resuelva lo procedente”.

En general, la respuesta debe ser positiva, lo que se razona indicando que “el principio de preferencia del orden jurisdiccional penal se basa en la necesidad de fijar con los poderes y medios del proceso penal, y dentro de este proceso, todo lo que condiciona las responsabilidades criminales que en el devenir de la investigación penal se vayan desvelando. La Ley quiere evitar que fuera del proceso penal puedan producirse actuaciones administrativas susceptibles de interferir o dificultar la finalidad del proceso penal”. Ahora bien, dado que en el caso enjuiciado se puso fin a la vía penal a través de un auto de sobreseimiento que ordenaba el archivo de las actuaciones sin indicación de qué hechos quedaban probados, razona la sentencia, en primer lugar, que “una nulidad del acto impugnado [la sanción] con retroacción de actuaciones en espera de la sentencia penal carecería de sentido”. Pero es que, además, en segundo lugar y a la vista de que la resolución dictada en el expediente debía tener en cuenta los hechos contenidos en el pronunciamiento penal, al haber acordado el auto el archivo de las actuaciones sin que se mencionen qué hechos se declaraban probados, “desaparece cualquier tipo de vinculación”.

### **C) Vertiente procedimental. Matizaciones en el ámbito militar: cabe que, en primer lugar, se sancione disciplinariamente de forma inmediata y que luego se depure la posible responsabilidad penal**

La STS de 10 de octubre de 2003, Sala de lo militar, Ar. 7385, explica que “el ejercicio de la potestad disciplinaria ejercida con carácter inmediato para el restablecimiento de la disciplina mediante la imposición de una falta leve no puede impedir que, una vez examinado el alcance de los hechos acaecidos, se produzca y surta plenos efectos la apli-

cación de las normas punitivas que, en su caso, sancionen los mimos, cuando tengan encaje en alguno de los tipos penales establecidos, toda vez que, (...) debe tenerse muy en cuenta la necesidad, en el seno de las relaciones de sujeción de los miembros de Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, de que se adopten de manera inmediata medidas que tiendan a restablecer la disciplina sin que la imposición de una sanción para la obtención de esos fines estrictamente disciplinarios conlleve que no pueda y deba posteriormente, cuando se haga una valoración más profunda de la conducta sancionada en dicho ámbito, llevar la misma a la vía penal”.

## 8. COMPETENCIA SANCIONADORA

### **A) No se vulnera la debida separación entre fase de instrucción y de resolución encomendadas a órganos distintos porque el que resuelva sea el mismo que el que incoa el procedimiento**

Y ello es debido, según la STS de 15 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6523, a que “la fase instructora se inició precisamente tras esa orden (de incoación), y en nada afecta a esa separación que el propio” órgano iniciador dictase luego, como es preceptivo, la resolución con la que se debía poner fin al procedimiento, “ni ello afecta a su imparcialidad, puesto que la anterior intervención en el momento de la incoación incidía sobre un aspecto completamente distinto y ajeno a los que componen el juicio de culpabilidad, por lo que en el sistema administrativo sancionador (...), ninguna duda razonable puede acogerse sobre esa separación e imparcialidad basada en la doble intervención (del órgano sancionador que además es el que inicia el procedimiento que luego él mismo resolverá) que alega el recurrente”.

### **B) No se puede incoar un procedimiento sancionador por una persona en la que concurren causas de abstención, aunque existan razones objetivas para iniciar el expediente**

Así lo sostiene la STSJ de Cantabria de 3 de junio de 2003, Ar. 764 de 2004.

## 9. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

### **A) Irregularidades procedimentales no invalidantes**

1. La falta de calificación de un comportamiento como constitutivo de infracción leve, grave o muy grave. Tal es la conclusión de la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2003, Ar. 733, que, tras comprobar que la conducta infractora estaba expresamente tipificada y que “como quiera que dicha clasificación de la infracción sólo afectaría a su plazo de prescripción y ésta no ha sido alegada por el recurrente (...) dicha omisión carece de efectos anulatorios”, toda vez que “conforme al art. 63, apartado segundo [de la Ley 30/1992] el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

de los interesados”. En cualquier caso, resulta un tanto extraño que se omita cualquier referencia a las consecuencias de esta clasificación a la hora de la determinación de la sanción.

2. No abrir un nuevo trámite de audiencia tras la reanudación de un expediente sancionador, suspendido en tanto se dictase resolución judicial, si con anterioridad al acuerdo de suspensión ya se había permitido hacer las alegaciones que la parte tuviera por convenientes (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de abril de 2003, Ar. 934 de 2004).

3. Un mero error de transcripción cometido por la Administración al consignar en la resolución el precepto que contiene el tipo infractor y corregido *motu proprio* en el recurso contencioso-administrativo que no es ni siquiera aducido por el sancionado (STC 25/2004, de 26 de febrero, Sala Segunda, recurso de amparo).

### **B) Derecho a ser informado de la acusación: en las normas sancionadoras en blanco no basta con identificar el precepto legal que tipifica la conducta, sino que también hay que hacerlo de la norma que integra dicha conducta**

Así se deriva de la STSJ de Madrid de 25 de marzo de 2003, Ar. 923 de 2004. En concreto, se habían identificado ciertos preceptos legales y reglamentarios que tipificaban la conducta de carecer de la documentación establecida obligatoriamente para la garantía de los consumidores, pero se había omitido cualquier referencia al Decreto autonómico que regulaba la obligación de disponer de Hojas de Reclamaciones. “La cuestión, señala el Tribunal, se deriva más que a la atipicidad de la conducta a la infracción del derecho de defensa”, ya que al interesado “no se le permitió combatir, ni los hechos, proponiendo prueba para desvirtuarlos ni la calificación efectuada por la administración y esta falta de concreción de la norma infringida ha de suponer la anulación de la resolución”.

### **C) No vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable la obligación del juez de suministrar a los órganos inspectores los informes solicitados sobre el estado de tramitación de determinados procedimientos, aunque como resultado de la información suministrada se le imponga luego sanción disciplinaria**

Un magistrado es sancionado disciplinariamente por desatención reiterada a las peticiones de informes solicitados relativas al estado de tramitación de varios procedimientos seguidos en dicho órgano judicial. Aduce el magistrado que se han lesionado sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable pues “la desatención a los sucesivos requerimientos (...) para que informase (...) no puede ser constitutivo de la infracción (...), ya que la obligación de dar las noticias pedidas, mediante la emisión de una declaración que podía exteriorizar un contenido inculpatario, bajo la constricción o compulsión que supone poder incurrir en una infracción disciplinaria, conculca los derechos constitucionales antes señalados”. No está de acuerdo, sin embargo, la STS de 24 de febrero de 2003, Sección Séptima, Ar. 5999, pues “una cosa es que las personas a quienes se atribuye la comisión de una infracción disciplinaria tengan derecho a no declarar contra sí mismos (...) y otra muy distinta es que los titulares de los Juzgados deben

suministrar a los órganos competentes (...) los datos necesarios para que puedan ejercer sus funciones de inspección ordinaria y vigilancia del funcionamiento de los distintos órganos jurisdiccionales (...). De prosperar el criterio del recurso, el ejercicio de estas funciones resultaría imposible”.

**D) El derecho a que el procedimiento disciplinario militar se tramite en un tiempo razonable debe ser reconocido al encartado dentro de las garantías que, con las correspondientes matizaciones, son exigibles en aplicación del artículo 24 CE**

Frente a la línea jurisprudencial existente fuera del ámbito disciplinario militar, la STS de 15 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6523, afirma este derecho a que el procedimiento se tramite en un tiempo razonable, “aunque el conjunto de garantías previstas constitucionalmente para los procesos judiciales no son trasladables en su totalidad al ámbito administrativo sancionador”. En el supuesto enjuiciado, alega el recurrente la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, refiriendo esta denuncia al expediente gubernativo cuya duración fue, “ciertamente” según la sentencia, excesiva, “pues se extendió (...) dos años y cinco meses”. No obstante, aclara el Tribunal, que “el concepto jurídico indeterminado de lo que se han llamado “dilaciones indebidas” en el proceso se construye no a partir del mero incumplimiento de los plazos procedimentales, sino mediante la aplicación a cada caso concreto de determinados factores de varia índole, como la complejidad de asunto (...), los medios disponibles, la conducta de los órganos administrativos, el interés que en el proceso arriesga el actor y su propia conducta procedimental”. Y son esos criterios los que permiten concluir a la Sala que no se está ante un supuesto de anormal funcionamiento de la Administración.

**E) Las garantías de imparcialidad e independencia de los órganos judiciales no son predicables de los órganos administrativos sancionadores, en concreto, del instructor**

Lo afirma, una vez más, la STS de 15 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6523.

**F) No existe derecho del imputado a ser informado de sus derechos constitucionales en la información reservada previa a la iniciación de un procedimiento disciplinario militar. No obstante, dicho testimonio precisa para adquirir fuerza probatoria de su ratificación ante el instructor del expediente**

Alega un guardia civil sancionado que “en el seno de la información reservada que se instruyó antes de incoarse el Expediente Gubernativo no se advirtió al encartado de sus derechos constitucionales, entendiéndose que (con ello) se infringió el principio acusatorio”. No está de acuerdo la STS de 15 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6523, pues “la información reservada es un procedimiento de carácter administrativo, que no tiene naturaleza sancionadora ni se dirige contra una persona determinada, (...) para el esclarecimiento de los hechos antes de acordar la incoación de un procedimiento sancionador,

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

con el fin de determinar si esos hechos pueden tener la trascendencia disciplinaria que justifique la iniciación del correspondiente expediente. En estas condiciones, mal puede hablarse de infracción de esa información del principio acusatorio. No obstante, es claro que si la información reservada se constituye en fundamento de una imputación por las manifestaciones en ella vertidas por quien luego resulta imputado, cabe que se susciten cuestiones relativas a la indefensión en que puede verse sumida la parte a la que no se le advirtió de sus derechos al recibírsele esa declaración, (...) debiendo en este punto ponerse de relieve (...) que lo manifestado en una información de esa clase carece de valor verificador de los hechos si no es ratificado ante el Instructor del expediente disciplinario”.

### **G) No existe derecho del imputado a intervenir en las actuaciones previas a la formulación del pliego de cargos en los expedientes disciplinarios militares**

La STS de 31 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 7872, reitera jurisprudencia constitucional conforme a la que “la no intervención del encartado en las diligencias iniciales de la instrucción de un expediente disciplinario no vulnera la garantía de contradicción (...), porque en esa fase todavía no estaba concretada la imputación y porque, tras verificarse esa concreción, esto es, después de formulado el pliego de cargos, tiene el encartado la posibilidad de ratificar esas declaraciones y contradecirlas (STC 14/1999), lo que deja a salvo plenamente el derecho de defensa”. Igualmente, la STS de 10 de junio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6513.

### **H) Legitimación del denunciante para impugnar el archivo de sus denuncias**

Son numerosas las sentencias analizadas en este período que se enfrentan a esta cuestión y la mayoría de ellas admite esta legitimación. Así, en la la STS de 16 de julio de 2003, Sección Cuarta, Ar. 6165 —en el caso de autos se había denunciado ciertas irregularidades en la colegiación de un óptico— afirma que “debe apreciarse que, además de un interés genérico en la defensa de la legalidad respecto a la colegiación que no basta para que los actores ante el Tribunal a quo estuvieran legitimados, sin duda la cuestión incide en la competencia entre profesionales”. Así, “los actores son ópticos con ejercicio en la misma ciudad donde actúa el profesional sobre cuya colegiación se debate, y tienen abiertos en ella establecimientos dedicados a la misma actividad. Existe, por tanto, un interés profesional que es base suficiente, contra lo que declara la Sentencia impugnada, para entender que los actores estaban legitimados”. Todavía más generosa es la SAN de 17 de septiembre de 2003, Ar. 900 de 2004, que admite la legitimación de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) para impugnar un Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia por el que se archivaba una denuncia suya contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por actuaciones contrarias a la competencia, por el solo hecho de que entre los fines de la Asociación, recogidos en sus estatutos, figure “la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios prestados por: a) las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito”.

En el ámbito disciplinario de Jueces y Magistrados, diversas sentencias entran a conocer del recurso contra la decisión de archivo de la Comisión Disciplinaria del Consejo

General del Poder Judicial de las diligencias abiertas por denuncia, sin mencionar nada relativo a la legitimación. En la STS de 20 de octubre de 2003, Sección Séptima, Ar. 7623, porque quizás lo que se pedía no era una sanción sino que el expediente se suspendiera hasta tanto judicialmente se resolviera una cuestión que podría tener trascendencia a la hora de clarificar los hechos denunciados “y así evitar nuevas dilaciones en el futuro”. En las SSTs de 13 y 27 de octubre de 2003, Sección Séptima, Ar. 7913 y 7853, respectivamente, porque quizás fuera evidente que se trataba de cuestiones jurisdiccionales y no disciplinarias. En todas ellas el fallo es contrario a las pretensiones. Por el contrario, en la STS de 13 de octubre de 2003, Sección Séptima, Ar. 7911, no se admite por falta de legitimación el recurso interpuesto contra la misma decisión de archivo, aunque sutilmente se deja sentada también la correcta actuación del juez denunciado.

## 10. PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**A) El derecho constitucional a la prueba no es absoluto ni incondicionado, sino sólo el derecho a que se admita y practique la que sea posible, pertinente, necesaria, no reiterativa y relevante, cualificada o decisiva en términos de defensa**

Así lo reconocen las SSTs de 24 de febrero, Sección Séptima, Ar. 5999, y de 6 de octubre de 2003 (dos) Sección Tercera, Ar. 7218 y 7272, y de 6 de junio y 4 de julio de 2003, Sala de lo militar, Ar. 6511 y 6520.

**B) El respeto del derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la imposición de la sanción se fundamente en prueba incriminadora, aunque sea mínima, válidamente obtenida, esto es, respetando las garantías fundamentales, formalmente practicada y razonablemente valorada**

Tales exigencias se desprenden de las SSTs de 6 de junio, 4 y 15 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6511, 6521 y 6523.

**C) Carga de la prueba de la culpabilidad**

Se mantienen dos líneas jurisprudenciales diferenciadas, en función de que sitúen esta carga en la Administración o en el propio imputado:

1. Recae sobre la Administración: así lo afirma expresamente la STSJ de Extremadura de 11 de junio de 2003, Ar. 1203 de 2004. Sin embargo, de la sentencia, lo que se deduce más bien es que una vez que el imputado aporta un principio de prueba de la ausencia de culpabilidad, la Administración debe replicarlo con detalle. A nuestro juicio, en ocasiones, esto quizás exija una actividad probatoria adicional por parte de la Administración, en otras, tal vez de una mera cuestión de motivación. En el supuesto de autos, ante una sanción tributaria por la declaración de datos inexactos, el imputado alega y aporta prueba documental de una avería informática que –según él– borró la información contable del

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

ordenador. A partir de ahí, el Tribunal reprocha a la Administración el niquiera haberse pronunciado específicamente sobre esta alegación y, por tanto, el no haber probado la culpabilidad.

2. Pesa sobre el imputado la carga de probar la inimputabilidad que alega. Afirma la **STS de 27 de mayo de 2003**, Sala de lo Militar, Ar. 6380, en cuanto a la invocada ausencia de imputabilidad en la persona del guardia civil sancionado que “no puede afirmarse que la parte demandante haya llegado a acreditar la inimputabilidad que alega (carecer de facultades de inteligencia y voluntad derivada del trastorno depresivo y estado de ansiedad que padece), ni siquiera como eximente incompleta de responsabilidad. Es doctrina reiterada de la Sala que las circunstancias eximentes han de hallarse tan probadas como los hechos mismos y fluir naturalmente del relato probatorio; doctrina que aplicada al caso obsta la apreciación de la ausencia de culpabilidad del encartado”. En la misma línea, la **STS de 27 de octubre de 2003**, Sala de lo Militar, Ar. 7947.

### **D) La Administración tiene la carga de probar los elementos que se toman en cuenta en la determinación de la sanción**

Una aplicación de esta idea, la encontramos en la **STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2003**, Ar. 733. En un supuesto donde la legislación incluye el beneficio económico obtenido como uno de los elementos que se deben tener en cuenta a la hora de fijar la sanción, la Sala precisa que para su aplicación debe constar en el expediente sancionador dictamen o informe en el que se expliciten los criterios técnicos capaces de llevar al cálculo de dicho beneficio, no siendo suficiente con una valoración “estimativa”. Lo contrario, razona la sentencia, impediría el control jurisdiccional de tales criterios, mermando el derecho de defensa del particular sancionado.

### **E) Carga de la prueba de las causas que extinguen la responsabilidad sancionadora: el imputado tiene la obligación de probar el día inicial (*dies a quo*) del plazo de prescripción de la infracción**

Se discutía sobre la prescripción de la infracción que supuso la ejecución, sin licencia, de una obra en 1986, de la que el Ayuntamiento no tuvo conocimiento hasta 1991. Frente a la ausencia de pruebas por parte del administrado que pudieran dar como cierta la fecha alegada de 1986, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 de julio de 2003**, Ar. 885 de 2004, declara que “la carga de la prueba no la soporta la Administración municipal sino quien voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras (...) y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del día inicial en el plazo que se examina”. Por lo que “no constando la fecha en que se ejecutaron y concluyeron las obras ni constando por tanto la fecha de comisión de la infracción aquélla habrá de referirse al momento en que la autoridad municipal tuvo conocimiento de la comisión de la infracción”.

### **F) Modulación de la carga de la prueba por el principio de facilidad o disponibilidad probatoria**

La promotora de un polígono industrial es sancionada por incumplir las condiciones impuestas en la autorización administrativa de vertidos en el dominio público hidráulico.

co. Los hechos ocurrieron en el 1995, pero la promotora alega que no ostenta desde el año 1988 elemento inmobiliario alguno en el polígono, pero no acredita este extremo. La Administración prueba que era titular de una autorización de vertidos –y el Tribunal aprecia que no consta que haya sido revocada o anulada– y que la notificación del Canon de Vertido correspondiente al año 1994 se entregó en las oficinas de tal promotora en el polígono. Sobre esta base, la **STS de 4 de noviembre de 2003**, Sección Quinta, Ar. 8022, concluye que “acreditados unos hechos que señalan como responsable de una concreta infracción administrativa a una persona determinada, por cobijarse o comprenderse en ellos todos y cada uno de los elementos requeridos tanto por el tipo infractor como por el título de imputación, no se vulnera el principio de presunción de inocencia, en su vertiente de distribución de la carga de la prueba (...), si se pone a cargo del imputado la de acreditar unos hechos o circunstancias que a su juicio deban también valorarse al decidir sobre tal procedimiento, si esos hechos o circunstancias, como aquí ocurre, son de tal naturaleza que es el imputado, y no la Administración, quien posee una plena disponibilidad de los medios de prueba”.

### **G) Valor probatorio de las actas inspectoras**

1. De las actas de la Inspección de trabajo: doctrina divergente.

Insiste la **STSJ de Andalucía (Granada) de 30 de diciembre de 2002**, Ar. 770 de 2004, en la presunción de certeza de las actas levantadas en el ejercicio de sus funciones por los Inspectores de Trabajo y los funcionarios del Cuerpo de Controladores laborales, limitándola, eso sí, a los hechos o datos objetivos consignados y observados directamente por éstos, no gozando de la misma las conclusiones o valoraciones personales que tales actas puedan contener. En la misma línea, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 abril de 2003**, Ar. 934 de 2004, explica que la presunción de certeza de estas actas de inspección “desplaza (...) la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección”. En términos muy parecidos, aunque con graves contradicciones, se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2002**, Ar. 997 de 2004. Sin embargo, la postura que matiza y modera el valor probatorio de las actas inspectoras se refleja en la **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2003**, Ar. 836, que restringe el valor de las actas de inspección al de una prueba más aportada al procedimiento. La “presunción que deriva de las actas de inspección” se circunscribe, entonces, simplemente, a “la consideración de [la] existencia de un medio probatorio válido en derecho, que ni es indiscutible ni es excluyente de otros medios de prueba, ni preferente en su valoración”.

2. Del parte del superior que observa la infracción disciplinaria.

En una posición más respetuosa del derecho a la presunción de inocencia, explican las **SSTS de 4 de julio de 2003**, Sala de lo Militar, Ar. 6520 y 6521, que “el parte del superior que percibe la infracción no es una mera denuncia ni la manifestación plasmada por quien lo suscribe, sino que su contenido produce efectos de prueba de cargo válida para

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

enervar la presunción de inocencia, pero, lógicamente, salvo los casos en que quede desvirtuado por otros elementos probatorios”, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado.

### **H) Valor probatorio o no de las actuaciones previas: el instructor no puede rechazar que se reiteren en el procedimiento sancionador ciertas pruebas testificales que se realizaron en las actuaciones preliminares sin presencia del imputado y que constituyen el fundamento probatorio de la infracción**

Se produciría una verdadera indefensión material. Así lo afirma la STS de 31 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 7872. Parece que esta jurisprudencia es el contrapeso necesario y lógico de aquella otra, de la que hemos dado cuenta más atrás, que afirma que no existe derecho del imputado a intervenir en estas actuaciones previas.

### **I) Principio *in dubio pro reo***

Entiende correctos la STS de 17 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6524, los argumentos de la sentencia de instancia que anuló la sanción impuesta a un guardia civil pues las dos declaraciones contradictorias obrantes en el expediente (la del propio imputado y la de su superior jerárquico) “le merecieron igual credibilidad y de ahí que no llegara a ninguna convicción (...) precisa (...) más allá de toda duda razonable”. Así, “ante la falta de otros elementos probatorios que [le llevaran] a inclinarse definitivamente por la veracidad de una u otra de ambas versiones contradictorias, el Tribunal de instancia resolvió la cuestión aplicando el principio *in dubio pro reo*”.

### **J) La posibilidad de solicitar prueba en el proceso judicial hace que las irregularidades de este trámite en el procedimiento administrativo puedan no generar indefensión**

La STS de 4 de julio de 2003, Sala de lo militar, Ar. 6520, rechaza la alegación de indefensión, porque “el sancionado ha tenido luego la oportunidad de proponer en (...) sede jurisdiccional la prueba testifical (inicialmente) denegada y se ha abstenido de efectuarlo, evidenciando con su falta de actividad probatoria (en vía judicial) el desinterés en la práctica de aquella testifical a la que atribuye la decisiva importancia que dice para la defensa de su derecho”. En la misma línea, las SSTS de 6 de octubre de 2003 (dos), Sección Tercera, Ar. 7218 y 7272, insisten en que no basta que la inadmisión de la prueba sea irracional o arbitraria, sino que además ha debido generar una “efectiva indefensión”, “de tal forma que si se abre la posibilidad de reiterar en vía judicial ordinaria la prueba que fue propuesta y rechazada, la indefensión desaparece y la infracción sólo tiene el alcance de una irregularidad”. Igualmente, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de abril de 2003, Ar. 934 de 2004.

## **11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. NO EXISTE EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS. EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE ESTA REGLA**

Lo reiteran, respecto de los procedimientos disciplinarios militares, las SSTS de 27 de mayo, 3 de junio y 15 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6380, 6510 y 6523: “el

efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión de un Expediente es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, debiéndose entender ello como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda”.

Si la no existencia de esta caducidad puede encontrar un cierto respaldo legal en la Disposición Adicional Octava de la LAP, debe tenerse en cuenta que ésta sólo se refiere a los procedimientos disciplinarios respecto del personal al servicio de las Administraciones públicas y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual. Por ello, consideramos claramente desacertada la extensión que de esta regla hacen las SSTS de 6 de octubre de 2003, Sección Tercera, Ar. 7218 y 7272, respecto a unos procedimientos sancionadores en el ámbito del mercado de valores, a los que califica como “disciplinarios”. No sólo no encontramos base legal para esta extensión, sino que consideramos claramente desafortunada su calificación como “disciplinario”, posiblemente fundamentada en su erróneo encuadre en las denominadas relaciones de sujeción especial. Más lejos van aún dos SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 31 de julio de 2003, Ar. 901 y 902 de 2004, que aplican también esta regla de la no caducidad a procedimientos sancionadores en materia de tráfico.

## 12. RESOLUCIÓN SANCIONADORA

**A) Su motivación es un derecho constitucional del imputado que, ex artículo 24.1 CE, no puede sufrir, en ningún caso, indefensión**

Así lo afirma la STS de 7 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6486, que añade que esto “no contradice en absoluto nuestra doctrina de que la tutela judicial efectiva no pueda aplicarse al procedimiento disciplinario sancionador”.

**B) Su motivación puede satisfacerse con lo razonado en la propuesta de resolución**

Así lo admite la STSJ de Navarra de 6 de junio de 2003, Ar. 804 de 2004.

## 13. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN

**A) La determinación de la sanción como un proceso reglado**

Defienden este carácter reglado la STS de 25 de septiembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 7199; la STS de 6 de octubre de 2003, Sección Tercera, Ar. 7218, y la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2003, Ar. 816 de 2004.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### B) La necesidad de motivación de la determinación de la sanción

Sobre la base de ese carácter reglado, de los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y prohibición de la arbitrariedad, la STS de 25 de septiembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 7199, añade que “cuando para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más grave o elevada de la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada mediante la consignación de las específicas razones y circunstancias en que se funda la superior malicia o desidia que se tienen en cuenta para elegir ese mayor castigo”. Más aun, la motivación tiene que ser “adecuada”, esto es, que permita “al sancionado el conocimiento de las razones concretas por las que en su caso particular la medida (en concreto, se refiere a la sanción adicional de suspensión de la autorización administrativa para conducir) se ha adoptado ‘librándolo de tener que asumir como suficientes menciones estereotipadas y puramente genéricas, que nada dicen en realidad, y que son regla en los expedientes sancionadores de tráfico’” (STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2003, Ar. 816 de 2004).

### C) A falta de circunstancias modificativas, corresponde la imposición de la sanción mínima

Esto es lo que se deduce de la STS de 25 de septiembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 7199.

### D) A falta de circunstancias modificativas, corresponde la imposición de la sanción en su grado medio

Así lo sostiene la STS de 6 de octubre de 2003, Sección Tercera, Ar. 7218.

## 14. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. PRESCRIPCIÓN

### A) Su naturaleza

“Representa una autolimitación del Estado en la persecución de las faltas disciplinarias en virtud de la cual el transcurso del tiempo desapodera a la autoridad con potestad sancionadora para ejercerla imponiendo el correspondiente correctivo” (STS de 7 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6486).

### B) Efectos

Una Administración, aun reconociendo que una infracción estaba prescrita, impuso una sanción de 0 pesetas y –posiblemente lo determinante– la demolición de las obras realizadas en dominio público y zona de servidumbre. La STS de 15 de octubre de 2003, Sección Quinta, Ar. 7753, anula la sanción impuesta –aunque fuera de 0 pesetas, pues la infracción había prescrito– y también “en cuanto medida meramente complementaria de la infracción” la orden de demolición.

**C) Cómputo cuando el procedimiento sancionador es suspendido por la incoación de un proceso penal por los mismos hechos o es iniciado después de sentencia penal de absolución o sobreseimiento**

Aclara la STS de 7 de julio de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 6486, que “iniciado un expediente disciplinario su interrupción en virtud de la instrucción de un procedimiento penal por los mismos hechos hasta que recaiga resolución definitiva en dicho proceso penal, produce, a los efectos prescriptivos de la falta que se persigue en el expediente disciplinario, la sola consecuencia de que el tiempo de suspensión del procedimiento disciplinario no se tiene en cuenta para el cómputo del plazo de prescripción de la falta”. “Cuando un expediente disciplinario se inicia porque el Tribunal penal militar que conocía de los hechos entendió que no constituían delito y al absolver o sobreseer remite a la Autoridad disciplinaria los testimonios de particulares pertinentes por si dichos hechos pudieran estimarse como falta de esa naturaleza, la prescripción de dicha falta empieza a correr desde la firmeza de la sentencia o auto correspondiente, bien entendido que sólo en el caso de que desde la fecha de los hechos hasta el inicial ejercicio del *ius puniendi* del Estado en la vía penal no pueda considerarse prescrita la falta (disciplinaria) por el íntegro trascurso del plazo de prescripción”.

**15. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****A) Sustitución de la infracción imputada que se entiende inexistente por la correcta**

Tras anular una sanción que fue incorrectamente impuesta al subsumir los hechos en un tipo equivocado, la STSJ de Andalucía (Granada) de 21 de julio de 2003, Ar. 958 de 2004, califica adecuadamente la conducta e impone la sanción acorde a dicha infracción que estima correcta. Debe darse cuenta de la división jurisprudencial existente sobre la posibilidad o no de que en fase de control jurisdiccional de la sanción, el juez pueda fallar en el sentido descrito [vid., por ejemplo, JA núm. 21, VII.14.C)]. En cualquier caso, también debe recordarse que el TC ha rechazado esta posibilidad en la STC 161/2003 [JA núm. 22, VII.11.A)].

**B) Sustitución de la sanción impuesta por la Administración por otra distinta prevista para ese tipo de infracciones**

La STS de 25 de septiembre de 2003, Sección Séptima, Ar. 7199, admite con naturalidad que la sentencia de instancia hubiera sustituido la sanción de separación del servicio impuesta a un funcionario por la comisión de una falta muy grave por la de suspensión de funciones por tiempo de tres años y un mes, que es la mínima para ese tipo de infracciones.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### **C) Control judicial de la proporcionalidad en la determinación de la sanción. Práctica inexistencia en el ámbito disciplinario militar**

La STS de 6 de octubre de 2003, Sala de lo Militar, Ar. 7722, sostiene, en una línea donde parece insinuarse la no posibilidad de un control jurisdiccional a este respecto –por tanto, distinta a la sostenida con carácter general–, que “la proporcionalidad (...) como expresión de la adecuada relación entre la infracción cometida y la sanción correspondiente, queda debidamente satisfecha cuando la autoridad investida de la potestad disciplinaria elige la que estima más adecuada entre aquellas que el legislador ha establecido en su previsión normativa”.

### **D) Se anula la sanción impuesta por persona que debió abstenerse y se retrotraen las actuaciones al momento en que debió hacerlo**

Así lo hace la STSJ de Cantabria de 3 de junio de 2003, Ar. 764 de 2004.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR  
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO  
MANUEL REBOLLO PUIG  
ANTONIO BUENO ARMIJO



**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial.**

A) La privación de un acceso directo a una carretera nacional no es un supuesto expropiatorio, ni en él concurre el elemento de la antijuridicidad requerido para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración. **3. Procedimiento expropiatorio.**

A) Revocación del acuerdo expropiatorio: naturaleza, régimen jurídico, presupuestos y control judicial. **4. Determinación del justiprecio.** A) La obtención por expropiación de un sistema general no previsto en el Plan debe valorarse como suelo no urbanizable.

B) La consideración de expectativas urbanísticas no es procedente cuando el justiprecio ha sido hallado conforme a su valor real en aplicación del art. 43 de la LEF. C) Fecha a la que ha de referirse la valoración del justiprecio: evolución jurisprudencial. **5. Garantías sustanciales.** A) Derecho de reversión: procedencia de ejercitar el derecho por alguno de los coherederos en beneficio de todos.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Por segunda vez consecutiva, debemos iniciar estas consideraciones dejando constancia de la escasez de pronunciamientos en materia expropiatoria que se han producido en el período analizado, que se corresponde con el último trimestre de 2003. Apenas superan la veintena, número sensiblemente inferior a lo que viene siendo habitual en esta sede, donde no es extraño que las sentencias analizadas alcancen cifras cercanas al centenar. Sólo un par de pronunciamientos merecen ser destacados preliminarmente. El primero es la sentencia que se analiza en relación al procedimiento expropiatorio, en la que se describen los presupuestos y la naturaleza de la potestad administrativa de revocar el acuerdo de necesidad de expropiación, así como las posibilidades de rebatir judicialmente un desistimiento tal desde la perspectiva del control de las potestades discrecionales. En segundo lugar, también es de interés la sentencia que se comenta en relación al momento en que debe entenderse referida la valoración del justiprecio; cuestión peliaguda que ha dado lugar a una jurisprudencia titubeante que queda detalladamente expuesta en el citado pronunciamiento.

## 2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

### A) La privación de un acceso directo a una carretera nacional no es un supuesto expropiatorio, ni en él concurre el elemento de la antijuridicidad requerido para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración

En números anteriores de esta Revista (núms. 1, 4, 10, 12, y 14) hemos analizado la gran variedad de supuestos en los que la jurisprudencia viene afirmando el carácter dogmático unitario que, desde un punto de vista finalista, tiene la garantía patrimonial pública frente a las lesiones de bienes o derechos, ya provenga el daño de una actuación mutiladora o ablatoria basada en un título expropiatorio, ya de una actuación lesiva de índole puramente material. Ello pone de manifiesto que, aunque el instituto expropiatorio y la responsabilidad extracontractual de la Administración sean instituciones jurídicas diferentes en su motivación, encauzamiento procedimental y régimen, se asemejan en su efecto práctico, pues ambas participan de la misma finalidad de resarcir un patrimonio mermado por causa imputable a la Administración.

La STS de 30 de octubre de 2003, Ar. 7971, ofrece un buen ejemplo de lo dicho al conocer la infructuosa reclamación planteada por el propietario colindante de una carretera nacional que entendía que la privación del acceso directo a su finca como consecuencia de las obras realizadas en la mencionada carretera ocasionaba un demérito indemnizable, al igual que un daño futuro —pero cierto, a juicio del reclamante— derivado del cambio de las condiciones del desagüe natural y escorrentía de aguas que anteriormente tenía la finca, que, a su juicio, la inhabilita para su explotación continuada a causa de los embalsamientos que se producirían. Tras afirmar que no nos encontramos ante un supuesto de expropiación de derechos, el Tribunal Supremo desestima la pretensión del recurrente afirmando que, en relación a:

“la cuestión relativa a los perjuicios inferidos al negocio del recurrente como consecuencia de la expropiación, esta Sala (...) ha fijado la doctrina jurisprudencial en la materia en el sentido de que en supuestos como el que nos ocupa, en los que la pretensión indemnizatoria se basa en los hipotéticos perjuicios derivados de la supresión de un acceso directo (...) no sólo se está más ante un supuesto de petición indemnizatoria por responsabilidad extracontractual de la Administración que ante un supuesto de fijación de justiprecio como consecuencia de perjuicios derivados de un expediente expropiatorio, sino que en tales supuestos tampoco se dan los requisitos exigidos [para que surja el deber de indemnizar], porque la responsabilidad objetiva que éstos establecen aparece fundada en el concepto técnico de lesión, entendido como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tenga el deber de soportarlo, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar. En este caso, el recurrente en vía contenciosa no sólo carecía del derecho a que la carretera transcurriera por el mismo sitio y el acceso a la carretera tuviera la misma configuración, no habiéndose acreditado que fuese titular de autorización o concesión de ningún tipo ni que la nueva vía de servicio hubiera podi-

## VIII. Expropiación Forzosa

do tener un trazado más adecuado para el cumplimiento de su finalidad de acceso a las instalaciones del recurrente, sino que por el contrario la Ley de Carreteras establece que las propiedades colindantes no tendrán acceso a las nuevas carreteras, a las variantes de población y de trazado ni a los nuevos tramos de calzada de interés general del Estado salvo que sean calzadas de servicio, lo que implica no ya la inexistencia de derecho alguno a que el acceso al establecimiento del demandante conservase la misma configuración, sino que supone que éste está obligado (...) a tener acceso a su establecimiento a través de una vía de servicio sin que en el procedimiento que nos ocupa se haya acreditado que aquélla pudiera haberse efectuado de forma más idónea a tal fin, razones todas ellas que nos han de conducir a desestimar su pretensión”.

En cuanto al supuesto deber de indemnizar el daño derivado de la pérdida de uso agrícola, que el recurrente calificaba como cierto y seguro, es igualmente rechazado por el Tribunal Supremo en virtud de lo probado ante el Tribunal *a quo*, donde se demostró que en los muchos años transcurridos entre la obra de la carretera que motivó la reclamación y la resolución del recurso no habían acaecido los sucesos temidos, al tiempo que se constató que la finca no se destinaba al cultivo.

### 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

#### A) Revocación del acuerdo expropiatorio: régimen jurídico, presupuestos y control judicial

Sobre la posibilidad de revocación de la expropiación y desistimiento administrativo de la misma, la jurisprudencia tiene declarada su procedencia cuando la Administración expropiante aprecia que ha desaparecido la necesidad de ocupación o, en su caso, la utilidad pública o el interés social que justificaban la expropiación. Es más, puede decirse que cuando se dan las citadas circunstancias y no se han generado derechos para el expropiado, la revocación viene impuesta por los principios de eficiencia y buena administración y por el dato positivo que proporciona el propio art. 33.3 de la CE, que sólo admite la privación de la titularidad de los bienes y derechos por razones de utilidad pública o interés social, de forma que si estos requisitos desaparecen antes de que se consume la expropiación y nazca un derecho para el particular, el continuar adelante con aquélla no resultaría conforme a dicha exigencia constitucional.

Desde el punto de vista de la teoría general, el aspecto más importante de la revocación de un acto consiste en precisar sus límites, que vienen dados por la clase de acto de que se trate. Los actos declarativos de derechos que reconocen una situación de ventaja para sus destinatarios son, en principio, irrevocables, como corolario del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y del principio de seguridad jurídica, de modo que las posibilidades de revisar un acto favorable pasan por la indemnización del perjuicio causado (arts. 102 a 104 de la LRJPAC). Por el contrario, la revocación de los actos restrictivos de derechos, como la expropiación, no tiene más límites que el interés general y el principio de igualdad ante las cargas públicas, como implícitamente se desprende del art. 105 de la LRJPAC. Siguiendo esta lógica, que se sustenta en la –algo artificial– distinción entre actos favorables y desfavorables, la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que

la revocación del acuerdo de necesidad de ocupación no tiene que someterse al régimen de revisión de los actos declarativos de derechos.

Puede parecer, por tanto, que si la revocación de la expropiación forzosa favorece al afectado se puede acordar libremente por la Administración expropiante sin que quepa oposición del interesado. Pero ello no es así. El desistimiento es revisable jurisdiccionalmente si se prueba la existencia de una norma expresa que lo impide o se acredita desviación de poder o la infracción de cualquiera de los elementos reglados para el ejercicio de la potestad discrecional, que —como todas las que tienen este carácter— está sometida al principio de legalidad y al control judicial.

En el caso que analiza la **STS de 16 de octubre de 2003**, Ar. 8238, el Tribunal Supremo resuelve en casación el recurso interpuesto contra un Acuerdo del Ayuntamiento de Oviedo por el que la Corporación desistía de la expropiación de un determinado bien de interés cultural. El caso se centra en la suficiencia o insuficiencia de la justificación jurídica del referido acuerdo de desistimiento, que la sentencia analiza desde la perspectiva de la concurrencia o no de desviación de poder. Debe indicarse, preliminarmente, que el Ayuntamiento actuante fundamentó escuetamente su desistimiento argumentando la “confusión competencial existente hasta la fecha en materia de patrimonio cultural”. Junto a ello debe tenerse en cuenta que la aludida competencia que cuestiona el Ayuntamiento en vía contenciosa no fue puesta en tela de juicio por la Corporación a la hora de acordar la expropiación. Por estas razones, la sentencia que se comenta concluye que la revocación producida se trata de un supuesto de desviación de poder, habida cuenta que:

“la fundamentación jurídica en que pretende el Ayuntamiento de Oviedo basar su decisión de desistir de la expropiación carece de base suficiente por cuanto, por una parte, nada se razona en el acuerdo recurrido, y por otra (...), vemos que más que dudar de la competencia lo que hace el Ayuntamiento de Oviedo es afirmar que ‘no parece claro en el expediente la causa justificativa de la expropiación’ en relación con los terrenos del entorno a los edificios objeto de expropiación, es decir, cuestiona la concurrencia de la *causa expropriandi*, que es algo distinto de la competencia, pero olvida que la *causa expropriandi* está en la declaración de Conjunto Histórico de Olloniego efectuada por Decreto de la Presidencia del Principado de Asturias 54/1991, siendo el Principado quien autoriza al Ayuntamiento para llevar a cabo la expropiación conforme al art. 37.3 de la Ley de Patrimonio Histórico y por tanto no sólo de los bienes afectados por la declaración sino también de los que dificulten o perturben su contemplación.

En nada han variado, ni siquiera se alega, las razones que justifican la declaración de bien de interés cultural con categoría de Conjunto Histórico de la Capilla, Palacio, Torre de Muñiz y Puente Viejo de Olloniego y su entorno. Nada ha variado en cuanto a las circunstancias que constituyeron en su día la *causa expropriandi* y las dudas competenciales que le surgen al Ayuntamiento de Oviedo una vez se produce el acuerdo del Jurado de Expropiación fijando el justiprecio en modo alguno, ni siquiera se atreve a sostenerlo el Ayuntamiento en cuestión, pueden justificar una nulidad del procedimiento.

## VIII. Expropiación Forzosa

Lo hasta aquí dicho hace que esta Sala deba llegar a la conclusión de que no puede estimarse que haya desaparecido la *causa expropriandi* que justificó el acuerdo expropiatorio ni la necesidad de ocupación de los terrenos afectados, la argumentación municipal más parece un intento de eludir el pago de un justiprecio, que puede parecer excesivo, que una razón jurídicamente fundada en la preservación de interés público y el bien común; por tanto estamos ante el supuesto del artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, aplicable por razón de fechas, por lo que el motivo debe ser estimado y el acto administrativo recurrido anulado”.

### 4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

#### **A) La obtención por expropiación de un sistema general no previsto en el Plan debe valorarse como suelo no urbanizable**

Como hemos destacado en alguna ocasión (véanse, por ejemplo, los núms. 7, 10 y 11 de esta Revista), el Tribunal Supremo viene declarando la procedencia de valorar el suelo donacional destinado a sistemas locales o generales que se obtengan por expropiación como si de suelo urbanizable se tratase, con independencia de que su calificación en el planeamiento urbanístico sea la de no urbanizable, pues de lo contrario no podría satisfacerse la obligación de equidistribuir las cargas y deberes derivados del planeamiento.

No obstante, como recuerdan las **SSTS de 7 y 20 de octubre de 2003**, Ar. 8230 y 8587, respectivamente, la aplicación de este criterio está condicionada a que la ejecución urbanística de los terrenos afectados se encuentre contemplada en el Plan. De no ser así procederá su valoración como suelo rústico, o no urbanizable, en el contexto de una expropiación ordinaria y no urbanística, ya que en estos casos los sistemas no se expropián para la ejecución del planeamiento sino para un proyecto concreto que se mantiene al margen de los mecanismos compensatorios y distributivos del Plan.

#### **B) La consideración de expectativas urbanísticas no es procedente cuando el justiprecio ha sido hallado conforme a su valor real en aplicación del artículo 43 de la LEF**

La arriba citada **STS de 20 de octubre de 2003**, analiza una expropiación de terrenos para la ejecución de una ampliación del Aeropuerto de Barajas. La no inclusión de este sistema en el Plan General de ordenación determinó –como hemos visto– el carácter no urbanístico de la expropiación y, en consecuencia, que su valoración partiese de su consideración rústica. No obstante, en el caso contemplado el valor de los terrenos se había obtenido en aplicación del criterio de libertad estimativa del art. 43 de la LEF que, como es sabido, persigue acercar el justiprecio al valor real o de mercado.

En aplicación de este método valorativo, la pretensión jurisdiccional de los recurrentes es incrementar el valor fijado por el Jurado con las expectativas urbanísticas, atendiendo a la jurisprudencia que ha reconocido esta posibilidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de dicho criterio jurisprudencial en este caso, pues al haberse fijado

el valor de los terrenos conforme al art. 43 de la LEF, las expectativas urbanísticas estaban incluidas en el cálculo del valor real, para cuya obtención el Jurado:

“no realizó una valoración del terreno en función de su estricto valor inicial, pues entendió que su valor no se reduce al rústico o agrícola en la estricta acepción del término, sino que en él se dan algunas circunstancias influyentes en su valoración, especialmente las edificaciones asentadas en el eje de la carretera, la situación en el entorno del Aeropuerto y la proximidad a diferentes núcleos urbanos, por lo que aprecia que se trata de terrenos con usos, situación y, sobre todo, destino, muy específicos; circunstancias que son presentes, no futuribles, y que influyen en los valores de mercado (...). Lo anterior (...), acredita que el Jurado ya consideró las expectativas de todo orden del terreno, aplicando en realidad los criterios estimativos del art. 43 de la LEF”.

### **C) Fecha a la que ha de referirse la valoración del justiprecio: evolución jurisprudencial**

La STS de 5 de diciembre de 2003, Ar. 177 de 2004, se enfrenta al espinoso problema de la determinación de la fecha a la que debe referirse la valoración del justiprecio. Como destacábamos en la consideración preliminar, el mayor valor de este pronunciamiento es el repaso sistemático que hace de la evolución jurisprudencial al respecto, que ha ido precisando al hilo de una variada casuística cual es momento exacto de “iniciación del expediente de justiprecio”, *dies a quo* de la valoración al que se refiere el art. 36 de la LEF. Esta cuestión, que a simple vista parece de fácil resolución, ha planteado una gran dificultad hermenéutica enormemente incrementada por el tenor del art. 28 del REF, según el cual “el expediente de justiprecio a que se refiere el capítulo III de la ley se entenderá iniciado, a todos los efectos legales, el día siguiente a aquel en que haya adquirido firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de la ocupación, con independencia de la fecha en que la Administración expropiante extienda la correspondiente diligencia de apertura. En consecuencia, a continuación de la misma, se fijarán por la Administración la fecha legal de iniciación del expediente, a la que deberán referirse todas las tasaciones de los bienes o derechos expropiados, con arreglo a lo ordenado por el párrafo 1º del art. 36 de la ley”.

Como consecuencia de la confusa dicción del precepto transcrito se ha producido una jurisprudencia contradictoria en la que existen sentencias que fijan como fecha a la que referir la valoración de los bienes la del inicio del expediente de justiprecio, mientras que otras la refieren a la fecha del acuerdo de declaración de la necesidad de ocupación. Frente a las sentencias que optan por considerar como momento de inicio del expediente a efectos de la valoración de los bienes la fecha del día siguiente a aquel en que deviene firme el acuerdo de necesidad de la ocupación, prevalece la tesis que afirma que la discrepancia entre el art. 36 de la LEF y el 28 de su Reglamento hay que resolverla –en elemental aplicación del principio de jerarquía normativa– a favor del primero, de modo que las tasaciones habrán de hacerse con arreglo al valor que tuvieran los bienes o derechos al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, con independencia y en detrimento del momento en que adquiera firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de ocupación. Así, por ejemplo, la reciente STS de 14 de febrero de 2003, Ar. 3076, afirmaba que:

## VIII. Expropiación Forzosa

“según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, el tiempo de iniciación del expediente de justiprecio, determinante de la fecha a la que hay que referir el valor de los bienes a tasar, conforme al art. 36.1 de la LEF, tiene lugar a partir del momento en que se notifica al expropiado el acuerdo de iniciación de las gestiones para llegar a un mutuo acuerdo o cuando el expropiado recibe el oficio de la Administración interesándole que formule hoja de aprecio”.

Sin embargo, esta solución tampoco está exenta de problemas si no se dilucida cuál de esos dos momentos, el del inicio de las negociaciones para alcanzar el mutuo acuerdo entre las partes, o aquel en que se requiera al expropiado para formular su hoja de aprecio, es el que ha de tomarse como fecha de iniciación del expediente de justiprecio. La importancia de decidir esta cuestión es tan evidente, como expresa la sentencia que aquí se comenta, que:

“optar por una u otra solución o postura, condiciona el valor de los bienes expropiados, puesto que en función de que se considere uno u otro momento como el de inicio del expediente de justiprecio, se modifican los criterios de valoración aplicables. Pues bien, si ambas soluciones son conformes con la jurisprudencia de esta Sala, es preciso que, en cada caso, y en atención al modo en que se haya producido la actuación concreta de la Administración expropiante y del beneficiario de la expropiación en relación con el expediente de que se trate, el Tribunal resuelva en qué momento entiende iniciado el expediente de justiprecio para fijar el instante al que debe referirse la valoración de los bienes expropiados”.

En el caso analizado, la sentencia de instancia entendió que había de estarse al momento en que a la expropiada le fue notificado el expediente expropiatorio, argumentando que es a partir de ese momento cuando surge la posibilidad de alcanzar un consenso entre las partes sobre el justo precio. Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, no es posible compartir la posición del Tribunal *a quo* en virtud de lo que resulta del expediente administrativo, pues, aunque efectivamente las partes pueden alcanzar un acuerdo para determinar el justo precio de los bienes (y esta solución amigable es la que el art. 24 de la LEF favorece en primer término), el art. 27.1 del REF dispone que “transcurridos quince días sin resolver acerca de la adquisición por mutuo acuerdo, se iniciará el expediente ordinario a que se refieren los artículos siguientes. A tal fin, los beneficiarios de la expropiación propondrán al gobernador civil de la provincia o autoridad competente, en su caso, la iniciación del expediente de justiprecio, remitiéndole las actuaciones a que se refiere el párrafo 1º, art. 29”. Y de ello se deduce que el beneficiario de la expropiación, transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el art. 24 de la Ley, y de acuerdo con lo que también dispone el art. 27.1 del Reglamento, deberá proponer la iniciación del expediente de justiprecio y para ello pondrá en marcha la pieza separada de justiprecio a que se refiere el art. 26 de la Ley que “se iniciará con un extracto de las actuaciones practicadas para la fijación por mutuo acuerdo del precio de adquisición, así como el resultado del mismo”. Es decir, que para que se pueda tomar como fecha de iniciación del expediente de justiprecio, y como momento de referencia de las valoraciones, será preciso que las gestiones para lograr un mutuo acuerdo hayan existido efectivamente, que esté acreditado que el mutuo acuerdo se ha ofrecido sin que se haya podido alcanzar, como se

deduce del art. 29.1 del REF cuando exige que “la pieza separada (...) se iniciará con un extracto de las actuaciones practicadas para la fijación por mutuo acuerdo del precio de adquisición, así como el resultado del mismo”.

Los arts. 5 y 30 del REF coadyuvan a refrendar esta solución. El primero de ellos determina las facultades y obligaciones del beneficiario, y, entre ellas, la de convenir libremente con el expropiado la adquisición amistosa a que se refiere el art. 24 de la Ley, facultad que la norma le otorga, y que puede o no utilizar, pero que, en este segundo supuesto, supone que no se podrá entender iniciado el expediente en ese momento si no se llevan a cabo las gestiones pertinentes. Por su parte, el art. 30 del REF obliga al beneficiario a actuar en la pieza separada de justiprecio presentando a los expropiados la hoja de aprecio, dándoles traslado, igualmente, de la fecha legal de iniciación del expediente que aquéllos podrán discutir razonando en su caso la fijación de otra.

## 5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

### A) Derecho de reversión: procedencia de ejercitar el derecho por alguno de los coherederos en beneficio de todos

La STS de 24 de octubre de 2003, Ar. 8495, conoce en casación del recurso planteado contra una sentencia del TSJ del País Vasco que estima la pretensión reversional efectuada por un causahabiente del antiguo titular de unos terrenos que quedaron desafectados del fin que motivó su expropiación. La Sentencia recurrida recoge el contenido del acto impugnado, una resolución del Ministerio de Fomento en la que se acepta que parte de los terrenos originariamente expropiados fueron declarados innecesarios para el servicio público ferroviario por RENFE, pese a lo cual desestima la petición de reversión de los solicitantes por entender que no fue ejercitado por todos los causahabientes del primitivo dueño, lo que —a juicio de la Administración— era un presupuesto esencial para el éxito de la petición reversional, ya que “al conllevar la reversión la readquisición de un bien a cambio de un precio (..) no cabría imponer forzosamente a alguno de los causahabientes del primitivo dueño el ejercicio de la reversión, puesto que los efectos de la misma conllevan la readquisición a título oneroso, por lo que no podría aplicarse el principio de que cualquiera de los comuneros, coherederos o copropietarios, pueden actuar no sólo por sí mismo, sino también en beneficio de la Comunidad”. El referido TSJ estima el recurso interpuesto frente a la transcrita resolución administrativa argumentando que:

“En tanto no conste la oposición o discrepancia de determinados comuneros o cotitulares del bien o derecho en su día expropiado, el ejercicio por uno o varios del derecho de reversión, es suficiente para resolver sobre su procedencia y en su caso dar lugar al mismo, pues la acción de recuperación del objeto expropiado, comporta beneficio para la comunidad, dado que en realidad los condóminos son propietarios de toda la cosa común al mismo tiempo que de una parte abstracta de la misma y les corresponden todos los derechos de propiedad, pudiendo solicitar la reversión de una finca expropiada a sus cau-

## VIII. Expropiación Forzosa

santes cualquiera de los causahabientes al amparo del art. 54 de la LEF en tanto que no se puntualiza que todos los causahabientes tengan que actuar conjuntamente.”

A la vista de ello, el Tribunal *a quo* concluye que no resulta ajustada a Derecho la argumentación contenida en el acto administrativo impugnado, en el que —como hemos visto—, tras aceptar la propia Administración la desafectación del bien expropiado deniega la reversión por la falta de actuación conjunta de todos los herederos. En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia condena al Ministerio de Fomento a adoptar cuantas decisiones sean precisas para llegar al reconocimiento de la comunidad de herederos del expropiado en relación a su derecho de reversión.

A la vista de este fallo, el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación y confirma el pronunciamiento del Tribunal *a quo*, que ha enjuiciado correctamente la cuestión en aplicación de la doctrina jurisprudencial sostenida en otras ocasiones por el propio Tribunal Supremo, según la cual, estando acreditada la condición de causahabientes en los solicitantes de la reversión con respecto al primitivo expropiado, cualquiera de ellos está facultado para solicitar la reversión:

“ya que, concedido el derecho de reversión al expropiado y a sus causahabientes, según los arts. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 64.2 de su Reglamento, en el supuesto de existir varios cotitulares del derecho de reversión, uno de ellos puede ejercitar el mismo en beneficio de la comunidad, debiendo entenderse que lo hace así cuando menciona tal circunstancia al ejercerla (...). De ello se deduce que la resolución administrativa no resultaba conforme a lo dispuesto en el art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y a la jurisprudencia que lo interpreta y, por tanto, resulta conforme a derecho la sentencia recurrida (...). El acto recurrido reconoce implícitamente la procedencia de la reversión; lo que se discute en el acto administrativo es la legitimación de los recurrentes para solicitar la reversión porque, efectivamente, dicha reversión nace como consecuencia del acuerdo del Consejo de Administración de RENFE (...) que no solamente aprobó la declaración de innecesariedad para el servicio público ferroviario de los bienes sino que efectuó el ofrecimiento reversional de una superficie en la cual estaba incluida [una parte] de la del primitivo propietario, lo que (...) se infiere de lo dispuesto en el art. 37 del Estatuto de RENFE aprobado por Real Decreto 121/1994, de 28 de enero”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad.** A) Traspaso de servicios: imputación de los daños a la Administración que sea titular del servicio en el momento de la reclamación, pese a que el daño se haya producido con anterioridad. B) Daños por accidentes en pasos a nivel: responsabilidad de RENFE y de la Administración territorial titular de la carretera. C) Responsabilidad civil subsidiaria en el ámbito penal en el caso de daños provocados por agentes públicos o en dependencias oficiales. D) Daño derivado de la caída de un peatón en una arqueta: responsabilidad municipal con independencia de la titularidad de la misma. E) Daños causados por contratistas: imputación, como regla general, al contratista, y no a la Administración. **3. Objetividad del sistema y nexo de causalidad.** A) Responsabilidad sanitaria: aparente objetividad y aplicación de la doctrina del daño desproporcionado por el juez administrativo. B) Responsabilidad por omisión: daños sufridos con intervención de la víctima, cuando ésta es un menor. Tendencia a atribuir la responsabilidad exclusiva a la Administración, cuando concurre un funcionamiento anormal. C) Responsabilidad por omisión: daños sufridos con intervención de la víctima cuando ésta es un enfermo mental. Tendencia a atribuir la responsabilidad exclusiva a la Administración, cuando concurre un funcionamiento anormal. D) Responsabilidad por omisión: daños sufridos con intervención de la víctima. Inexistencia de responsabilidad administrativa por el suicidio de un policía nacional con su arma reglamentaria. Consideración del caso como un supuesto de fuerza mayor. E) Desbordamiento de caudales por lluvias torrenciales: supuesto de fuerza mayor.

**4. Antijuridicidad del daño. Responsabilidad derivada de acto posteriormente anulado.**

**5. Daño indemnizable. Compatibilidad de pensiones extraordinarias e indemnización por daños.**

**6. Responsabilidad por infracción del Derecho comunitario.** A) Caso Canal Satélite Digital: concurrencia de los presupuestos para determinar la responsabilidad del Estado. B) Legalidad de una negativa a autorizar la prestación de servicios de transporte marítimo de personas e inexistencia de derecho a indemnización. **7. Responsabilidad del Poder Judicial. Interpretación restrictiva del dies a quo para solicitar la declaración de error judicial.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca jurisprudencia de diversas Salas del Tribunal Supremo hasta finales de 2003. Como de costumbre, son múltiples los aspectos del instituto de la responsabilidad que aparecen en las páginas que siguen, mostrando una y otra vez la complejidad del mismo y, a menudo, las indefiniciones cuando no, incoherencias que persisten en algunos de los aspectos nucleares del sistema. Destaca en este número la abundancia de pronunciamientos que suscitan cuestiones acerca de los criterios de imputabilidad, o del tratamiento que merecen los supuestos en que el daño es provocado directamente por la víctima, y trata de atribuirse causalmente a la Administración con base en una omisión de su deber de vigilancia. Asimismo, dejamos constancia una vez más de la restricción interpretativa que preside la jurisprudencia en torno a la responsabilidad del Poder Judicial, tanto en sus presupuestos procesales como materiales, que contrasta con su frecuente “generosidad” cuando de la responsabilidad administrativa se trata.

Pero el pronunciamiento estrella de esta Crónica lo constituye sin duda la extensísima STS de 12 de junio de 2003, Ar. 8844, que declara la obligación del Estado de indemnizar a la sociedad propietaria de Canal Satélite Digital por importe de más de cuatro mil cuatrocientos millones de pesetas (esto es, unos veintiséis millones quinientos mil euros), en concepto de responsabilidad por la infracción del derecho comunitario que supuso la aprobación de dos normas de 31 de enero de 1997 (el Real Decreto-ley 1/1997 y el Real Decreto 136/1997) cuyo objetivo, difícil de encubrir, fue el de dificultar y retrasar el acceso al mercado de dicha sociedad, para posibilitar el desarrollo de una plataforma digital más afín al partido en el poder.

## 2. IMPUTABILIDAD

### **A) Traspaso de servicios: imputación de los daños a la Administración que sea titular del servicio en el momento de la reclamación, pese a que el daño se haya producido con anterioridad**

La STS de 25 de septiembre de 2003, Ar. 7540, en un supuesto de contagio del virus de la hepatitis C por vía transfusional, reitera que, en casos como éste la responsabilidad corresponde a la Administración titular de la competencia en el momento de producirse la reclamación (siempre, claro está, que se presente en plazo), y pese a que la transfusión haya tenido lugar con anterioridad al traspaso de competencias a la Comunidad Autónoma.

### **B) Daños por accidentes en pasos a nivel: responsabilidad de RENFE y de la Administración territorial titular de la carretera**

La STS de 23 de octubre de 2003, Sala de lo Civil, Ar. 7763, enjuicia una reclamación de responsabilidad derivada de la caída de un ciclista al atravesar un paso a nivel en mal

## IX. Responsabilidad Administrativa

estado. La Sentencia muestra una interpretación ciertamente “generosa” por parte del juez civil de la legitimación pasiva y de los requisitos procedimentales y sustantivos de la responsabilidad administrativa. En efecto, la sentencia obvia la falta de interposición de reclamación previa, entendiéndola subsanada dentro del propio proceso civil. Tampoco aprecia exceso de jurisdicción, ni frente a RENFE ni frente a la propia Diputación Provincial codemandada (obsérvese, una Administración territorial) ni estima que, cuando la Audiencia Provincial (en contra de la apreciación del Juzgado de Primera Instancia), declaró la competencia de la jurisdicción civil para conocer también de la demanda contra la Diputación, debieron devolverse las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia, sin entrar a conocer del fondo.

En lo que ahora más nos interesa, esto es, los criterios de imputabilidad, para afirmar la responsabilidad de la Diputación, aplica la doctrina civil según la cual no cabe alegar normas administrativas como fundamento del recurso de casación, fuera de los casos en que tales normas tengan una civil como cobertura, o sean complementarias o estén íntimamente relacionadas, ante la alegación de que conforme a los arts. 253 y 280 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, según los cuales, con independencia de quien sea el titular de una carretera, los pasos a nivel que sobre las mismas se encuentren ubicados, tanto por lo que respecta a su titularidad, como a la responsabilidad de su mantenimiento y cuanto en ellos ocurra corresponde a RENFE. La Sentencia, por el contrario, funda la condena solidaria a la Diputación en el trazado de la carretera, y no en el estado del paso a nivel, al considerar que el ángulo entre la vía y la carretera era muy reducido.

### **C) Responsabilidad civil subsidiaria en el ámbito penal en el caso de daños provocados por agentes públicos o en dependencias oficiales**

En el período considerado, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado dos interesantes sentencias que abordan el tema de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. Ambas cuentan, además, con el elemento común de que el daño se anuda a una actuación en el ámbito judicial. Su exposición nos sirve para aclarar los principios que rigen este género de responsabilidad, y, en particular, para dilucidar una cuestión que tiene cierta complejidad en el caso de los daños producidos en el ámbito de la “administración de la Administración de justicia”, esto es, cuál es la Administración responsable, si la estatal o la autonómica, lo que precisa distinguir en función de la naturaleza del daño. Como se verá, en ambos casos, el Tribunal Supremo casa la respectiva sentencia de instancia y absuelve a la Comunidad Autónoma, que, por cierto, es la misma en ambos casos, la gallega.

La STS de 13 de junio de 2003, Ar. 8553, trae causa de una sentencia de instancia que impone una condena penal a una auxiliar de la Administración de Justicia por falsedad documental y estafa, a la vez que declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

por el importe de los daños ocasionados por dicha funcionaria a diversos perjudicados hasta la fecha del traspaso de la competencia; y de la Comunidad Autónoma, por los daños causados a partir de esa fecha. Dicha sentencia es recurrida en casación por la Comunidad Autónoma, que defiende su inimputabilidad.

La Sentencia sigue una argumentación ordenada y didáctica, que resuelve la cuestión a partir del análisis pormenorizado del reparto de competencias y responsabilidades entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia. Comienza por recordar la jurisprudencia constitucional, que, como es sabido, ha acogido una distinción entre Administración de Justicia, en sentido estricto, sobre la que el Estado tiene competencias exclusivas legislativas y de ejecución; y la llamada “Administración de la Administración de Justicia”, sobre la cual operan a favor de las Comunidades Autónomas las llamadas “cláusulas subrogatorias” en las competencias estatales, sujetas a determinados límites que fueron en su día precisados en la STC 56/1990. A continuación hace un repaso de la plasmación a nivel legal y reglamentario de dicho reparto de competencias en relación al personal auxiliar de la Administración de Justicia. Conforme a lo que establecen la LOPJ y el RD 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico de los cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes al servicio de la Administración de Justicia, la Comunidad Autónoma carece de todo control, no sólo en la selección, por tratarse de Cuerpos Nacionales, sino en la distribución del trabajo, instrucciones de desempeño del mismo, atribución de destinos, inspección de sus funciones o cesación de las mismas, como consecuencia de expediente disciplinario o la misma separación de funciones, ya que todos estos aspectos organizativos están atribuidos legalmente a los secretarios judiciales y a la autoridad judicial. No hay, pues, dependencia funcional alguna de la respectiva Consejería de Justicia, cuyas atribuciones son meramente residuales, referidas a la prestación de medios materiales, o, en su caso, al nombramiento de personal interino, careciendo, en definitiva, de competencias de control sobre el desempeño de la actividad de estos funcionarios, por mucho que les satisfaga su salario.

A continuación, y con un carácter más general, analiza los arts. 120.3 y 121 CP, y cuál ha sido la interpretación judicial de la relación entre ambos, plasmada en el fundamental Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Pleno del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000, del que ya dimos cuenta en una crónica anterior. La Sentencia que comentamos reproduce y glosa dicho acuerdo del siguiente modo:

“El art. 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3º del Código Penal.

Consecuentemente, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos se producirá en los siguientes casos:

## IX. Responsabilidad Administrativa

a) Cuando los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, de los que proviene el daño a indemnizar:

1. Sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos.
2. Que el hecho se hubiere cometido cuando éstos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.
3. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.

b) Cuando no sean responsables de los delitos productores del daño las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:

1. Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás Organismos públicos.
2. Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.
3. Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser, pues, la infracción reglamentaria causalmente influyente en el delito, cuyos daños se tratan de resarcir. Norma esta la del art. 120.3 del Código Penal, que en su interpretación jurisprudencial no se ve afectada por el nuevo artículo 121.”

A partir de estos presupuestos, se analiza la posible responsabilidad subsidiaria de la Comunidad Autónoma por delitos cometidos por auxiliares de justicia en el ejercicio de sus funciones a la luz del reparto competencial antes examinado:

“En consecuencia, si el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado reside en la falta de control de sus resortes organizativos del servicio, por *culpa in vigilando* o *in eligendo*, dejando a salvo naturalmente la creación del riesgo, en tanto no se vislumbra qué clase de eventualidad de esa clase se crea con la puesta en funcionamiento de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, no puede imputarse responsabilidad civil subsidiaria por el comportamiento de la auxiliar imputada (y condenada en la instancia) a la Comunidad Autónoma que carece de toda competencia de control (...)”

Por su parte, el supuesto de la **STS de 4 de noviembre de 2003**, Ar. 8024, es el de una acusada que introduce en los Juzgados un bote de ácido sulfúrico, logra sortear la presencia de la pareja de la Guardia Civil que la custodia, y lo vierte sobre un testigo. La Sentencia de instancia declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, como responsable de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y de la Comunidad Autónoma, con base en el art. 120.3 CP. Respecto de esta segunda, estimó que pesaba sobre ella la obligación de garantizar la suficiente dotación de medidas de seguridad y dependencias en el edificio de su titularidad, siendo así que los Juzgados donde sucedieron los hechos no disponían

de instalaciones o dispositivos de seguridad, como pórticos de detección, cámaras u otro adecuado para facilitar la función de vigilancia que corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ni de lugares adecuados para la estancia y custodia de detenidos y presos, así como para la permanencia de testigos. El Tribunal Supremo, por el contrario, estima que la existencia de dichos medios no hubiera impedido lo ocurrido: ni la introducción de un bote de ácido sulfúrico, ni el acercamiento de la autora del delito a la víctima, que se produjo en el rellano de una escalera y burlando la vigilancia de la Guardia Civil. Se descarta, por tanto, la responsabilidad subsidiaria de la Comunidad Autónoma.

#### **D) Daño derivado de la caída de un peatón en una arqueta: responsabilidad municipal con independencia de la titularidad de la misma**

La STS de 22 de septiembre de 2003, Ar. 8909, imputa a un Ayuntamiento el daño físico derivado de un accidente provocado por una caída en una arqueta. Considera que, aparte de que no conste en el expediente que la arqueta estuviera situada en una propiedad privada, el deber de vigilancia del Ayuntamiento le corresponde sea cual sea la titularidad de la arqueta, ya que está situada en un lugar en que los servicios municipales pueden llevar a cabo sus funciones de vigilancia y control sobre las actividades potencialmente peligrosas que allí puedan producirse; interpretación esta que tal vez pueda antojarse un tanto rigurosa.

#### **E) Daños causados por contratistas: imputación, como regla general, al contratista, y no a la Administración**

La STS de 30 de octubre de 2003, Ar. 7973, se ocupa de un supuesto de daños causados por contratistas, tema que ya ha sido objeto de comentario en crónicas precedentes, y que parece en vía de pacificación. El Tribunal Supremo reconoce que en la jurisprudencia han convivido hasta tiempos recientes dos líneas interpretativas del art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado de 1975: la que considera que el particular debe dirigirse en todo caso contra la Administración, en régimen objetivo y directo, sin perjuicio de que ésta pueda después ejercer su derecho de repetición contra el contratista, si el daño no deriva de una orden suya; y la que lo interpreta literalmente, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquella que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista. Contra este acuerdo, los afectados podrán interponer recurso contencioso-administrativo. Es esta segunda la que se considera actualmente la interpretación correcta.

## IX. Responsabilidad Administrativa

### 3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD

#### A) Responsabilidad sanitaria: aparente objetividad y aplicación de la doctrina del daño desproporcionado por el juez administrativo

Dos pronunciamientos de la Sala Tercera habidos en el período de referencia parecen asumir la auténtica objetividad del sistema en el ámbito sanitario, contra la regla general, de que hemos traído testimonios *ad nauseam* a estas páginas, según la cual para imputar causalmente el daño a la Administración sanitaria es preciso acreditar un elemento de anormalidad, es decir, una separación de la práctica médica respecto de la *lex artis ad hoc*. En realidad, en ambos casos, subyace a los pronunciamientos la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado de la que también hace uso el juez civil a partir, nótese, de un régimen de responsabilidad por culpa.

Véase, en este sentido, y como primer testimonio, la **STS de 24 de octubre de 2003**, Ar. 8249, un caso de fallecimiento por contagio del virus *aspergillus* en el transcurso de una operación quirúrgica. La Sentencia de instancia reconoce que no ha quedado acreditado que el mantenimiento del aire acondicionado no fuera el correcto, contra lo alegado por las reclamantes, y sin embargo, y con base en el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, estima el recurso. El Tribunal Supremo acoge esta misma solución.

Otro botón de muestra lo encontramos en la **STS de 16 de diciembre de 2003**, Ar. 8537, en que el daño consiste en unas secuelas ocasionadas por el postoperatorio que no son consecuencia normal de la intervención quirúrgica realizada. La Administración alega que se siguió la *lex artis ad hoc*. A partir de la de hechos probados en la instancia, el Tribunal Supremo parece asumir una concepción objetiva estricta:

“(…) hemos de concluir, coincidiendo con la Sala de instancia en la valoración de la prueba, en la existencia de relación de causalidad entre la actuación del Servicio y las lesiones y secuelas que soporta la paciente (...) Lo expuesto no cuestiona la atención prestada por los facultativos que intervinieron a la enferma y su dedicación profesional, pero resulta obvio que la inicial intervención quirúrgica desencadenó unas consecuencias para la salud de la enferma desmesuradas y que ésta no estaba obligada a soportar porque fueron mucho más allá de lo previsible, y tuvieron su origen como destaca el perito en la operación realizada el 31 de marzo de 1993 que produjo unas secuelas que no son la consecuencia normal de una operación que tenía por objeto corregir una coleditiasis y una hernia de hiato.”

#### B) Responsabilidad por omisión: daños sufridos con intervención de la víctima, cuando ésta es un menor. Tendencia a atribuir la responsabilidad exclusiva a la Administración, cuando concurre un funcionamiento anormal

La **STS de 1 de diciembre de 2003**, Sala de lo Civil, Ar. 8365, pone de manifiesto, a nuestro juicio, cómo, cuando el dañado es un menor y se encuentra imputada una Administración, la jurisprudencia tiende a reconocer la responsabilidad administrativa en su integridad de forma ciertamente severa, exigiendo un más que elevado estándar de diligencia, incluso cuando la intervención de la víctima en el suceso dañoso resulta abso-

lutamente determinante, como muestran asimismo diversas sentencias que hemos tenido ocasión de reseñar en crónicas anteriores. Es relevante puntualizar, en todo caso, que el Tribunal Supremo actúa en casación, con la necesidad de respetar la declaración de hechos probados y tratando de no convertirse en una nueva instancia.

En el caso en cuestión, el fallecimiento del menor se produce al caérsele encima una canasta de baloncesto a la que éste se hallaba encaramado con intención de derribarla, fuera de todo evento deportivo,

“(...) al evidenciarse una falta del cuidado y la atención debida generadora de culpa, por parte del Ayuntamiento demandado, el cual no tenía cercada la instalación deportiva en que acaecieron los hechos de la que era titular, ni había actuado con la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, que requería o bien que las canastas o porterías de baloncesto contaran con el debido anclaje o contrapeso para evitar su vuelco o bien que cuando las mismas no se utilizasen fuesen retiradas dejándolas tendidas en el suelo por el peligro potencial que conlleva su diseño”.

### **C) Responsabilidad por omisión: daños sufridos con intervención de la víctima cuando ésta es un enfermo mental. Tendencia a atribuir la responsabilidad exclusiva a la Administración, cuando concurre un funcionamiento anormal**

Otro de los supuestos recurrentes en los repertorios de jurisprudencia, también conocido de estas crónicas, es el de los daños autoinflingidos por personas con patologías mentales internas en instituciones psiquiátricas. Pese a que la causa directa e inmediata de los mismos es la actuación de la propia víctima, el Tribunal Supremo tiende a establecer la responsabilidad exclusiva de la Administración siempre que se acredite una omisión en el deber de vigilancia que pesa sobre la Administración en estos casos, en especial cuando hay un precedente de intento de suicidio o de autolesiones.

En el período considerado, la **STS de 7 de octubre de 2003**, Ar. 8228, se ocupa de un caso de lesiones graves que sufre un paciente en un hospital psiquiátrico tras arrojarlo por una ventana del pasillo donde se encontraba su habitación. Había sido trasladado a dicho Hospital psiquiátrico desde un hospital general, tras un intento de suicidio por ingesta de fármacos. Entiende la Sala que es necesario apreciar si existe o no nexo de causalidad, y para ello, como expresamente reconoce, el criterio decisivo es la prueba de un elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio público:

“Para ello, resulta preciso determinar si ha existido algún elemento de anormalidad en el servicio sanitario de entidad suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y la lesión, y establecer en tal caso el carácter antijurídico de aquél.”

Contra lo apreciado en la instancia, estima que sí existe responsabilidad administrativa. Para ello, utiliza la potestad que le otorgan los arts. 88.1.d) y 88.3 LJCA de integrar en

## IX. Responsabilidad Administrativa

los hechos admitidos como probados por el tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria. Tiene en cuenta los antecedentes de la paciente, su comportamiento previo en el hospital general desde el que fue trasladada al hospital psiquiátrico, la falta de atención por facultativo desde dicho traslado, pese a dichos antecedentes, la falta de control alguno sobre los movimientos de la paciente, y la falta de medidas de seguridad en las ventanas (que fueron posteriormente adoptadas, a raíz del siniestro). Por todo ello, ha de considerarse que el servicio hospitalario funcionó de modo indebido. Habida cuenta la corta edad de la paciente, fija una indemnización de treinta millones de las antiguas pesetas, y una pensión vitalicia mensual de doscientas mil, para la atención diaria de sus necesidades.

### **D) Responsabilidad por omisión: daños sufridos con intervención de la víctima. Inexistencia de responsabilidad administrativa por el suicidio de un policía nacional con su arma reglamentaria. Consideración del caso como un supuesto de fuerza mayor**

La STS de 14 de octubre de 2003, Ar. 8236, descarta la responsabilidad administrativa por el suicidio de un policía nacional con su arma reglamentaria cuando se encontraba en su domicilio fuera de servicio.

Lo hace, en principio, por falta de acreditación de una anomalía en el servicio. En efecto, la normativa no impone a estos funcionarios el depósito de sus armas una vez se encuentran fuera de servicio. Por lo demás, pese a la personalidad de la víctima, sus antecedentes y denuncias presentadas por la esposa y actuaciones internas del Cuerpo Nacional de Policía, nada hacía previsible el desenlace que se produjo y nada contribuía a que la Administración procediese a suspender al funcionario del uso del arma reglamentaria, porque para ello hubiese sido preciso arbitrar el procedimiento disciplinario necesario y acordar la medida cautelar correspondiente que nadie solicitó y para las que en las circunstancias que concurrían no había motivo alguno.

Sin embargo, enturbia el razonamiento el encaje que el Tribunal Supremo hace de este supuesto dentro del concepto de fuerza mayor, lo que hace *ad abundantiam* y como consecuencia de la acogida de una línea argumental sustentada por la Administración. Entiende el Alto Tribunal que no era posible prever lo acontecido, que puede calificarse de una determinación irresistible y exterior, que, incluso si hubiera podido preverse, no habría podido evitarse. Sin embargo, a nuestro juicio, este supuesto no encaja en el concepto de fuerza mayor, pues, no concurre ni la nota de la exterioridad, ni la de la irresistibilidad (baste pensar que, de haberse previsto, se habría podido evitar retirándole al funcionario el arma reglamentaria).

### **E) Desbordamiento de caudales por lluvias torrenciales: supuesto de fuerza mayor**

La STS de 12 de diciembre de 2003, Ar. 71, resuelve una reclamación por daños producidos por el desbordamiento de un río, derivados de lluvias torrenciales y de intensidad excepcional. El Tribunal Supremo, siguiendo al tribunal de instancia, y apoyándose en dictámenes periciales, entiende que las lluvias torrenciales llevaron el caudal del río por

encima de la máxima crecida correspondiente a un período de retorno de quinientos años, de modo que los daños hay que imputarlos al carácter torrencial de las lluvias, lo que dibuja un supuesto de fuerza mayor. No concurre en este caso un funcionamiento anormal, ya que no consta que la Administración hubiera incumplido las medidas de policía que le corresponden en cuanto a la conservación del cauce. Ni siquiera queda acreditada la hipotética posibilidad de evitar el daño de haberse adoptado una serie de medidas planteadas por los recurrentes.

En definitiva, este supuesto sí responde a la configuración “clásica” de la fuerza mayor, como supuesto externo e inevitable. Como hemos puesto de relieve en crónicas anteriores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al concepto de fuerza mayor no se encuentra claramente perfilada. Es más, no sólo adolece de una notable indefinición el concepto mismo de fuerza mayor, sino que, además, y contra las bases teóricas del sistema, la jurisprudencia tiende a hacer recaer la responsabilidad en la Administración, en exclusiva o al menos parcialmente, siempre que, junto al evento externo e inevitable concurre un elemento de anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos, y ello pese a que, en hipótesis, el daño se habría producido en la misma medida de haber funcionado aquéllos con normalidad.

#### **4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACTO POSTERIORMENTE ANULADO**

Como hemos puesto de relieve en diversos números precedentes de estas Crónicas, uno (tal vez sería más correcto decir, otro) de los puntos débiles del sistema de responsabilidad es la sorprendente indefinición sobre una cuestión que afecta a su núcleo mismo, cual es la de la posible toma en consideración del grado de excusabilidad de la actuación administrativa a los efectos de acoger una exención de la responsabilidad. Esto es, la admisión o no de la llamada “teoría del margen de tolerancia”, según la cual, cuando la Administración ha actuado dentro de lo que puede considerarse “razonable”, en el ejercicio de una potestad discrecional o de un considerable margen de apreciación, queda exenta de responsabilidad. Lo que resulta más curioso de esta teoría es que, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de responsabilidad administrativa de los países de nuestro entorno que la acogen, no se predica en el seno de un sistema de responsabilidad por culpa, sino en un sistema objetivo. Se da así un paso más: no sólo la exigencia, *de facto* y como regla general, de un funcionamiento anormal —que venimos poniendo de manifiesto desde el primer número de estas Crónicas— sino, además, entender que determinados actos administrativos, incluso ilegales, no adolecen, digámoslo así, del grado de anormalidad suficiente para desencadenar la responsabilidad administrativa. Lo cierto es que en el Derecho comparado, basado de forma generalizada en la idea de la culpa, esta teoría encuentra fácil respaldo argumental, si bien puede decirse que se encuentra en retroceso, por la idea de que, respecto al actuar formalizado, el concepto de culpa viene a identificarse con el de ilegalidad, más adecuado para enjuiciar un actuar formalizado y burocrático como el administrativo. Es en este sentido que se afirma la progresiva “objetivación” de los siste-

## IX. Responsabilidad Administrativa

mas de responsabilidad (en un sentido, véase, diferente al empleado por la jurisprudencia y la doctrina española). Sin embargo, en un sistema objetivo teóricamente “puro” como el diseñado por la LRJAP-PAC, consideraciones en torno al margen de tolerancia se sitúan por completo extramuros del sistema, desproveyéndolo de su ya más que frágil lógica argumental. Y, sin embargo, lo cierto es que la teoría del margen de tolerancia no acaba de ser desterrada de nuestra jurisprudencia, que se muestra sumamente ambigua, cuando no claramente contradictoria, acerca de su vigencia en nuestro Derecho.

Véanse al respecto dos sentencias que acogen soluciones dispares.

– Por una parte, la **STS de 13 de junio de 2003**, Ar. 7533, que condena a la Administración a indemnizar por funcionamiento *normal* a un militar sancionado cautelarmente con cese en su destino, por el solo dato de que, por diversas razones en las que ahora no es menester entrar, el proceso penal subsiguiente fue posteriormente sobreesido.

– Por otra, y en fuerte contraste, la **STS de 10 de octubre de 2003**, Ar. 263, en la que una persona es denunciada por la Guardia Civil al ser sorprendida en una zona cinegética en época de caza con un rifle sin licencia ni guía, y sancionada con revocación de su permiso y licencia de armas por quince años. La sanción es posteriormente anulada por el Tribunal Supremo por estar prevista sólo por un reglamento, sin cobertura legal suficiente. Reclama entonces indemnización por los daños morales derivados de la divulgación de la noticia de la sanción en diversos medios de comunicación locales (tratándose de una persona de cierta relevancia pública) y la imposibilidad de cazar y practicar el tiro olímpico hasta la fecha de anulación de la sanción. El Tribunal Supremo comienza destacando la amplia facultad discrecional con que cuenta la autoridad gubernativa para valorar las circunstancias concurrentes en razón del interés general. Acoge la argumentación del tribunal de instancia para el que no está probado que la noticia trascendiera a la prensa desde el entonces Gobierno Civil y considera que no cabe apreciar la existencia de un daño moral resarcible por la privación del uso de armas por un acto que fue anulado por carecer el Reglamento de Armas de cobertura en una norma legal y no por no ser ciertos los hechos imputados o por no haber pruebas de su comisión. Estas consecuencias, añade el Tribunal Supremo, son “una consecuencia lógica y natural de la suspensión de la autorización concedida, anulada posteriormente por razones puramente formales de la norma aplicada”.

Como nota adicional, podemos reseñar que esta solución encontraría acogida en otros ordenamientos pero no con base en la teoría del margen de tolerancia en el ejercicio de potestades discrecionales (por lo demás, más bien habría que hablar aquí de facultades de apreciación). Nótese, al respecto, que el problema no está, en realidad, si en este caso se ejerció bien la facultad de apreciación, sino el respeto al principio de reserva de ley, sobre el que no existe “facultad de apreciación” alguna. En el Derecho comunitario o comparado, cuando se trata de una infracción formal, pero no sustantiva, se recurre a diversos argumentos: bien que la norma infringida no tiene como objeto la protección de los particulares; bien que no existe nexo de causalidad entre la infracción y el daño; bien que no existe un daño cierto.

## 5. DAÑO INDEMNIZABLE. COMPATIBILIDAD DE PENSIONES EXTRAORDINARIAS E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Traemos una vez más a estas páginas la polémica acerca de la compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por daños, que ya ha sido objeto reiterado de nuestra atención. En efecto, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre una cuestión que no se encuentra nítidamente resuelta. La jurisprudencia reciente proclama la compatibilidad de ambas, al derivar de títulos jurídicos distintos, a la vez que puntualiza que es necesario, no obstante, tomar en consideración la pensión concedida a la hora de calcular la posible indemnización. En unos pronunciamientos, el Tribunal Supremo sí toma en consideración las cantidades recibidas, y, en una valoración necesariamente discrecional, reconoce el derecho a indemnización sólo cuando estima que la pensión es insuficiente, lo que parece coherente con su doctrina general. Sin embargo, en no pocas ocasiones, el Tribunal Supremo concede *in integrum* la suma reclamada en concepto de indemnización por responsabilidad extracontractual, sin proceder a minorar efectivamente dicha suma teniendo en cuenta el importe de la pensión extraordinaria concedida previamente por la Administración.

En esta ocasión, el supuesto es el de un recluta que sufre un accidente durante unas maniobras, esto es, en acto de servicio, a los efectos del art. 2 RD 1234/1990, al que ya le fue reconocida una pensión de clases pasivas en aplicación de dicho reglamento. El Tribunal de instancia, pese a reconocer la existencia de nexo causal entre las lesiones sufridas por el interesado y el funcionamiento del servicio público, consideró que aquél había sido ya indemnizado conforme al régimen de clases pasivas. Sin embargo, en la **STS de 10 de diciembre de 2003**, Ar. 315, el Alto Tribunal entiende que este razonamiento es contrario a su doctrina en torno a la compatibilidad de ambos conceptos y el principio o regla de la cobertura integral de la indemnización por los daños causados, procediendo a calcular la indemnización conforme al baremo de puntos acogido en la orden Ministerial de 5 de marzo de 1991, sin descontar cantidad alguna habida cuenta de la pensión reconocida.

En definitiva, esta sentencia merece, una vez más, una llamada de atención acerca del auténtico desconcierto que presenta la jurisprudencia en estos asuntos.

## 6. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

### A) Caso Canal Satélite Digital: concurrencia de los presupuestos para determinar la responsabilidad del Estado

La **STS de 12 de junio de 2003**, Ar. 8844 (ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Siera Míguez) goza de una auténtica singularidad por múltiples razones: por la relevancia mediática del supuesto del que trae causa, esto es, las medidas normativas adoptadas al comienzo de la primera legislatura del Partido Popular para frenar la implantación de Canal Satélite Digital; por el complejo laberinto jurídico seguido en diversas instancias

## IX. Responsabilidad Administrativa

judiciales y extrajudiciales, nacionales y comunitarias; por la elevada indemnización reconocida, superior a los cuatro mil cuatrocientos millones de pesetas; y, sobre todo, en lo que a nosotros nos interesa, por tratarse, sin lugar a dudas, de la Sentencia que, hasta el presente, aborda en España de manera más prolija el tema de la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario. No puede extrañar, por tanto, que a tales singularidades se le añada una más: se trata de una de las Sentencias del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad más extensa que recuerdan los firmantes de estas Crónicas.

Hacer un relato relativamente pormenorizado de las medidas normativas que dieron lugar a este asunto y las vicisitudes jurídicas que les siguieron nos exigiría un espacio con el que no contamos. Como decíamos, la longitud de la Sentencia, dedicada en su mayor parte a dar cuenta de los mismos, es buena muestra de ello. De una forma más esquemática que sintética podríamos decir que el supuesto trae causa de una serie de disposiciones de rango legal y reglamentario adoptadas en 1997, con el partido Popular en el poder, con el objeto (no confesado, claro está, pero evidente) de retrasar la implantación en el mercado de la plataforma Canal Satélite Digital, y dar tiempo a la constitución e implantación de una plataforma más afín a dicha formación política (Vía Digital). Para ello, el 31 de enero de 1997 se aprobaron el Real Decreto-ley 1/1997, y el Real Decreto 136/1997, y, posteriormente, el 3 de mayo de 1997, la Ley 17/1997, que convalidó el Real Decreto-ley citado.

En contra de la Directiva a la que decían transponer, dichas normas creaban un Registro de operadores de inscripción obligatoria, sometiendo la actividad a autorización previa, e imponían el uso de un determinado modelo de decodificador, diferente al que venía comercializando Canal Satélite Digital. Ya previamente a su aprobación, la Comisión Europea había advertido al Estado español de la contradicción de dichas medidas con la libertad de circulación de mercancías y de prestación de servicios, y con la propia Directiva a la que decían desarrollar. No obstante, las citadas normas entraron en vigor, obviando además la obligación de remitir a la Comisión los proyectos por tratarse de normas técnicas previamente a su aprobación, tal y como impone la normativa comunitaria. Ello motivó la incoación por la Comisión de un procedimiento por incumplimiento contra España, que finalizó por dictamen motivado de 25 de julio de 1997, en que se ponía de manifiesto la infracción, que fue seguido del compromiso de las autoridades españolas de derogar algunas de las medidas controvertidas, lo que se llevó a cabo por Real Decreto-ley 16/1997, de 13 de septiembre, y de no aplicar otras.

El Real Decreto 136/1997 fue en su día objeto de impugnación ante el Tribunal Supremo, y éste elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo acerca de la interpretación de la normativa comunitaria y sobre la concordancia de dicho Real Decreto con las mismas. En STJCE de 22 de enero de 2002, el Tribunal de Luxemburgo puso de manifiesto la contradicción de la normativa española con el Derecho comunitario, por los motivos reseñados. Recibida dicha respuesta, la STS de 10 de diciembre de 2002, Ar. 2003/2005, procedió a declarar la nulidad de los preceptos reglamentarios en cuestión.

Planteada posteriormente acción de responsabilidad del Estado por los perjuicios irrogados por el conjunto normativo aprobado en 1997, el Tribunal Supremo en la sentencia

que ahora comentamos comienza haciendo un repaso de la evolución de la jurisprudencia comunitaria en torno a la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos nacionales, de forma meticulosa y plenamente informada. Como es sabido, los requisitos para que ésta pueda declararse son: a) que se trate de una violación suficientemente caracterizada; b) que la norma jurídica vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, y c) que exista un nexo de causalidad directa. Ahora bien, rige el principio de equivalencia, esto es, han de aplicarse los requisitos nacionales cuando éstos sean menos rigurosos respecto a reclamaciones internas semejantes de ese mínimo comunitario, lo que tiene especial (que no exclusiva) trascendencia respecto al requisito de la infracción grave o “suficientemente caracterizada”.

Como apunta el Tribunal Supremo:

“Ante todo debe sentarse la premisa de que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser siempre de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de esa responsabilidad en el ámbito del derecho interno y de otra porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor. La interpretación pro particular de la responsabilidad se infiere con claridad del hecho de que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia no excluyen la aplicación de criterios menos restrictivos derivados de la legislación estatal, lo que por otra parte resulta tremendamente importante en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico en cuyo marco el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene carácter objetivo, de modo que basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico.”

Sin embargo, esta conclusión no se lleva a sus últimas consecuencias, y el Tribunal Supremo se afana por indagar si concurren los requisitos en su formulación comunitaria de mínimos, en particular, si puede hablarse de una “violación suficientemente caracterizada” en su entendimiento comunitario, lo que se debe, a nuestro juicio, a la conjunción de varios factores: el derivar las infracciones de normas legales, sin que exista una normación con base constitucional o legal de la responsabilidad del legislador español, que ha sido construida como una responsabilidad por leyes inconstitucionales de forma pretoriana, sin exigir un elemento de gravedad en la infracción; y, habida cuenta además de lo novedoso de la aplicación por los tribunales nacionales del régimen de responsabilidad de los Estados diseñado por el Tribunal de Luxemburgo, la voluntad de recalcar que en todo caso se cumplan con el propio requisito comunitario de la “violación suficientemente caracterizada”.

Respecto de éste, su apreciación está en función del margen de apreciación de que disponen los Estados a la hora de interpretar la posible disconformidad de la medida nacional con el Derecho comunitario, siendo criterios relevantes para determinarlo el nivel de

## IX. Responsabilidad Administrativa

claridad de la norma infringida, el carácter intencionado o involuntario de la infracción; el grado de excusabilidad de la misma; que la conducta de una institución comunitaria haya contribuido o no a la infracción, el mantenimiento de la misma una vez declarada o manifiesta su contrariedad con el derecho comunitario, etc. Pues bien, a la vista del contenido de las medidas y del iter seguido (incluida la advertencia previa al dictado de las medidas acerca de su ilegalidad y la incoación posterior por la Comisión de un procedimiento por incumplimiento contra España), del contenido de dichas advertencias y del Informe presentado por la Comisión al TJCE el 21 de enero de 2000 y del contenido de la STJCE de 22 de enero de 2002, el Tribunal estima que se cumple dicho requisito, de suerte que puede hablarse de una violación suficientemente caracterizada, en el sentido comunitario:

“De lo hasta aquí dicho entendemos que a la vista de la gravedad de la infracción afirmada por la Comisión, el escaso o nulo margen de maniobra del Estado español, el carácter manifiesto de la violación, también declarado por la Comisión, la falta de fundamento jurídico de la tesis expuesta por el Reino de España, el carácter consciente de la preferencia otorgada a los descodificadores que integran una interfaz común, el desconocimiento de la jerarquía normativa que implica la interpretación que hace el Reino de España de la Directiva 95/47/CE, la inobservancia de las indicaciones que la propia directiva contiene en cuanto a su interpretación, así como la ausencia de justificación de las autoridades españolas respecto de determinados aspectos de la normativa estatal, todo ello unido al carácter consciente de la infracción, al menos en el momento de la convalidación del Real Decreto-ley 1/1997, nos lleva a la conclusión de que se cumple el requisito de violación suficientemente caracterizada, sin que pueda olvidarse que, como decíamos en el Fundamento cuarto, la idea de violación suficientemente caracterizada debe anudarse, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la de persistencia en la violación, estableciéndose en la sentencia de 5 de marzo de 1996 del Tribunal de Justicia, la posibilidad de que el Juez nacional valore otras circunstancias tales como la actitud de la Comisión y en nuestro caso es indudable que ésta dio a conocer al Reino de España su posición a su debido tiempo, por utilizar palabras del Tribunal, como lo demuestra el contenido de la carta de 9 de abril de 1997, del Comisario Bongemann al Ministro de Fomento, carta que hace referencia a la reunión de 6 de marzo anterior y a las discusiones mantenidas con representantes del Ministerio en 14 de marzo siguiente.”

El Tribunal Supremo considera asimismo que concurre el requisito de la violación de una norma atributiva de derechos con una argumentación si no incorrecta sí un tanto enrevesada, acerca del efecto directo o no de las normas vulneradas, pues hubiera bastado decir que las libertades comunitarias lo son, como ya ha declarado el TJCE. Si bien puede resultar más discutible que de la infracción de la normativa que obliga a comunicar a la Comisión los proyectos de reglamentaciones técnicas pueda predicarse lo mismo, lo que el Tribunal Supremo parece resolver de forma suficientemente convincente, bien que “amplia” al entender que la finalidad última de dicha previsión conecta precisamente con la garantía de las libertades comunitarias.

En cuanto al nexo de causalidad directa, el Abogado del Estado defendía que las normas en cuestión no eran autoaplicativas, de modo que la responsabilidad derivaría, en su caso,

de los actos de aplicación. Se apoyaba para ello en el ATC 291/1997, de 22 de julio, que rechazó el recurso de amparo interpuesto por Sogecable contra las medidas normativas de 31 de enero de 1997. Sin embargo, el Tribunal Supremo desvincula aquel concepto de norma autoaplicativa de su cualidad para aparecer como nexo de causalidad.

Como puede imaginarse, resulta sumamente complejo en un asunto como éste la evaluación de daños, especialmente del lucro cesante hipotético, al que la sentencia dedica numerosas páginas. Tratando de sintetizarla, es preciso reseñar, en primer lugar, que los daños alegados son los siguientes, correspondientes al período que media entre el 31 de enero de 1997 (fecha de adopción del Real Decreto-ley 1/1997 y el Real Decreto 136/1997) y el 15 de septiembre de 1997, fecha del Real Decreto-Ley 16/1997, que lo modificó:

A) En concepto de **daño emergente** los costes adicionales al efectuar las emisiones desde Luxemburgo (se solicitaban más de mil millones de pesetas) y los de viajes, asesoramiento jurídico, dirección letrada y asesoramiento económico, y costes financieros anexos (se reclamaban más de trescientos millones de pesetas). Respecto de los primeros, el Tribunal Supremo considera que la decisión de emitir desde allí se adoptó en octubre de 1996, antes de aprobarse el Real Decreto-ley y el Real Decreto de 31 de enero, firmando contratos de larga duración con empresas de difusión por satélite de dicho país, sin que tan siquiera en la actualidad se acredite que emite desde España, por lo que descarta este concepto. En relación a los segundos, considera que al no haberse acreditado documentalmente (algo ciertamente anómalo, en una demanda de esta entidad), no son indemnizables.

B) En concepto de **lucro cesante**, el retraso en la captación de abonados (se reclaman más de mil setecientos millones de pesetas) y la pérdida definitiva de abonados (se solicitan casi trece mil quinientos millones de pesetas). Respecto de ambos, el Tribunal Supremo destaca una serie de datos que le llevarán a relativizar la precisión de su cuantificación: que los informes periciales obvian cualquier referencia a las dificultades comerciales derivadas de la falta de acuerdo definitivo con algunas grandes superficies, puestas en evidencia en la fase de prueba testifical; la considerable diferencia entre ambos dictámenes en la valoración de este concepto, de más de cuatro mil millones; la omisión de cualquier referencia a la trascendencia que en la captación de clientes tuvo la mayor inversión publicitaria a partir de 15 de septiembre de 1997, a la mejora de los contenidos (los derechos del fútbol se obtuvieron a partir de la temporada 1997-1998, y los acuerdos con la Warner también son posteriores), y los efectos de la rebaja en las tarifas; que la traslación del número hipotético de abonados perdidos se hace con referencia a lo sucedido en otros mercados, fundamentalmente el francés, con diferentes renta *per capita*, contenidos de programación o inversión publicitaria. Asimismo pone de relieve las imprecisiones e incoherencias en los conceptos y en los cálculos que, en su opinión, tiñen ambos informes, y el que partan de valoraciones jurídicas o presunciones que no competen a un informe económico. Por todo ello obtiene la convicción de que la prueba pericial es insuficiente y lleva a cabo una evaluación propia, apoyándose en diversos datos extraídos selectivamente de ambos informes.

## IX. Responsabilidad Administrativa

Dicha evaluación es ciertamente compleja, en muchos aspectos discutible (se trata de cálculos hipotéticos) y no resulta fácil de glosar, de modo que por cuestiones de espacio preferimos remitir al lector interesado a su consulta. Tan sólo constatar que finalmente, la cantidad indemnizatoria global asciende a unos cuatro mil cuatrocientos millones de pesetas, frente a los más de dieciséis mil solicitados.

### **B) Legalidad de una negativa a autorizar la prestación de servicios de transporte marítimo de personas e inexistencia de derecho a indemnización**

En la STS de 22 de octubre de 2003, Ar. 8591, reclama indemnización una empresa de transporte marítimo de pasajeros a la que se le deniega la autorización para inaugurar una línea regular entre un puerto español y otro marroquí. Considera que se ha vulnerado el Derecho comunitario, en concreto, del principio de libre prestación de servicios, y deriva de dicha vulneración la responsabilidad administrativa. Al efecto, solicita el planteamiento de cuestión prejudicial acerca tanto del incumplimiento estatal como de su eventual responsabilidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo deniega esta pretensión, a pesar de que conforme a lo dispuesto en el Tratado, está obligado a ello al tratarse de un Tribunal de última instancia. El Tribunal Supremo se acoge a la excepción del llamado, en la terminología comunitaria, “acto claro”, según el cual, como es sabido, incluso si se trata de un tribunal contra cuyas resoluciones no cabe interponer recurso, éste no está obligado a plantear cuestión prejudicial cuando la validez y la correcta interpretación de la norma comunitaria en cuestión sea evidente o manifiesta, y no genere duda alguna. Se trata, a nuestro juicio, de una muestra más del peligroso y más que discutible recurso extensivo a una excepción a la que la jurisprudencia comunitaria trata de poner límites, habida cuenta de que con frecuencia los tribunales nacionales interpretan los supuestos “actos claros” de una forma que, con posterioridad, se reputa errónea.

En este caso, el Tribunal Supremo estima que la Administración estatal actuó aplicando la excepción a la libre prestación de servicios por razones de orden público y seguridad pública, al carecer de medios para el control de la inmigración y de servicios para la seguridad pública, dado el escaso tráfico que los puertos en cuestión recibían. Es por ello que denegó la autorización y procedió a convocar plazas y, sólo una vez aumentadas las plantillas, a autorizar dicha línea. El Alto Tribunal considera la medida limitativa de la libre prestación de servicios, por tanto, proporcionada. Por ello mismo, no cabe deducir responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario.

La Sentencia, y no es la primera, maneja como decíamos, un concepto probablemente demasiado extenso de la doctrina del acto claro, que, por tratarse de una excepción, debe aplicarse en sentido estricto. Y obvia que, según parece desprenderse de los autos, hubo un retraso por parte de la Administración española en revisar antes de 1 de enero de 1993 el Tratado bilateral con Marruecos, a lo que estaba obligado por la normativa comunitaria, siendo la vigencia de dicho Tratado con posterioridad a la fecha de su obligada denuncia la razón inicialmente esgrimida por las autoridades españolas para denegar la autorización controvertida.

## **7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL *DIES A QUO* PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE ERROR JUDICIAL**

Como hemos puesto de relieve en múltiples ocasiones, la en ocasiones notable generosidad que muestra la jurisprudencia a la hora de declarar la responsabilidad administrativa y de interpretar sus presupuestos procesales y materiales contrasta con su común rigurosidad cuando se trata de la responsabilidad del propio poder judicial.

En esta línea, la **STS de 20 de octubre de 2003**, Ar. 7624, aclara que ni la interposición de un recurso de revisión ni tan siquiera la de un incidente de nulidad suspenden el plazo de tres meses para solicitar la declaración de error judicial. Estos recursos extraordinarios deben utilizarse, pues, de forma alternativa o conjunta, esto es, simultánea.

EMILIO GUICHOT REINA  
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Instrumentos de gestión del empleo público. Las Relaciones de Puestos de Trabajo no pueden asignar niveles distintos a puestos de trabajo de idéntico cometido. 3. Acceso.** A) La titulación exigida debe ser la adecuada para el desempeño del puesto de trabajo cuya cobertura se pretende. Personal laboral. B) Selección del personal laboral. Competencia revisora del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Doctrina de los actos separables. C) Es inconstitucional la exigencia de un límite máximo de edad para el acceso a todos los puestos de la función pública local. D) Pruebas de acceso restringido que no se ajustan a los requisitos establecidos por la disposición adicional sexta de la LMRFP. **4. Derechos y libertades de los funcionarios públicos.** A) Libertad sindical. a) Negociación colectiva. a') Debe someterse a negociación colectiva la clasificación de puestos de trabajo. b') No es posible obviar la preceptiva consulta sindical en los supuestos de modificación de las condiciones de trabajo. Médicos especialistas del Servicio Navarro de Salud. B) Derechos económicos. a) Sexenios de investigación. Valoración de la actividad investigadora por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora. Discrecionalidad técnica. Exigencias de motivación. Cuerpos docentes universitarios. b) Consolidación de los conceptos retributivos percibidos al margen de la legalidad. Complemento específico singular. Guardia Civil. **5. Incompatibilidades.** Incompatibilidad funcional. La mera relación entre las funciones o actividades propias del organismo de destino del funcionario y las actividades privadas determina la incompatibilidad de ambas. **6. Régimen disciplinario. Falta grave de desconsideración con los superiores. Comentarios irrespetuosos dirigidos en público al superior jerárquico.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica incluye una variada selección de las resoluciones pronunciadas recientemente por distintos órganos judiciales del orden contencioso-administrativo y por el Tribunal Constitucional.

Hemos elegido las sentencias más relevantes sobre diversos aspectos del régimen jurídico del empleo público, entre las que destacan algunas relativas al acceso y a los derechos económicos de los empleados públicos.

## 2. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO. LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO NO PUEDEN ASIGNAR NIVELES DISTINTOS A PUESTOS DE TRABAJO DE IDÉNTICO COMETIDO

Las Relaciones de Puestos de Trabajo no pueden establecer discriminaciones carentes de justificación objetiva y razonable entre puestos de trabajo de idéntico contenido. De lo contrario, el restablecimiento de la igualdad exigida por los arts. 14 y 23.2 CE determina la inaplicación de las disposiciones de las relaciones de puestos de trabajo que establezcan normas discriminatorias.

En consecuencia, la **STSJ del País Vasco de 10 de febrero de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima. Ar. 797, desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de instancia que estimó la petición de la actora de consideración de nivel 26 de complementos de destino y específico como el resto de puestos de trabajo de nivel 26, por resultar acreditado que –pese a lo previsto por la RPT del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social– la actora desempeñada los mismos servicios que el resto de inspectores.

## 3. ACCESO

**A) La titulación exigida debe ser la adecuada para el desempeño del puesto de trabajo cuya cobertura se pretende. Personal laboral**

La **STSJ de Murcia de 31 de enero de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 111567, estima el recurso interpuesto contra la convocatoria por la Autoridad Portuaria del Ayuntamiento de Cartagena para la cobertura de una plaza de personal laboral que exigía “titulación FP1 o FP2, en delineación/topografía”. La actora alegó que los estudios de topografía tienen carácter de titulación universitaria de grado medio (Ingeniería Técnica en Topografía).

## X. Función Pública

Por su parte, la Sala apreció que no es posible equiparar la titulación de delineante con la de topógrafo, tal como hizo la convocatoria impugnada. Pues es evidente que la profesión de topógrafo requiere la superación de estudios universitarios de primer ciclo. Por ello, la STSJ de Murcia de 31 de enero de 2004, declara la obligación de la Administración de ajustar la titulación exigida en la convocatoria a la realidad de las diversas profesiones mencionadas por la misma.

### **B) Selección del personal laboral. Competencia revisora del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Doctrina de los actos separables**

La naturaleza administrativa del procedimiento y del acto de resolución de los concursos para la adjudicación de puestos de personal contratado laboral determinan la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El hecho de que con anterioridad al nacimiento del vínculo laboral los órganos administrativos pertinentes ejerzan un conjunto de atribuciones otorgadas normativamente, permite situar en el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa todas las cuestiones previas que se planteen en relación con tales cuestiones.

Tal como señala la STSJ de Murcia de 31 de enero de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 111567, de conformidad con la doctrina de los actos separables, corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las impugnaciones dirigidas contra el procedimiento administrativo de selección del trabajador y contra el acto de su designación; mientras que es competencia de la jurisdicción social el enjuiciamiento de los litigios surgidos en la dinámica del contrato de trabajo que sigue a las actividades administrativas de selección y designación.

### **C) Es inconstitucional la exigencia de un límite máximo de edad para el acceso a todos los puestos de la función pública local**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón promovió cuestión de inconstitucionalidad respecto del último inciso del art. 135.b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, por posible contradicción con el art. 23.2 CE. La duda de constitucionalidad surge del límite máximo de edad (no exceder de aquélla en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa dispuesta por la legislación básica) que el precepto citado establece para el acceso a los puestos de la función pública local. Más concretamente, el órgano judicial remitente justifica la cuestión de inconstitucionalidad en el hecho de que el límite de edad resulte aplicable para el acceso a cualquier puesto de trabajo en la función pública local.

Si bien el precepto normativo que da lugar a la cuestión de inconstitucionalidad ha resultado modificado por el art. 58 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en cuya virtud, para el acceso a la función

pública basta “tener cumplidos 18 años de edad”, la **STC 37/2004, de 11 de marzo**, Pleno, Cuestión de inconstitucionalidad, declara que la cuestión planteada no ha perdido su objeto, puesto que el precepto enjuiciado resulta aplicable en el juicio *a quo* en que se origina el proceso constitucional.

En el examen del art. 135.b) LRL desde la perspectiva del art. 23.2 CE, el TC recuerda su reiterada doctrina sobre el citado precepto constitucional, que impide exigir para el acceso a la función pública requisitos o condiciones no vinculados a los principios de mérito y capacidad. También según consolidada doctrina del Alto Tribunal, corresponde a los órganos del Estado demandado justificar la razonabilidad de la exigencia de requisitos para el acceso a la función pública que no guarden relación aparente con los conceptos de mérito y capacidad.

Sin embargo, en el caso enjuiciado por la STC 37/2004, ninguno de los motivos alegados son considerados razonables desde la perspectiva constitucional. No es razonable que la exigencia de un límite de edad para el acceso a la función pública pueda ampararse en el régimen jurídico de los derechos pasivos de los funcionarios afectados, pues impide el acceso de aspirantes que pudiesen reunir mayores méritos y capacidades. Tampoco una previsión como la establecida por la norma enjuiciada puede justificarse en la conveniencia de que ciertos puestos sean cubiertos de forma estable, desde el momento en que el límite de edad se aplica a todos los funcionarios públicos locales.

En consecuencia, la STC 37/2004, estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara la inconstitucionalidad y la nulidad del art. 135.b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

#### **D) Pruebas de acceso restringido que no se ajustan a los requisitos establecidos por la Disposición Adicional Sexta de la LMRFP**

El Gobierno de la Nación promovió recurso de inconstitucionalidad contra el punto dos de la Disposición Adicional Octava de la Ley de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación pública de la Administración del Principado, introducida por el art. 1 de la Ley 4/1996, de 13 de diciembre. El citado precepto dispone lo siguiente:

“El contenido de las pruebas selectivas que se convoquen se ajustará a los siguientes criterios:

- a) Para quienes hubieran accedido a la condición de personal laboral fijo mediante la superación de pruebas selectivas convocadas con arreglo a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, la condición de funcionario de carrera podrá adquirirse mediante la superación de un curso de formación sobre materias relacionadas con el conocimiento de las instituciones públicas y la organización de la Administración.

## X. Función Pública

b) Para quienes no pudieran acreditar las condiciones de acceso en los términos previstos en el apartado anterior, la adquisición de la condición de funcionario requerirá la superación de dos cursos, el primero de ellos con contenido coincidente con el descrito en el epígrafe citado, y el segundo que versará sobre los contenidos del temario de las últimas oposiciones convocadas por la Administración del Principado de Asturias para el acceso al Cuerpo o Escala en el que se pretenda la integración.”

El TC comienza comparando la norma impugnada con la norma básica estatal señalada como contraria a la citada disposición recurrida. La norma estatal básica aplicable al caso es el art. 19.1 LMRFP, en cuya virtud, y en otros principios, las Administraciones públicas seleccionan a su personal, funcionario o laboral, “(...) mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (...)”. Sin perjuicio de lo establecido por el art. 19.1 LMRPF, el apartado 4 de la Disposición Transitoria Sexta de la misma norma, contempla la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan convocar pruebas “específicas” o de “carácter restringido”, siempre que se dirijan a contratados administrativos que hubiesen sido contratados mediante convocatorias públicas antes del 15 de marzo de 1984.

La **STC 38/2004, de 11 de marzo**, Pleno, Recurso de inconstitucionalidad, concluye que el sistema de acceso a la función pública previsto en el punto dos de la disposición adicional impugnada es de tipo restringido o específico, pues se dirige exclusivamente a quienes, en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Asturias 3/1985, de ordenación de la función pública de la Administración del Principado, tuviesen la condición de personal laboral fijo, excluyendo a quienes de la participación en dichas pruebas carezcan de vínculo laboral fijo derivado de la concurrencia a convocatorias anteriores a la entrada en vigor de dicha ley. En definitiva, la norma controvertida excluye de la participación en tales pruebas a los “aspirantes libres”, entre los que se incluyen los funcionarios interinos de la Administración asturiana.

La STC de 11 de marzo de 2004 estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación, pues las pruebas de acceso a la función pública reguladas en la norma impugnada contrarían la legislación básica estatal. Por un lado, no se trata de pruebas de acceso libre previstas en el art. 19.1 LMRFP. Por otro lado, tampoco la modalidad de acceso contemplada en la legislación asturiana tiene encaje en la Disposición Transitoria Sexta de la LMRFP, dado que su ámbito de aplicación no se ciñe a los contratados administrativos ni respeta el límite temporal establecido al efecto por dicha norma estatal básica. Por último, el TC precisa que las pruebas selectivas establecidas por la norma impugnada no pueden encontrar justificación en la voluntad de satisfacer la exigencia de las relaciones de puestos de trabajo de que los puestos ahora cubiertos por personal laboral sean ocupados por personal funcionario.

#### 4. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

##### A) Libertad sindical

##### a) Negociación colectiva

##### a') Debe someterse a negociación colectiva la clasificación de puestos de trabajo

El contenido esencial de la libertad sindical –en su faceta colectiva– tiene un núcleo mínimo e indisponible que comprende los medios de acción necesarios para que los sindicatos puedan cumplir sus fines (art. 7 CE). Entre dichos medios se encuentra la negociación colectiva.

En consecuencia, la **STS de 16 de enero de 2004**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 428, desestima el recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Albacete contra la STSJ de Castilla-La Mancha que declaró nulo de pleno derecho un Acuerdo de la citada Diputación por el que se suprimían y creaban puestos de trabajo, en lo relativo a la supresión del puesto de Jefe de Servicio de Personal y a la creación del puesto de Jefe de Sección Jurídico-Personal, cuestión que no fue sometida a la Mesa de Negociación con los Sindicatos de Personal. Respecto de las alegaciones de la Diputación de Albacete, recuerda la Sala que el principio de autoorganización inherente a la autonomía provincial no puede operar al margen del marco legal de la negociación colectiva en la función pública, pues dicha regulación dispone claramente la necesidad de que la clasificación de puestos de trabajo se someta a negociación [art. 32.d) de la Ley 9/1987]. Añade además la STS de 16 de enero de 2004 que, a tal efecto, es indiferente el mayor o menor número de puestos de trabajo que puedan resultar afectados por la clasificación.

##### b') No es posible obviar la preceptiva consulta sindical en los supuestos de modificación de las condiciones de trabajo. Médicos especialistas del Servicio Navarro de Salud

La modificación de las retribuciones o de la jornada laboral de los empleados públicos –aunque se realice con el objetivo de acomodar dichos aspectos a la normativa propia de una Comunidad Autónoma– está sometida a consulta con las organizaciones sindicales adecuadas, mediante las correspondientes Mesas de Negociación (art. 32 de la Ley sobre Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas).

Tal como señala la **STS de 4 de febrero de 2004**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 886, la garantía de los principios constitucionales de libertad e intervención sindical, determina el carácter preceptivo de la consulta en todos los supuestos de modificación de las condiciones de trabajo o el salario de los funcionarios públicos.

La obligada consulta sindical no puede ser obviada alegando que –en el caso de autos– las modificaciones llevadas a cabo corresponden a la necesidad de acomodar la asistencia

## X. Función Pública

sanitaria a las prescripciones de la Ley Foral Navarra 19/1990, pues dicha norma no regula el sistema retributivo ni las condiciones de trabajo de los médicos especialistas. Asimismo, el derecho a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo no puede ser ignorado mediante la alegación de la Administración demandada de haber mantenido al efecto consultas individualizadas con un buen número de los médicos afectados.

### B) Derechos económicos

#### a) Sexenios de investigación. Valoración de la actividad investigadora por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora. Discrecionalidad técnica. Exigencias de motivación. Cuerpos docentes universitarios

Las resoluciones de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora que valoran negativamente los méritos de investigación acreditados por los interesados son ajustadas a Derecho, aun cuando su motivación no exprese los criterios recogidos en el informe emitido por Comité Asesor de dicha Comisión.

Invocando la STS de 5 de julio de 1996, dictada en interés de ley, la **STSJ de Murcia de 15 de enero de 2004**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 110861, manifiesta que las resoluciones de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora están motivadas suficientemente cuando incorporan las puntuaciones asignadas por los Comités Asesores, pese a que dichas resoluciones se limiten a valorar globalmente el conjunto de aportaciones realizadas por los interesados en cada uno de los criterios objeto de evaluación. El requisito de motivación se entiende satisfecho aunque la Comisión no haga explícitas las razones por las que los Comités Asesores emiten un juicio positivo o negativo de la actividad investigadora realizada por los interesados.

Si bien la Comisión Nacional Evaluadora y los Comités Asesores disponen de discrecionalidad técnica para la valoración del rendimiento de la actividad investigadora, no es éste el motivo por el que las decisiones de evaluación siguen exigencias más laxas de motivación que las exigidas con carácter general [art. 54.1.f) de la Ley 30/1992]. La razón determinante de la suficiencia de la motivación de las decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora estriban en el hecho de basarse en la aceptación de los informes emitidos por los citados Comités Asesores, órganos integrados por miembros de la comunidad científica, constituidos para el asesoramiento de dicha Comisión. Siempre que estos Comités Asesores –constituidos para asesorar a la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora– actúen de conformidad con las disposiciones establecidas al efecto, sus valoraciones globales del conjunto de las aportación realizadas por los interesados satisfacen las exigencias de motivación de las resoluciones de la Comisión en cuestión.

#### b) Consolidación de los conceptos retributivos percibidos al margen de la legalidad. Complemento específico singular. Guardia Civil

Desde la entrada en vigor de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, del Régimen del Personal de la Guardia Civil, la Dirección General de la Guardia Civil ha venido reconociendo el derecho de los miembros de la Guardia Civil a percibir las cuantías que en con-

cepto de complemento específico venían percibiendo anteriormente cuando por causas no imputables a los interesados y con motivo de ascenso, no obtenían destino en el plazo de seis meses legalmente establecido.

En el caso enjuiciado por la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de febrero de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 62518, el demandante, teniente Ayudante de Comandancia de Guardia Civil, cesó en dicho puesto en junio de 2001, ascendiendo al empleo de capitán de la Guardia Civil en julio de 2001. El demandante percibió durante todo el año 2001 el complemento específico singular correspondiente al puesto que ocupaba (Teniente Ayudante de Comandancia), incluidos los seis primeros meses (julio a diciembre de 2001) siguientes a su ascenso al empleo de capitán, pese a no tomar posesión efectiva de dicho cargo hasta septiembre de 2002. Sin embargo, el actor dejó de percibir el complemento específico singular en enero de 2002. Presentada solicitud de reclamación retributiva, fue rechazada por resolución administrativa que invocaba las Normas de Gestión del Catálogo de Puestos de trabajo de la Guardia Civil, en cuya virtud el derecho al devengo de dicho complemento surge con motivo de la toma de posesión posterior al nombramiento para un puesto de trabajo.

Al respecto, la STSJ de Castilla y León de 2 de febrero, comienza apreciando la existencia de una laguna legal en este asunto. Señala la Sala que la situación acaecida carece de todo amparo legal, pues al margen de las citadas Normas de Gestión del Catálogo de Puestos de Trabajo —que lógicamente, no pueden contravenir normas de rango superior— no existen normas que justifiquen la percepción ni la falta de percepción de dicho complemento específico, ni mucho menos que el complemento se perciba durante los seis primeros meses y deje de percibirse posteriormente.

Por ello, concluye la Sala que la Administración, al haber abonado voluntariamente este complemento específico singular y al margen de los requisitos legalmente establecidos, ha determinado la consolidación de este derecho económico a favor del recurrente. Dado que la Administración ha abonado dicho complemento de manera “alegal”, sin reclamar en ningún momento su devolución, no puede cesar en el abono del mismo hasta la efectiva toma de posesión por el recurrente de su puesto de trabajo.

## **5. INCOMPATIBILIDADES. INCOMPATIBILIDAD FUNCIONAL. LA MERA RELACIÓN ENTRE LAS FUNCIONES O ACTIVIDADES PROPIAS DEL ORGANISMO DE DESTINO DEL FUNCIONARIO Y LAS ACTIVIDADES PRIVADAS DETERMINA LA INCOMPATIBILIDAD DE AMBAS**

Para resolver sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre un puesto de trabajo en el sector público y otro en el sector privado no ha de considerarse la función desempeñada por el interesado, sino la actividad que se desarrolla en el organismo, departamento o entidad donde el funcionario presta su trabajo.

## X. Función Pública

Si bien la Ley 53/1984, de Incompatibilidades (art. 11) y el Reglamento de 30 de abril de 1985 (art. 9), disponen que el personal incluido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer actividades privadas “(...) que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado”, no siendo posible “(...) el reconocimiento de compatibilidad con actividades privadas cuyo contenido se relacione directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento, Organismo, Ente o Empresas Públicas a los que el interesado esté adscrito o preste sus servicios”, tal como apreció la STS de 23 de marzo de 1998, dictada en interés de ley, basta con que la mencionada relación exista entre las funciones y actividades propias del organismo de destino del funcionario y las actividades de carácter privado. Por tanto, para la declaración de incompatibilidad no es preciso que exista relación directa entre las específicas actividades que en función pueda desempeñar en los ámbitos públicos y privado.

En aplicación de la doctrina expuesta, la SAN de 15 de enero de 2004, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 53906, estima que –en el concreto caso enjuiciado– existe la denominada “incompatibilidad funcional”, por cuanto están directamente relacionados los servicios públicos que el apelante presta en la Subdirección General de Migraciones y Programas para Refugiados, con la actividad privada propia de una ONG con fines de promoción social de la migración y de ayuda a los refugiados.

### **6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. FALTA GRAVE DE DESCONSIDERACIÓN CON LOS SUPERIORES. COMENTARIOS IRRESPECTUOSOS DIRIGIDOS EN PÚBLICO AL SUPERIOR JERÁRQUICO**

No son incardinables en la libertad de expresión comentarios o afirmaciones de funcionarios que atribuyen conductas constitutivas de delito a los superiores jerárquicos.

Por otro lado, el grado de tensión del ambiente en que viertan tales expresiones, lejos de atenuar la gravedad de las mismas, puede incrementarla.

En el caso enjuiciado por la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 16 de enero de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 37534, “(...) precisamente por el entorno en que se formularon las expresiones y el significado de las mismas no puede negarse que no constituyan graves desconsideraciones hacia un superior cuando se le califica de terrorista, y es más grave aun si lo que se denuncia es terrorismo laboral delante de otros compañeros, lo cual puede desprestigiar aun más al superior delante de otros compañeros de trabajo (...)”.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN  
BELÉN MARINA JALVO



**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Planeamiento urbanístico.** A) Determinaciones del PERI: aunque sirva de eje de relación a varios ámbitos locales, la glorieta no alcanza la consideración de sistema general directamente ligado al servicio del conjunto de la población. B) La modificación de un Plan General que cambia la clasificación y el uso del suelo de no urbanizable a urbanizable exige evaluación de impacto ambiental. C) Nulidad de un Plan Especial de Protección carente de Estudio Económico-Financiero y de estudios geológicos y arqueológicos. D) La impugnación por la autoridad autonómica de una modificación puntual del PGOU, aprobada por el Ayuntamiento en virtud de la delegación competencial recibida de aquélla, requiere la previa declaración de lesividad del acuerdo impugnado.

**2. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas.** A) La obligación legal impuesta por el artículo 84.3.b) de la Ley del Suelo de 1976 ha de entenderse como la cesión del 10 por ciento del aprovechamiento lucrativo medio del sector, o lo que es lo mismo, el aprovechamiento que resulta después de deducir las cesiones obligatorias de los terrenos y los costes de urbanización.

**1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO****A) Determinaciones del PERI: aunque sirva de eje de relación a varios ámbitos locales, la glorieta no alcanza la consideración de sistema general directamente ligado al servicio del conjunto de la población**

La glorieta en cuestión era un nudo de tres avenidas que resolvía el encuentro viario entre todo el ámbito residencial al sur y oeste del PERI, el acceso a Irún desde la antigua N-1 y el centro de la ciudad de Irún, a través de la Avenida de Guipúzcoa.

Partiendo de su reiterada doctrina, según la cual “para que el viario sea catalogable entre los sistemas generales, que esté al servicio de la generalidad de los ciudadanos o que proporcione los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio (Sentencias de 11 de marzo de 1991, 29 de enero de 1994, 3 de diciembre de 1994, 6 de febrero de 1997 y 6 de mayo de 1998)”, la STS de 11 de

noviembre de 2003, Ar. 8425, no considera que la apreciación de la Sala de instancia sea ilógica o irracional cuando llega a la conclusión fáctica de que, si bien la glorieta sirve de eje de relación a varios ámbitos locales, no por ello alcanza la consideración de sistema general directamente ligado al servicio del conjunto de la población.

### **B) La modificación de un Plan General que cambia la clasificación y el uso del suelo de no urbanizable a urbanizable exige evaluación de impacto ambiental**

La STS de 30 de octubre de 2003, Ar. 7974, confirma la del TSJ de Murcia que había anulado la modificación del Plan General de Cartagena por omisión indebida de evaluación de impacto ambiental, tal y como impondría la lista de actividades contenida en el Anexo I del RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio (ampliada por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/1989, de 27 de marzo), amén de la legislación autonómica.

La tesis de los recurrentes en casación era que la modificación del Plan en sí mismo —que posibilitaba la construcción de 4.400 ha y 3.000 plazas hoteleras— no conllevaba la transformación del suelo y eliminación de cubierta vegetal, proponiendo que dicho trámite correspondería al posterior Programa de Actuación Urbanística, Plan Parcial o Proyecto de Urbanización. El Supremo rechaza sin vacilación este argumento:

“Es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (v.g., aprobación de Programas de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del Plan General, con el riesgo de que o bien por razones medio ambientales apreciadas posteriormente el Plan no pueda ser ejecutado o bien se devalúen o minimicen las razones medio ambientales para no dejar inoperante al Plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan General y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente.”

En consecuencia, concluye el Tribunal, el proyecto de modificación del Plan carente de evaluación ambiental ni siquiera debió llegar al umbral de la aprobación inicial.

### **C) Nulidad de un Plan Especial de Protección carente de Estudio Económico-Financiero y de estudios geológicos y arqueológicos**

La STS de 13 de noviembre de 2003, Ar. 8069, ratifica los dos motivos que provocaron la anulación del Plan Especial de Protección de las Cuevas de Altamira, aprobado por el

## XI. Urbanismo

Gobierno de Cantabria: omisión del Estudio Económico-Financiero y falta de motivación por ausencia de estudios geológicos y arqueológicos.

Como es sabido, la importancia y precisión del estudio económico-financiero han sido paulatinamente devaluados por la legislación urbanística. En alguna crónica anterior (núm. 18 de 2003), hemos visto que los tribunales ni siquiera lo consideran necesario cuando se trata de modificaciones nimias del planeamiento. No obstante, la presente Sentencia viene a reafirmar su exigibilidad cuando, como sucede con este Plan Especial de Protección, se prevé que los terrenos van a ser adquiridos por expropiación forzosa. En tal caso, dice el Tribunal, es aplicable lo previsto para los Planes Parciales en el artículo 63.4 del Reglamento de Planeamiento, a cuyo tenor “si para la ejecución del Plan Parcial se hubiera elegido el sistema de expropiación, el estudio económico-financiero contendrá, además, el cálculo estimatorio del coste de la expropiación, puesto en relación con la etapa en que se haya de realizar”.

La exigencia de los estudios geológicos y arqueológicos vendría impuesta, a su vez, por el artículo 76.4 del citado Reglamento, cuando ordena que la documentación del Plan contenga “una justificación de las bases que hubieran servido para el establecimiento de las infraestructuras o de las medidas de protección”. Según la Sentencia, la Memoria contenía una descripción geográfica del lugar, pero no una justificación de por qué se zonificó de ese modo y no de otro. Y, en palabras del Tribunal, “los propietarios de los terrenos incluidos en ellos, que ven mermada su propiedad de forma tan notable, tienen derecho a conocer las razones por las cuales son ellos solos, y no otros, los sacrificados para la protección del interés público que es objeto del Plan”.

### **D) La impugnación por la autoridad autonómica de una modificación puntual del PGOU, aprobada por el Ayuntamiento en virtud de la delegación competencial recibida de aquélla, requiere la previa declaración de lesividad del acuerdo impugnado**

Conviene dedicar una línea a lo decidido por la STS de 11 de noviembre de 2003, Ar. 8061, pues, aunque lo resuelto en este caso tiene un cariz eminentemente procesal, no deja de afectar a las competencias de aprobación del planeamiento y al control de la Comunidad Autónoma sobre acuerdos municipales en tal sentido.

En concreto, la Sala de instancia había inadmitido el recurso contencioso-administrativo de la Junta de Andalucía contra el acuerdo municipal que aprobara definitivamente una modificación puntual del PGOU, apreciando la falta de un presupuesto procesal como es la previa declaración de lesividad del acuerdo impugnado. La posibilidad legal de que el Ayuntamiento efectuara dicha aprobación traía su causa de una resolución del Consejero de Obras Públicas que delegaba en el mismo determinadas competencias urbanísticas.

El Supremo confirma el criterio del TSJ andaluz con este razonamiento:

“La problemática que los actos dictados por delegación plantean a efectos de revisión de oficio, así como las implicaciones que sobre la autonomía local tiene la revisión de oficio, cuando se trate de actos dictados por entidades locales en virtud de facultades delegadas en

ellas por las Comunidades Autónomas, no elimina la necesidad de la previa declaración de lesividad del acto recurrido. Contrariamente a lo que se dice en el motivo, la inadmisión del recurso no se deriva de que no se pueda impugnar el acto recurrido, sino de que no se haya cumplido previamente con el requisito de declaración de lesividad exigido por el artículo 19.2 de la Ley Jurisdiccional (...)

Ha de ponerse de relieve, igualmente, que la circunstancia de que la delegación que se encuentra en la base de la inadmisión acordada, sea entre entes distintos, modificando la naturaleza general de la delegación, que es entre órganos de un mismo ente, normalmente sujetos al principio jerárquico, tiene la apoyatura legal que proporciona el artículo 66 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, y que habilita la realización de actos del tipo del impugnado. Aceptado que se está en presencia de una delegación intersubjetiva, permitida legalmente, es indudable que la impugnación y anulación de dicho acto se encuentra sujeta a las reglas de la delegación por lo que es necesaria la previa declaración de lesividad del acto.”

## 2. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

### **A) La obligación legal impuesta por el artículo 84.3.b) de la Ley del Suelo de 1976 ha de entenderse como la cesión del 10 por ciento del aprovechamiento lucrativo medio del sector, o lo que es lo mismo, el aprovechamiento que resulta después de deducir las cesiones obligatorias de los terrenos y los costes de urbanización**

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en una serie de sentencias dictadas con ocasión de varios recursos de casación planteados frente a diversas sentencias del TSJ de Madrid, formuladas con ocasión de múltiples recursos contencioso-administrativos planteados contra los acuerdos del Jurado de Expropiación Forzosa de Madrid por los que se fijaba el justiprecio de fincas del Proyecto de Delimitación y Expropiación del PAU Sur (Sector Arroyo Culebro).

Las Sentencias del TS a que nos referimos son, entre otras, **SSTS de 8 de marzo de 2003**, Ar. 3761, y **de 8 de abril de 2003**, Ar. 3575, en cuyo FJ 6º sostuvo:

“El artículo 84.3.b) de la Ley del Suelo de 1976, establece entre las cesiones obligatorias que han de realizar los propietarios de suelo urbanizable programado: ‘b) Ceder obligatoria y gratuitamente el 10 por ciento restante del aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca’ y el correlativo artículo 219.2.e) del Reglamento de Gestión, precisa ‘cesión gratuita del 10 por ciento del aprovechamiento medio establecido para el territorio, o zona, a que se refiere la actuación con su correspondiente suelo una vez descontadas las cesiones del apartado a) de este número’ [cesiones de los terrenos destinados a dotaciones o servicios públicos necesarios de interés general a que se refiere el artículo 84.3.b) de la Ley]. (...)”

El aprovechamiento obligatorio y gratuito del 10 por ciento que han de ceder los propietarios de terrenos clasificados como suelo urbanizable programado ha de entenderse,

## XI. Urbanismo

como ya se indicaba anteriormente, el que reviste carácter lucrativo para los propietarios. A tal conclusión cabe llegar de la propia dicción del artículo 84.3.b) de la Ley del Suelo de 1976, que claramente establece que dicha cesión consistirá en ‘el 10 por ciento restante del aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca’ cesión que puede materializarse sustitutivamente en una indemnización económica según se prevé en el artículo 125.1 de la misma y cuando concurran las circunstancias en dicho precepto contempladas, ya que si conforme al artículo 85.3.a) están obligados a ceder gratuitamente los terrenos que se destinen con carácter permanente a viales, parques, jardines públicos, zonas deportivas públicas, de recreo y expansión, centros culturales y docentes y demás servicios públicos, y además a ceder, también, el 10 por ciento restante del aprovechamiento medio del Sector, el adverbio restante, puesto en conexión con la obligación del apartado anterior, claramente se está refiriendo al 10 por ciento del aprovechamiento que resulte después de deducir el bajo, o nulo, aprovechamiento que a los sistemas generales el plan pueda otorgar, pues sólo así y con esta interpretación cobra sentido la inclusión por el legislador de la expresión adverbial de ‘restante’ que utiliza y siendo ello así no puede predicarse, cual se realiza en los motivos enjuiciados, que el 10 por ciento del aprovechamiento medio que hay que ceder resulte del valor del aprovechamiento total del polígono y no del valor del suelo derivado del aprovechamiento urbanístico del terreno del que hay que ceder dicho 10 por ciento (...)”

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS



**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

**1. Consideración previa. 2. Bienes locales.** A) Régimen jurídico de los bienes públicos. Inalienabilidad de los bienes de dominio público. Imposibilidad de constituir derechos reales de carácter privado. B) Desafectación de los bienes de dominio público. Desafectación por aprobación de los Planes de Ordenación Urbana. C) Utilización de los bienes de dominio público. Competencias de los Municipios para establecer condiciones para su utilización. D) Conservación de los bienes públicos. Efectos de la calificación jurídica de los bienes contenida en el Inventario. E) Potestades administrativas. Potestad de investigación. F) Potestades administrativas. Condiciones para el ejercicio de las potestades de deslinde y de recuperación de oficio. **3. Aguas continentales.**

A) Aguas subterráneas: denegación de concesión improcedente; aprovechamiento de manantial que traía causa de la Lag. de 1879; declaración de sobreexplotación de acuíferos. B) Aprovechamientos hidroeléctricos: caducidad por paralización de la explotación en relación a unos saltos hidráulicos y problema de la determinación del derecho aplicable; reconocimiento de indemnización por vía de hecho administrativa que perjudicó otro salto de agua. C) Comunidades de Usuarios: régimen de comunidad sustituido por el de convenio. D) Limitaciones de uso: indemnización. E) Sequía: medidas extraordinarias. **4. Aguas marítimas.** A) Usurpaciones del demanio marítimo y potestad de recuperación de oficio. Inexistencia de responsabilidad patrimonial. B) Deslinde. a) Declara demanio marítimo lo que por naturaleza es tal, prevaleciendo sobre inscripciones registrales. b) El deslinde provisional atribuye las competencias sobre los bienes incluidos en el mismo al Estado. c) Un posterior deslinde corrector no implica revisar de oficio o declarar lesivo el previo. d) Procedimiento de deslinde. a') Es necesaria la intervención de los interesados. b') Prevalecen los elementos de prueba públicos frente a los privados no ratificados. c') La declaración de deslinde debe estar motivada. e) Existe acción pública para el control del deslinde por la jurisdicción contencioso-administrativa, que no podrá pronunciarse sobre cuestiones de propiedad. C) Limitaciones sobre las pro-

pedades colindantes. Servidumbre de protección: la categorización como suelo urbano de esta zona impone esta clasificación en los planes urbanísticos. D) Usos privativos del demanio marítimo. a) Edificación. La regla general impide edificar sobre el demanio marítimo-terrestre salvo necesidad. b) Los usos privativos exigen el otorgamiento previo de una concesión administrativa. a') La concesión administrativa es un acto discrecional que deberá estar suficientemente motivado. b') El ámbito físico de la concesión debe coincidir con terrenos de naturaleza demanial. c') El clausulado concesional podrá determinar la incorporación de bienes particulares al demanio costero. d') La concesión se extingue por transcurso del plazo fijado y por incumplimiento del clausulado.

E) Infracciones y sanciones. a) Realizar obras sin título es una infracción administrativa, sólo legalizable por motivos de interés público. b) Legislación aplicable: irretroactividad de normas sancionadoras desfavorables. **5. Carreteras.** A) Accesos a las fincas: improcedencia de indemnización. B) Variantes: proyecto de construcción de variante incluida en la planificación urbanística y exención del trámite de información pública. C) Autopistas en régimen de concesión: prórroga o reducción de peajes. Aumento del plazo concesional, discrecionalidad técnica en la adjudicación concesional. **6. Montes. Repoblación forestal.** **7. Patrimonio del Estado: bienes incautados a partidos políticos tras la guerra civil.** **8. Fiscalidad sobre bienes públicos.** A) Precios del agua autorizados por Comunidad Autónoma. B) Canon de vertidos: diversas cuestiones. C) Régimen económico-financiero del trasvase Tajo-Segura. D) Puertos: reserva de ley y compatibilidad entre diversos conceptos. E) Gravamen por la utilización del dominio público local: necesidad de concesión formal de su uso. F) Tributación de los bienes del Estado y otras Administraciones. Calzadas laterales de las autopistas en el IBI.

## 1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 7133 a la 8932 del RA (cuadernillos 25 a 33) y la Constitucional desde la 1/2004, de 14 de enero, hasta la 74/2004, de 22 de abril.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### 2. BIENES LOCALES

#### A) Régimen jurídico de los bienes públicos. Inalienabilidad de los bienes de dominio público. Imposibilidad de constituir derechos reales de carácter privado

Los bienes de dominio público son inalienables. Ello implica que no pueden ser enajenados total o parcialmente en tanto no se desafecten y se conviertan en bienes patrimoniales. De esta forma, en la STS de 1 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8133, se rechaza que pueda constituirse un derecho de superficie sobre un bien de dominio público mientras no se desafecte.

#### B) Desafectación de los bienes de dominio público. Desafectación por aprobación de los Planes de Ordenación Urbana

Los bienes de dominio público pueden desafectarse por la aprobación de los planes de ordenación urbana, según se establece en el artículo 81.2.a) de la LRBRL de 1985. No obstante, para que se produzca esa desafectación la nueva finalidad prevista en el plan urbanístico no debe conllevar también la calificación como bien de dominio público. En este sentido, en la STS de 1 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8133, se afirma que la modificación del planeamiento urbanístico no ha conllevado la desafectación del bien de dominio público, dado que el nuevo fin también implicaba la calificación como dominio público.

#### C) Utilización de los bienes de dominio público. Competencias de los Municipios para establecer condiciones para su utilización

El Ayuntamiento tiene competencias para establecer condiciones para la ocupación de sus bienes públicos. Sin embargo, dichas condiciones deben coordinarse con las competencias de otras Administraciones públicas que deban hacerse efectivas en el dominio público local. Esa necesidad de coordinación se ha planteado en la STS de 15 de diciembre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 326 de 2004, con motivo de las condiciones establecidas por los Ayuntamientos para la ocupación de los bienes de dominio público por antenas de telefonía móvil autorizadas por el Estado.

En la citada STS se afirma que, como ya se dijo en la STS de 24 de enero de 2000, el artículo 149.1.21ª de la Constitución delimita las competencias estatales en materia de telecomunicaciones respecto de las Comunidades Autónomas, mientras que las competencias municipales derivan de la Ley, sin perjuicio de que la autonomía local represente una garantía institucional reconocida por la Constitución para la gestión de los intereses locales (artículos 137 y 140 de la Constitución); igualmente cita el TS la propia Sentencia de 18 de junio de 2001, en la que se afirmaba que la existencia de un reconocimiento de las competencias en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los Entes locales.

El sistema de fijación o de determinación de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas que se verifica en el Título VIII de la Constitución tiene como finalidad el establecer los principios con arreglo a los cuales deben distribuirse las competencias básicas, normativas y de ejecución entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como entes territoriales investidos de autonomía legislativa. Sin embargo, no impide que la Ley, dictada con arreglo al esquema competencial citado, reconozca competencias a los Entes locales ni anule la exigencia constitucional de reconocer a cada Ente local aquellas competencias que deben considerarse necesarias para la protección de sus intereses en forma tal que permita el carácter reconocible de la institución.

La autonomía municipal es, en efecto, una garantía institucional reconocida por la Constitución para la gestión de sus intereses (artículos 137 y 140 de la Constitución) y hoy ha sido asumida en sus compromisos internacionales por el Reino de España (artículo 3.1 de la Carta europea de autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988).

De acuerdo con lo expuesto, en la STS referida se dice que los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiere el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicaciones (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 de la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones y 43 y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998).

#### **D) Conservación de los bienes públicos. Efectos de la calificación jurídica de los bienes contenida en el Inventario**

En la STS de 1 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8133, se plantean las consecuencias que puede tener la inclusión de un bien en un inventario con una determinada naturaleza jurídica. En relación con este punto en la STS mencionada se afirma que este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes de las Entidades locales, sino por su afección real a un uso o servicio público, siquiera la inclusión en el catálogo pueda en principio apuntar a favor de esa naturaleza. Así, la STS de 28 de marzo de 1989 declaró que la realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal y las de 5 de abril de 1993 y 23 de mayo de 2001 se manifiestan en el mismo sentido.

#### **E) Potestades administrativas. Potestad de investigación**

El ejercicio por los Ayuntamientos de prerrogativas requiere sujetarse al procedimiento previsto en la legislación de régimen local. En caso de no respetarlo quedará afectada la

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

validez de la resolución administrativa que se adopte. Ese incumplimiento del procedimiento se aprecia en la STS de 31 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 279 de 2004. En este sentido, en la Sentencia mencionada se afirma que en los procedimientos de investigación debe notificarse a aquellas personas que resulten afectadas por dicho expediente, una vez que tenga conocimiento el Ayuntamiento de su existencia. En caso contrario se estaría causando indefensión y se procedería a anular el acto por haberse prescindido de un trámite esencial del mismo, lo que da lugar a indefensión [artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992].

### F) Potestades administrativas. Condiciones para el ejercicio de las potestades de deslinde y de recuperación de oficio

La Entidad local puede ejercer las potestades de deslinde y de recuperación de oficio, ajustándose para ello a las condiciones previstas en la normativa de régimen local. Entre ellas puede mencionarse la exigencia de que previamente se demuestre la existencia de un bien público. En este sentido, en la STS de 10 de diciembre de 2003, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 316 de 2004, se afirma que no pudo identificarse el camino porque no existía, al menos en un tramo importante de su recorrido; y a partir de este hecho asiste la razón a la Sentencia recurrida al considerar que falta el presupuesto para la recuperación de oficio al no poderse acreditar la posesión municipal ni el uso público de una vía inexistente al menos en parte; igualmente debe compartirse el pronunciamiento de la Sentencia según el cual no fue correcto ni conforme a Derecho tramitar un expediente de deslinde de un bien cuya existencia no constaba en debida forma.

## 3. AGUAS CONTINENTALES

### A) Aguas subterráneas: denegación de concesión improcedente; aprovechamiento de manantial que traía causa de la Ley de Aguas de 1879; declaración de sobreexplotación de acuíferos

En la STS de 18 de septiembre de 2003, Ar. 6425, se confirma la STSJ de Andalucía que dio la razón a unos particulares que pretendían la anulación de la Resolución de la CH del Guadalquivir que les había denegado la concesión para aprovechamiento de las aguas de un pozo. El Abogado del Estado que en este proceso pretende la casación de la Sentencia de instancia, adujo que esta última había infringido la DT Sexta de la Lag. de 1985, defendiendo lo que había sido sostenido por la Administración hidráulica: la unidad hidrogeológica controvertida gozaba de un equilibrio entre extracciones y recargas que se vería alterada si se permitían más aprovechamientos. Sin embargo, la Sala de instancia consideró acreditado que había recursos suficientes para la concesión discutida, por lo que el TS no puede discutir en casación dicha declaración de hechos.

Según el artículo 149 de la Lag. de 1879: “El que durante veinte años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de la autoridad o de tercero, continuará disfrutándolo aun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización”. La STS de 22 de septiembre de 2003, Ar. 7175, analiza un caso en el que se pretende por una Comunidad de usuarios obtener una concesión de agua procedente

de un manantial para usos domésticos y ganaderos, pero el TS entiende que como la citada Comunidad no hizo uso de la acreditación de su derecho de prescripción a las aguas que ostentaba con arreglo a la legislación anterior (Lag. de 1879), que permitía la DT Primera.<sup>2</sup> de la Lag. de 1985 en un plazo de tres años desde la entrada en vigor de esta última norma y mediante acta de notoriedad, no cabe la obtención de dicho título concesional, a lo que hay que sumar que la Administración hidráulica para su denegación ha aplicado el criterio de la racionalidad y del interés público (FJ 3º).

Siguiendo jurisprudencia anterior [así, entre otras puede verse la STS de 19 de julio de 2001, crónica XII.3.B) del núm. 15 de esta Revista], la STS de 13 de octubre de 2003, Ar. 7910, vuelve a reiterar que la Resolución que aprueba el régimen de explotación del acuífero del Campo de Montiel (en esta ocasión para 1994) es procedente, de manera que no puede hablarse de una privación singular indemnizable, sino de una medida de carácter general, aunque afecte a aprovechamientos de aguas privadas. La DT Tercera.<sup>4</sup> de la Lag. de 1985 permite aplicar a las aguas privadas las limitaciones generales que se impongan para afrontar situaciones de escasez de agua, como en este caso ocurría por la declaración de sobreexplotación del acuífero 24, y la Resolución que disponía una reducción proporcional de los recursos hídricos para todos los usuarios de aguas subterráneas de la zona. Los particulares que recurren no tienen por tanto derecho a indemnización.

#### **B) Aprovechamientos hidroeléctricos: caducidad por paralización de la explotación en relación a unos saltos hidráulicos y problema de la determinación del derecho aplicable; reconocimiento de indemnización por vía de hecho administrativa que perjudicó otro salto de agua**

Si se tiene en cuenta lo que disponía el artículo 148 de la Lag. de 1879, se observará que para la declaración de caducidad de un aprovechamiento de aguas públicas se requería su paralización por 20 años, es decir, un plazo muy distinto al contemplado posteriormente por el artículo 64.2 de la Lag. de 1985 (actual artículo 66.2 TR de Lag. de 2001) que se referirá a interrupción de 3 años consecutivos por causa imputable al titular. A esta problemática se refiere la STS de 29 de septiembre de 2003, Ar. 7529, que confirma la STSJ recurrida en cuanto al extremo de considerar caducado el derecho al uso privativo de un particular en relación con 14 molinos y fábricas, por resultar probado que dichos aprovechamientos industriales se hallaron en desuso por 7 años seguidos.

De este modo, aunque el derecho al uso privativo derivase de la legislación anterior (Lag. de 1879) es aplicable el artículo 64.2 Lag. de 1985 en la Resolución adoptada por la Administración hidráulica en 1995 sobre caducidad, no pudiéndose afirmar que estemos ante retroactividad de disposiciones desfavorables (artículo 9.3 CE), sino de aplicación de la legislación vigente en cada momento. No obstante, en esta misma Sentencia se ratifica la otra parte de la decisión del Tribunal de primera instancia que sí daba la razón al recurrente, que le reconocía el derecho a indemnización por los perjuicios resultantes de una vía de hecho administrativa, ocurrida en 1992, consistente en la canalización de una acequia y desvío de su caudal, dejándose fuera de servicio el salto hidroeléctrico “Molino Bajo” de que era titular.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### C) Comunidades de Usuarios: régimen de comunidad sustituido por el de convenio

Cuando el número de partícipes sea reducido, el régimen de Comunidad puede ser sustituido por el que se establezca en convenios específicos, que deben ser aprobados por el Organismo de cuenca, siendo obligatorios estos convenios cuando el número de partícipes sea inferior a 20, además es condición esencial para su aprobación por el Organismo de cuenca que el convenio sea suscrito por todos los usuarios, todo ello se desprende del art. 203 del RDPH, que es objeto de aplicación por la STS de 29 de septiembre de 2003, Ar. 7792, para resolver el caso que se discute. En efecto, el TS en esta ocasión dilucida un supuesto en el que el tema controvertido es si debe ser válida una Resolución de la CH del Norte de 1995 que aprobó un convenio de una Comunidad de Usuarios y que otorgó una concesión de aprovechamiento de manantial para abastecimiento a dicha Comunidad. Dicha Resolución se encuentra con obstáculos para ser conforme a derecho. En primer lugar, el acto concesional no hacía mención a todos los datos que debe contener, por ejemplo, no quedaban especificadas las obras necesarias para materializar el aprovechamiento. En segundo lugar, el convenio no puede ser aprobado porque no se suscribió por todos los usuarios como exige el mencionado artículo 203 del RDPH.

### D) Limitaciones de uso: indemnización

Conforme al artículo 53.2 de la Lag. de 1985 (posterior 55.2 del TR de Lag. de 2001), el Organismo de cuenca con carácter temporal, podrá limitar el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional, no obstante cuando por ello se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros, los titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización, correspondiendo al OC en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía. En la STS de 16 de octubre de 2003, Ar. 7758, se apela a este precepto para resolver el caso controvertido. Por una Resolución de la CH del Guadalquivir de 1995 se declara la procedencia de indemnización a cargo del Ayuntamiento de Granada y a favor de un Sindicato Central de Usuarios, que respondía a una solicitud de este último basada en que en 1994 todo el caudal concedido del río Genil se destinó al abastecimiento de la población, impidiéndose el uso de agua para su aprovechamiento por las Comunidades de Regantes integrantes. Sin embargo, se oponen a ello el citado Ayuntamiento y la Empresa Municipal de Abastecimiento, que aducen que el citado Sindicato no ha demostrado que sea titular de aprovechamiento hidráulico por ningún título, no obstante el TS matiza que el mencionado Sindicato no tiene que ser titular de ningún uso hídrico, pero sí —como sucede— las Comunidades de Regantes que lo integran.

### E) Sequía: medidas extraordinarias

Sobre esta temática puede citarse la STS de 14 de junio de 2003, Ar. 6212, que considera adecuado el Acuerdo de la CH del Guadalquivir denegatorio de indemnización a una Comunidad de Regantes, que la solicitó por la limitación de caudal que tuvo que soportar en aplicación del RD de 22 de mayo de 1992 de medidas extraordinarias para paliar los efectos de la sequía dictado al amparo del artículo 56 Lag. de 1985. No consiguió demostrar la parte recurrente que ostentase un derecho exclusivo de riego deriva-

do del clausulado concesional, que no pudiese sufrir variaciones con motivo de fuerza mayor como es la sequía. En similar sentido se encuentra la **STS de 20 de octubre de 2003**, Ar. 7830, que estima válido el Acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Ebro de 1995 por el que se adoptaron medidas de restricción de uso respecto de los aprovechamientos para el riego de las aguas del río Jalón para la campaña agrícola de ese año. La Comunidad de Regantes de Calatayud desea la anulación de dicho Acuerdo porque considera que se limitaron los derechos de unos regantes en beneficio de otros, y que no fueron medidas que tendieran a la consecución del interés general, pero el TS entiende que dichas restricciones se adoptaron conforme a lo previsto en el RD-Ley 4/1995, de 12 de mayo, que a su vez se aprobó en virtud del artículo 56 de la Lag. de 1985.

#### 4. AGUAS MARÍTIMAS

##### **A) Usurpaciones del demanio marítimo y potestad de recuperación de oficio. Inexistencia de responsabilidad patrimonial**

Las ocupaciones ilegales de bienes del demanio costero obligan a la Administración del Estado, como titular del mismo, al ejercicio en cualquier tiempo de la potestad de recuperación de oficio, ordenando la demolición de las instalaciones indebidamente realizadas sobre los bienes usurpados que no sean susceptibles de legalización (**STS de 29 de enero de 2004**, Ar. 155). De ello no deriva reconocimiento alguno de responsabilidad patrimonial, en la medida en que no cabe identificar un daño antijurídico (**STS de 23 de octubre de 2003**, Ar. 8925).

##### **B) Deslinde**

##### **a) Declara demanio marítimo lo que por naturaleza es tal, prevaleciendo sobre inscripciones registrales**

Ejerciendo la potestad de deslinde, la Administración costera pretende circunscribir los límites del demanio marítimo-terrestre, integrando en el mismo lo que por naturaleza —y, a consecuencia de ésta, por reconocimiento normativo— es tal (acantilados, artículo 4.4 Ley de Costas: **SSTS de 29 de octubre y 13 y 25 de noviembre de 2003**, Ar. 7962, 8156 y 8779 y **10 de diciembre de 2003**, Ar. 108 de 2004; playas y dunas, artículo 3.1.b) Ley de Costas: **SSTS de 15 y 29 de julio, de 24 (dos), de 25 de noviembre y 3 de diciembre de 2003**, Ar. 6918, 7115, FJ 1º, 8773, 8772 FFJJ 3º y 4º, 8352 y 8900, FFJJ 2º y 3º, respectivamente, y **de 25 de noviembre y 23 de diciembre de 2003**, Ar. 62 y 133 de 2004; zona marítimo-terrestre, artículo 3.1.a) Ley de Costas: **STS de 27 de noviembre de 2003**, Ar. 8199, marismas no desecadas en virtud de concesión anterior, artículo 3.1.a) Ley de Costas: **STS de 4 de noviembre de 2003**, Ar. 8023, FJ 7º) y excluyendo lo que carece de las características físicas exigidas (salinas a las que llegaba el agua del mar mediante obra artificial, **STS de 4 de noviembre de 2003**, Ar. 8421, marismas desecadas en virtud de concesión perpetua otorgada al amparo de la legislación anterior, **SSTS de 24 de octubre**

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

y 23 de diciembre de 2003, Ar. 7937 y 136 de 2004). Y ello con independencia de posibles aprovechamientos privados previos inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los que prevalece ex artículo 13 Ley de Costas (SSTS de 13 de octubre y 4 de noviembre de 2003, Ar. 7802 y 8023, FJ 5º), y a los que no corresponde otra indemnización que la compensación concesional reconocida por las Disposiciones Transitorias de esta misma norma (SSTS de 7 y de 27 de octubre de 2003, Ar. 7082 y 7849, FJ 3º).

A la mencionada naturaleza no pueden imponerse calificaciones conferidas y proyectos urbanísticos diseñados por la Administración competente, insusceptibles a estos efectos de privar a tales bienes de su carácter demanial. Así lo determinan las SSTS de 3, 14 y 20 de octubre de 2003, Ar. 8140, 8416 y 8243 —en relación con arenales y dunas del artículo 3.1.b) Ley de Costas calificados como suelo urbano en los correspondientes planes urbanísticos—, y de 17 de diciembre de 2003, Ar. 76 de 2004 —en lo que hace a una playa sobre la que existe un proyecto de paseo marítimo—.

### **b) El deslinde provisional atribuye las competencias sobre los bienes incluidos en el mismo al Estado**

La aplicación concordada de lo dispuesto en los artículos 12.3 y 5 de la Ley de Costas y 21 del Reglamento de Costas permite deducir que, una vez incoado el expediente de deslinde, la Administración del Estado ostenta las atribuciones necesarias para la efectividad del mismo, con el fin de evitar cualquier actuación que pudiera malograrla. Ésta es la conclusión a la que llega la STS de 13 de octubre de 2003, Ar. 8144.

### **c) Un posterior deslinde corrector no implica revisar de oficio o declarar lesivo el previo**

Reiterando una doctrina ya señalada en el anterior número de esta Revista, los FFJJ 3º, 4º y 5º de la STS de 29 julio de 2003, Ar. 7115, 2º de la STS de 24 de noviembre de 2003, Ar. 8772 y 5º de la STS de 3 de diciembre de 2003, Ar. 8900, insisten en la posibilidad de realizar deslindes subsiguientes a uno previo con el fin de subsanar sus eventuales incomplitudes, incorrecciones o inexactitudes, siendo innecesario en este caso proceder a la revisión de oficio o a la declaración de lesividad del primero.

### **d) Procedimiento de deslinde**

#### **a') Es necesaria la intervención de los interesados**

De conformidad con el procedimiento administrativo común que diseña la Ley 30/1992 —al que necesariamente debe acomodarse so pena de nulidad del acto (STS de 28 de octubre de 2003, Ar. 7863)—, la práctica del deslinde impone la intervención de los interesados a lo largo de la tramitación del expediente, con el fin de evitar su indefensión (no apreciada en los supuestos resueltos por las SSTS de 27 y 28 de octubre y 24 de noviembre de 2003, Ar. 7849, 7864 y 8350). Así, es preciso citarles al apeo y amojonamiento provisional, sin que errores en este sentido o modificaciones subsiguientes impuestas por la realidad física del terreno determinen necesariamente indefensión, inexistente en el caso en que la parte

no citada pueda formular con posterioridad las alegaciones que estime oportunas (SSTS de 5, 11 y 20 de noviembre de 2003, Ar. 8028, 8894 y 8186). Igualmente es preciso aportar, en el trámite de audiencia, toda la documentación existente en el expediente (y así se aprecia en la STS de 24 de diciembre de 2003, Ar. 141 de 2004, FJ 5°).

Según determinan los artículos 12 Ley de Costas y 22 Reglamento de Costas, también la Comunidad Autónoma en que se ubiquen los terrenos deslindados deberá ser oída en el procedimiento de deslinde. No obstante, esta intervención no es estructuralmente imprescindible para la validez del procedimiento, determinando su omisión la anulabilidad del acto sólo cuando provoque indefensión o impida que éste alcance su fin (STS de 4 de noviembre de 2003, Ar. 8023, FJ 4°).

#### b') Prevalen los elementos de prueba públicos frente a los privados no ratificados

Según determinan las SSTS de 2 de octubre y 23 de diciembre de 2003, Ar. 8136 y 135 de 2004, todas las partes implicadas en el procedimiento de deslinde pueden aportar las pruebas que, en defensa de sus pretensiones, estimen oportunas. De existir informes públicos y privados contradictorios, la prevalencia corresponde a los realizados por peritos independientes (designados por su propio Colegio Profesional) a instancia de los órganos instructores y a los evacuados por los servicios técnicos de la Administración, frente a los elaborados a instancia de las partes por peritos particulares, carentes a juicio del Tribunal de garantía judicial suficiente. Por supuesto, en caso de recurso judicial aduciendo valoraciones erróneas de estas pruebas, tal apreciación corresponderá a la Sala de instancia, de conformidad con las reglas de la sana crítica (SSTS de 21, 29, 30 (dos) y 31 de octubre de 2003, Ar. 7834, 7958, 7969, 7970 y 7987).

#### c') La declaración de deslinde debe estar motivada

Habida cuenta su carácter de resolución de un procedimiento administrativo, la declaración conclusiva del expediente de deslinde deberá tener motivación suficiente, que no tiene que considerarse inválida por el mero hecho de que los afectados discrepen de la misma (STS de 24 de diciembre de 2003, Ar. 141 de 2004, FJ 7°).

#### e) Existe acción pública para el control del deslinde por la jurisdicción contencioso-administrativa, que no podrá pronunciarse sobre cuestiones de propiedad

Como reiteradamente se ha hecho constar en estas mismas páginas, la resolución aprobatoria del deslinde puede ser recurrida judicialmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, estando legitimada para ello cualquier persona en virtud de la acción pública en defensa de la legalidad costera reconocida por el artículo 109 de la Ley de Costas (STS de 18 de noviembre de 2003, Ar. 8755). Son, por tanto, los Tribunales de este orden los competentes para revisar las decisiones adoptadas por la Administración a lo largo del procedimiento (STS de 17 de marzo de 2003, Ar. 80 de 2004), incluida la constatación de la existencia, en los bienes objeto de aquél, de las características propias del demanio

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

costero exigidas por el ordenamiento jurídico (STS de 21 de octubre de 2002, Ar. 7404). Esta constatación no supone, en ningún caso, vulneración del límite infranqueable de tal intervención jurisdiccional: las decisiones sobre cuestiones de propiedad, competencia de los Tribunales civiles (SSTS de 21 de julio, 4 de noviembre y 22 de diciembre de 2003, Ar. 6934, 8421, FJ 1º y 128 de 2004).

### **C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. Servidumbre de protección: la categorización como suelo urbano de esta zona impone esta clasificación en los planes urbanísticos**

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo es habitual en la normativa costera, y ello con las finalidades de cumplimentar necesidades públicas y de permitir su salvaguardia. Tal es el caso de la servidumbre de protección prevista en los artículos 23 a 26 de la Ley de Costas, extensiva a una franja de terreno de 100 metros tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar. En esta zona, por principio, están prohibidas las edificaciones, lo que, sin embargo, y como ya ha manifestado el Tribunal Supremo en varias ocasiones —de las que se ha dado debida cuenta en esta Revista y nuevamente corresponde reiterar por mor de la STS de 17 de noviembre 2003, Ar. 8074, FFJJ 1º, 2º, 3º y 4º—, no es obstáculo a la categorización urbanística del suelo afectado por la servidumbre como suelo urbano, siempre que cumpla las características exigidas al mismo. Si así sucede se impone su clasificación con esta condición en el planeamiento municipal.

### **D) Usos privativos del demanio marítimo**

#### **a) Edificación. La regla general impide edificar sobre el demanio marítimo-terrestre salvo necesidad**

Según determina el artículo 32 Ley de Costas, sólo podrá otorgarse la preceptiva concesión de ocupación del demanio costero cuando las obras proyectadas sobre el mismo no puedan tener, por su naturaleza vinculada a aquél, otra ubicación. Esto no ocurre con un edificio industrial proyectado por un Ayuntamiento para albergar los servicios municipales de limpieza (STS de 1 de diciembre de 2003, Ar. 64 de 2004), por lo que la denegación del título concesional requerido es conforme a derecho.

#### **b) Los usos privativos exigen el otorgamiento previo de una concesión administrativa**

##### **a') La concesión administrativa es un acto discrecional que deberá estar suficientemente motivado**

Como correctamente razona la STS de 28 de octubre de 2003, Ar. 8806, la ocupación del dominio público marítimo-terrestre no es un derecho conferido por la Ley a quien formula tal petición, estando ésta sujeta a la valoración que la Administración debe hacer de los intereses concurrentes (protección del demanio versus pretensión particular). Esto implica decir que la concesión administrativa no es un acto reglado, tratándose por contra de un acto de contenido esencialmente discrecional que, como tal, podrá tener cariz desestimatorio en presencia de pretensiones que impidan o dificulten la protección de aquél, sin obligación alguna de requerimientos subsanadores previos.

Incluso en las situaciones particulares reguladas por las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas, la atribución concesional allí reconocida exige el cumplimiento de las condiciones preestablecidas, lo que no ha sido apreciado por el Tribunal en el supuesto analizado por la **STS de 23 de septiembre de 2003**, Ar. 7185.

Por supuesto, y también como tal acto administrativo que es, la resolución denegatoria de la concesión habrá de estar suficientemente motivada, correspondiendo apreciar esta suficiencia, en último término, a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así sucede en el caso atendido por la **STS de 27 de septiembre de 2003**, Ar. 8106.

**b') El ámbito físico de la concesión debe coincidir con terrenos de naturaleza demanial**

En la medida en que se trata de un título habilitante para la ocupación del demanio costero, sólo podrán ser bienes de tal naturaleza aquéllos cuyo uso y aprovechamiento se reconoce, pudiendo desmontarse mediante el medio de prueba oportuno cualquier exceso en este sentido. Así se deduce de lo argumentado por las **SSTS de 24 de septiembre y 22 de noviembre de 2003**, Ar. 7192 y 8345.

**c') El clausulado concesional podrá determinar la incorporación de bienes particulares al demanio costero**

Según determinación del artículo 4.7 de la Ley de Costas, los titulares de una concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre podrán incorporar al mismo terrenos particulares que resulten imprescindibles para su explotación, y ello con el fin de completar la superficie requerida. En cualquier caso, será el clausulado concesional el que determine esa eventualidad y su alcance, tal y como recuerda la **STS de 23 de diciembre de 2003**, Ar. 131 de 2004.

**d') La concesión se extingue por transcurso del plazo fijado y por incumplimiento del clausulado**

La principal causa de extinción de los títulos concesionales (a declarar por el Director General de Costas, **STS de 12 de noviembre de 2003**, Ar. 8064) es el transcurso del plazo de tiempo fijado en los mismos. Por eso, una vez llegado este momento, supone cuando menos un contrasentido intentar oponerse a tal finalización alegando dudas acerca de la naturaleza demanial de los bienes, habida cuenta la aceptación que de aquélla supone el propio disfrute de la concesión (**STS de 17 de noviembre de 2003**, Ar. 8165).

A lo anterior hay que añadir que, en la medida en que las condiciones fijadas en las cláusulas concesionales son obligatorias para las partes, también su incumplimiento determina la caducidad del título. Así ocurre en el supuesto analizado por la **STS de 28 de octubre de 2003**, Ar. 7861, en que el cambio de destino del terreno demanial ocupado, así como su cierre y vallado –imposibilitador del acceso público–, suponen motivos más que suficientes para declarar aquella caducidad señalada.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Y, por fin, nuevamente ha de recordarse una doctrina ya señalada en anteriores entregas de esta Revista, y reiterada ahora por la STS de 22 de septiembre de 2003, Ar. 7879. 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 de la Ley de Costas, no producen como efecto la transmutación de un bien demanial en privativo. Se trata, sobre todo, de concesiones sometidas a condición que, de ser incumplida, determina la caducidad del título.

### E) Infracciones y sanciones

#### a) Realizar obras sin título es una infracción administrativa, sólo legalizable por motivos de interés público

La construcción en zona de demanio costero sin título habilitante previo constituye, de acuerdo con el artículo 91 de la Ley de Costas, una infracción administrativa grave a la que se anuda la correspondiente sanción y el deber de reposición (STS de 13 de octubre de 2003, Ar. 8144). Esto no es óbice, sin embargo (Disposición Transitoria Duodécima del Reglamento del Costas), a que por razones de interés público apreciadas por las tres Administraciones presentes (Estado, Comunidad Autónoma, Municipio) puedan legalizarse determinadas actuaciones de este tipo, lo que no sucede en el supuesto analizado por la STS de 1 de diciembre de 2003, Ar. 8625.

Por supuesto, la imposición de sanciones por una actividad edificatoria ilegal requiere demostrar la realización de la misma, sin que quepa adoptar medidas cautelares que impliquen la paralización de obras que, cuando menos en apariencia, y a expensas de lo que determine la resolución del procedimiento sancionador, presentan apariencia de legalidad (STS de 17 de noviembre de 2003, Ar. 8074, FFJJ 5º, 6º y 7º).

#### b) Legislación aplicable: irretroactividad de normas sancionadoras desfavorables

La anterior legislación costera no procedió a una tipificación de infracciones y sanciones en relación con el dominio público marítimo-terrestre. Por ello, edificaciones en zonas demaniales realizadas en un momento en que no suponían infracción del bloque normativo vigente no pueden ser objeto de sanción en aplicación de una legalidad posterior que sí las reconoce como tales. Así lo impone la aplicación del principio constitucional de irretroactividad desfavorable en materia sancionadora (STS de 15 de octubre de 2003, Ar. 7753).

## 5. CARRETERAS

### A) Accesos a las fincas: improcedencia de indemnización

En relación con esta materia, destaca la STS de 30 de octubre de 2003, Ar. 7971, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1998 que a su vez había desestimado el recurso contencioso-administrativo presentado contra el Ministerio de Obras Públicas,

que denegó la solicitud de indemnización de daños y perjuicios por la pérdida por el recurrente de acceso a su finca como consecuencia de las obras en una carretera nacional.

En este caso, al margen de los argumentos sobre la inexistencia aquí de responsabilidad patrimonial de la Administración, el TS menciona el artículo 28.4 de la Ley de Carreteras, que establece que las propiedades colindantes no tendrán acceso a las nuevas carreteras o nuevos tramos, salvo que sean calzadas de servicio.

Por ello, según el Tribunal Supremo, el recurrente no tiene derecho a conservar la misma configuración de su acceso, y además está obligado por la Ley de Carreteras a tener acceso a su finca a través de una vía de servicio, al no haber acreditado aquí que el trazado de las obras fuera inadecuado.

### **B) Variantes: proyecto de construcción de variante incluida en la planificación urbanística y exención del trámite de información pública**

Sobre esta cuestión, en la STS de 24 de septiembre de 2003, Ar. 7193, se revoca la STSJ del País Vasco de 1999, que había estimado en parte un recurso presentado por una Asociación contra la aprobación por parte de la Diputación Foral vizcaína de un proyecto de una variante de Bilbao.

La Sala de instancia había aplicado la Norma Foral de Bizkaia 1/1991, sobre carreteras, que exigía información pública en la tramitación de estos proyectos (también el artículo 10.4 de la Ley estatal de Carreteras de 1988 y el artículo 34 de su Reglamento, aprobado por RD 1812/1994) y autorización de la Comunidad Autónoma en relación con la tala de especies forestales que llevaba consigo la aprobación del proyecto (autorización que la Diputación Foral obtuvo con posterioridad).

Pues bien, en este caso el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao sí que incluyó esta variante (el TSJ del País Vasco no interpretó así este punto), de modo que es aplicable el artículo 34.4 del RD 1812/1994, que exime del trámite de información pública en estos casos donde el planeamiento urbanístico recoge los proyectos de variantes.

### **C) Autopistas en régimen de concesión: prórroga o reducción de peajes. Aumento del plazo concesional, discrecionalidad técnica en la adjudicación concesional**

En este ámbito comentamos, en primer lugar, las dos SSTS de 17 de octubre de 2003, Ar. 7570 y 7923, respectivamente, en las que se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varias empresas concesionarias de autopistas, contra el RD 429/2000, de 31 de marzo, que prorrogaba los peajes vigentes en las autopistas.

En concreto, y al margen de los motivos de fondo por los que se impugna el RD (modificación injustificada de los términos de las concesiones y de su equilibrio económico-financiero sin existencia de compensación a los concesionarios), en los que no entra aquí

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

el TS, se considera que se ha omitido por el Gobierno la solicitud de Dictamen al Consejo de Estado (en concreto, a su Comisión Permanente).

Y como este trámite resulta preceptivo en estos casos, se anula el RD impugnado y se retrotrae el procedimiento al momento en que debió solicitarse el mencionado Dictamen, debiendo también el Gobierno pronunciarse sobre la compensación que corresponde a las concesionarias y el modo de hacerla efectiva (FJ 8º). Igualmente, se declaran contrarias a Derecho las resoluciones del Ministro de Fomento de 1 de abril de 2000, que se dictaron en aplicación del mencionado Real Decreto.

En este caso, aunque no se trata de una disposición general sino de un acto administrativo (al igual que los RRDD que modifican concesiones de autopistas), sin embargo sí que resulta preceptivo el Dictamen del mencionado órgano consultivo, pues en el RD impugnado se realiza una modificación no consentida de la concesión, tal y como establece el artículo 22.12 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1980.

Por otra parte, en la **STS de 16 de octubre de 2003**, Ar. 7609, se desestima el recurso interpuesto por la Diputación de Cádiz contra el RD 1674/1997, de 31 de octubre, por el que se modificaron determinados términos de la concesión de las autopistas Tarragona-Valencia, Valencia-Alicante y Sevilla-Cádiz, adjudicadas a la empresa AUMAR, con una reducción en los peajes y una prórroga del plazo de la concesión.

La Diputación gaditana se muestra disconforme con la prórroga del plazo concesional y con la no existencia en este caso de Dictamen del Consejo de Estado ni audiencia a determinados organismos (entre ellos, la propia Diputación), al considerar que se trata de una disposición de carácter general (un reglamento).

Pues bien, el TS reitera la jurisprudencia de la década de los 90 que en supuestos similares viene declarando que los RRDD de modificación de concesiones de autopistas no tienen una naturaleza reglamentaria, sino que se trata de disposiciones singulares (en concreto, de un acto de aprobación de un convenio entre la Administración y una empresa). Por este motivo, su elaboración no se somete al procedimiento previsto para la elaboración de disposiciones generales.

Por otra parte, el TS estima que sí que es posible prorrogar el plazo de la concesión sin alterar el equilibrio económico de ésta, pues en el presente caso se ha aumentado el plazo de la concesión; siendo posible la modificación concesional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Autopistas de 1972 y también en la legislación sobre contratación administrativa.

Por último, el plazo máximo de la concesión establecido en la Ley de Autopistas no se supera aquí, teniendo en cuenta la redacción de aquella tras la Ley 13/1996 (en concreto, su artículo 30).

En tercer lugar, debe mencionarse la **STS de 28 de octubre de 2003**, Ar. 7855, que confirma la Sentencia de instancia y da la razón al Ministerio de Obras Públicas frente a la

pretensión de la concesionaria de autopistas ACESA, que se oponía a la inversión del 50 por ciento de los beneficios que excedieran del 15 por ciento de su capital nominal.

En este caso, el TS considera que el artículo 7 del Decreto 165/1967, por el que se otorgó la concesión, y la cláusula 30.6 de la Escritura concesional, continúan en vigor, exponiendo a continuación los mismos argumentos que se utilizaron en la STS de 23 de junio de 2003, Ar. 4586 (véase número 23 de esta revista, crónica XII).

Y, por último, dentro de este mismo apartado, la **STS de 14 de octubre de 2003**, Ar. 8388, desestima el recurso interpuesto por un sindicato y una asociación ecologista contra el Real Decreto 1724/1999, de 5 de noviembre, por el que se adjudicó a la empresa IBERPISTAS la concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de los tramos de la autopista A-6, conexión Segovia y A-6, conexión a Ávila, y para la conservación y explotación de la A-6, tramo Villalba-Adanero.

En este caso, el TS considera que la Administración eligió la oferta más conveniente para el interés general, teniendo en cuenta además que existe aquí un margen de “discrecionalidad técnica” en manos de aquella a la hora de adjudicar la concesión a una o a otra empresa.

Además, se han cumplido todas las formalidades legales reguladas en la Ley de Autopistas de 1972 y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (normas de publicidad, de adjudicación, etc.)

## 6. MONTES: REPOBLACIÓN FORESTAL

Sobre esta materia, destaca la **STS de 17 de noviembre de 2003**, Ar. 8166, que confirma la STJ de Andalucía de 1998, que dio la razón a la Junta de Andalucía, que desestimó la solicitud de resolución por incumplimiento de consorcio forestal (firmado en 1958) y de indemnización de daños y perjuicios, por considerar que no había existido error en la elección de la especie objeto de repoblación ni en los trabajos posteriores. Estos consorcios forestales están previstos en el artículo 42 de la anteriormente vigente Ley de Montes de 1942, artículo 9 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 1941 y 287 y siguientes del Reglamento de Montes de 1964, y consisten en un contrato administrativo por el que el Estado adquiere un derecho real de vuelo sobre el monte, y le permite poseerlo, repoblarlo y aprovechar su arbolado, y en donde el propietario adquiere el derecho a participar en el valor neto de los productos que se obtengan.

La Junta andaluza sí que aceptó la rescisión (de acuerdo con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 2/1992, del Patrimonio Forestal de Andalucía), pero no aceptó la solicitud de indemnización.

La decisión sobre la elección arbórea fue históricamente correcta (de acuerdo con los conocimientos existentes en aquel momento y con el consentimiento del propietario de

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

la finca), aunque en la actualidad resulte errónea, por lo que éste no es motivo suficiente para solicitar indemnización.

### 7. PATRIMONIO DEL ESTADO: BIENES INCAUTADOS A PARTIDOS POLÍTICOS TRAS LA GUERRA CIVIL

En relación con este punto, debe mencionarse la STS de 25 de marzo de 2003, Ar. 7286, que resuelve un supuesto relativo a la restitución al PSOE de varios inmuebles incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939.

En este caso, se aplica la Ley 43/1998, de 15 de diciembre y el RD 610/1999, de 16 de abril, relativos a esta materia, y el TS estima en parte el recurso presentado por el PSOE, anulando el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 2001 impugnado, en la parte en que no reconoce el derecho a la restitución o compensación de una serie de inmuebles que se enumeran y describen a lo largo de la Sentencia (en concreto, en su FJ 6º).

El TS estima que se cumplen los requisitos establecidos en las mencionadas normas para poder atribuir al mencionado Partido los bienes reclamados, al considerar que ha quedado probada la vinculación de estos bienes al PSOE y su destino y afección al ejercicio de actividades políticas en el momento de la incautación.

### 8. FISCALIDAD SOBRE BIENES PÚBLICOS

#### A) Precios del agua autorizados por Comunidad Autónoma

El TSJ de Andalucía, en SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de febrero de 2003, JT 1372 y 1373, desestima el recurso planteado por una empresa suministradora del abastecimiento domiciliario de agua en diversos municipios contra el acuerdo autonómico de autorización de tarifas. Se da la circunstancia de que esta empresa es a su vez usuaria de otra dependiente del Ayuntamiento de Sevilla, pues, garantizado el suministro a la capital, pueden derivarse caudales a pueblos de la provincia. De manera que recibía el suministro en alta sin depurar. Entre los muchos motivos que alega para fundamentar la nulidad del acuerdo destaca, a nuestro entender, la alegación de que el precio autorizado de establecimiento sólo tendría que ser el del abastecimiento domiciliario, y no el de suministro de agua bruta en las condiciones señaladas. El TSJ entendió, por el contrario, que la regulación no hace distinción alguna.

#### B) Canon de vertidos: diversas cuestiones

Reseñamos tres sentencias referidas al antiguo canon de vertidos regulado en la Ley de Aguas de 1985. Se trata de las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de enero de 2003, JT 1304, y 14 de marzo de 2003, JT 1311, más la del TSJ de Asturias de 15 de mayo de 2003, JT 1397. En todas ellas se recoge la doctrina tradicional, tanto del Tribunal Supremo como de las propias salas referidas respecto de ciertas cuestiones polémicas de esta exac-

ción. Su naturaleza, tributaria y más en concreto de tasa por utilización del dominio público. O la no infracción del principio de reserva de ley por parte del Reglamento de Dominio Hidráulico de 1986, norma que permite determinar alguno de los elementos de cuantificación básicos de la exacción (la unidad de contaminación) en defecto de Plan Hidrológico de Cuenca, ya que se limita a desarrollar la Ley. La segunda de las sentencias mencionadas, sin perjuicio de mantener estrictamente esa doctrina, estimó la demanda planteada por el Ayuntamiento reputado sujeto pasivo en cuanto a la justificación del concreto cálculo que se hace del canon de vertido. A juicio del TSJ el cálculo del volumen de vertidos, sobre el cual se fija el canon, que realiza la Administración demandada adolecía absolutamente de justificación, sin que apareciera nada ni en el expediente de gestión ni en documentos posteriores que permitiera conjeturar algo acerca de los datos y su prueba de los que parte el cálculo, calificado por la sala de “enigmático” y “arbitrario”. Termina señalando el TSJ que era la Confederación, la que exige el cumplimiento de una obligación, la que le corresponde acreditar y fijar los datos y demás elementos de la liquidación que hace.

### **C) Régimen económico-financiero del trasvase Tajo-Segura**

La STS de 25 de octubre de 2003, RJA 8717, resuelve el recurso contencioso-administrativo planteado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha mediante el cual se impugnan —por insuficientes— las tarifas por el aprovechamiento del Acueducto Tajo-Seguro aprobadas por el Gobierno de la nación. El interés de la Comunidad Autónoma está en que es receptora de un porcentaje de lo recaudado. El Alto Tribunal desestima la demanda, realizando un enjundioso estudio en defensa de los cálculos efectuados por el Gobierno que, en definitiva, se sostenían en la propia doctrina del Tribunal Supremo.

### **D) Puertos: reserva de ley y compatibilidad entre diversos conceptos**

La STSJ de Valencia de 16 de mayo de 2003, JT 1528, resuelve recurso presentado contra liquidaciones por tarifas portuarias ordenadas por la Comunidad Autónoma. Se trataba de la utilización del dominio público portuario: está claro que la titularidad de dichas aguas corresponde al Estado, pero en el caso de puertos deportivos ha sido adscrita a las Comunidades Autónomas. A diferencia de lo que ocurría en casos semejantes con la normativa estatal, la Comunidad Valenciana ordenó estas exacciones, en un primer momento, como precios públicos. Sólo a partir de 1999 como tasas. El TSJ estima en parte el recurso, por lo que se refiere a las liquidaciones por precios públicos, dado que se trataba materialmente de tasas y no se habían ordenado con el adecuado respeto al principio de reserva de ley. Las tasas liquidadas desde 1999 son correctas, sin que se admita la alegación de la recurrente de que, tratándose de puertos en los que opera un concesionario —como era el caso— se producía una inadmisibles doble imposición entre las tasas y los conceptos que debía abonarse al concesionario por los servicios prestados. No existía tal doble imposición, pues las tasas se exigían no por la prestación de servicios, sino por la utilización del dominio público.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Continúan dictándose sentencias como la del STS de 31 de octubre de 2003, RJA 7984, o la del STSJ de Galicia de 9 de abril de 2003, JT 1533, que confirman la inadecuación a derecho de las tarifas que exigieron las autoridades portuarias estatales bajo formas jurídicas distintas del tributo.

### **E) Gravamen por la utilización del dominio público local: necesidad de concesión formal de su uso**

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 25 julio de 2003, JT 1387, resuelve un recurso contra liquidaciones por exacciones presuntamente relativas a la utilización del dominio público, debido a la reserva de espacio para badenes. Se plantean dos cuestiones interesantes y controvertidas. En primer lugar, si pueden exigirse en viales de urbanización que no ha sido recepcionada por el Ayuntamiento, pero que se venían utilizando como vías públicas, y estaban definidas como tales en el plan urbanístico. A juicio del TSJ, sí pueden exigirse dado que la normativa urbanística configura en estos casos una cesión *ex lege* de los viales. La segunda cuestión, y que determina la estimación del recurso, se centra en resolver si es necesaria la concesión formal de la utilización privativa del dominio público para poder gravar su uso, lo que no sucedía en este caso, ya que no se había solicitado. La Sala entiende que sí es necesario este requisito formal, y por ello anula las liquidaciones, manteniendo una doctrina que no es compartida por muchos TTSSJ.

### **F) Tributación de los bienes del Estado y otras Administraciones. Calzadas laterales de las autopistas en el IBI**

La STS de 8 de julio de 2003, RJA 7102, resuelve cómo deben tributar las calzadas laterales de las autopistas de peaje en el IBI, considerando que se trata de un bien de dominio público desafectado de la concesión. La administración catastral pretendía incorporar su valor al catastral de la concesión. El criterio contrario, defendido tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, conduce a su exclusión. En definitiva, se trata de bienes exentos del IBI.

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 Irlanda de obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 91/271 (nitratos en agricultura). Enumeración de requisitos y condiciones que suponen el cumplimiento. B) La planificación en materia de residuos: ausencia de determinación de lugares o instalaciones apropiados para la eliminación de residuos y la posibilidad de dictar medidas singulares en ausencia de planificación.

C) Innecesariedad de evaluación de impacto ambiental en determinadas circunstancias, aun en el caso de instalaciones ubicadas en un Parque Natural. Condena en costas a la Comisión. D) Residuos: capacidad de adopción por los Estados de decisiones compatibles con conceptos incluidos en las directivas comunitarias. El Catálogo Europeo de residuos y la lista de residuos peligrosos. E) Otras Sentencias recaídas en el período.

**3. Actividades clasificadas.** A) Las plantas de pretratamiento de aguas residuales sólo podrán emplazarse a partir de dos mil metros del núcleo más próximo de población. B) Inaplicación del

Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas a las medidas cautelares de paralización de actividades que provocan emisiones contaminantes de la atmósfera. C) El Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas no da cobertura legal suficiente a las ordenanzas municipales para el establecimiento de un sistema sancionador en materia de contaminación acústica. **4. Evaluación de impacto ambiental.**

A) La aprobación o modificación de los Planes Generales de Ordenación Urbana deben someterse a evaluación previa de impacto ambiental cuando incluyan transformaciones de los usos del suelo que impliquen transformaciones de la cubierta vegetal que afecten a más de 100 hectáreas. B) Las plantas de cogeneración de energía eléctrica en cuanto actividad accesoria de la de extracción a cielo abierto deben someterse a previa evaluación de impacto ambiental. C) Evaluación de impacto ambiental y trazado de carretera.

**5. Espacios Naturales Protegidos: Derecho de acceso a la información ambiental disponible sobre el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del E.N. de Sierra de Urbión en trámite de elaboración.** **6. Fauna. La protección de las especies deriva directamente de**

su inclusión en el Catálogo de especies amenazadas sin perjuicio de su protección en los Planes de protección de los recursos naturales. 7. Aguas continentales. A) Delito ecológico causado por vertidos tóxicos. Se trata de un delito de peligro abstracto. B) Vertidos de aguas residuales: necesidad de Estudio de Incidencias Ambientales; estudio hidrogeológico como documento preciso en el expediente de autorización. 8. Fiscalidad medioambiental. A) Aguas continentales: Cánones de saneamiento regionales: naturaleza de impuesto y no de tasa y aplicación del principio de reserva de ley. B) Otros tributos medioambientales: Impuesto gallego sobre la contaminación atmosférica: más declaraciones positivas de constitucionalidad por el TSJ de Galicia.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de febrero a abril de 2004; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 7133 a la 8932 del RA (cuadernillos 25 a 33) y la Constitucional desde la 1/2004, de 14 de enero, hasta la 74/2004, de 22 de abril.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### A) Incumplimiento por Irlanda de obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 91/271 (nitratos en agricultura). Enumeración de requisitos y condiciones que suponen el cumplimiento

Se comenta ahora la STJCE de 11 de marzo de 2004, As. C-396/01, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda. La Comisión imputa a Irlanda el incumplimiento de diversas obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura. El interés de la Sentencia radica, sobre todo, en destacar las condiciones que el Tribunal señala como necesarias para el cumplimiento de lo regulado en la Directiva.

Así, por ejemplo, la obligación de los Estados de señalar las aguas afectadas por la contaminación, o que podrían estarlo de no adoptarse las medidas correspondientes (art. 3.1 de la Directiva), no puede ser excepcionada por el hecho de que dicha contaminación proceda de concretas fuentes de contaminación —es el argumento de Irlanda— y se pro-

### XIII. Medio Ambiente

ponga el Estado llevar a cabo una actuación concreta contra dichas fuentes. Esto es una cuestión marginal. Lo que pide la Directiva es una enumeración de las aguas afectadas por la contaminación con independencia de cual sea su origen y de los propósitos de luchar contra dicha fuente de contaminación, lo que afecta tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas (puntos 25 y 34).

Tampoco Irlanda enumeró las llamadas “zonas vulnerables” (superficies de terreno cuya escorrentía fluya hacia las aguas antes mencionadas) llegando a indicar en algún documento de los emitidos en respuesta a requerimientos de la Comisión que no había tales zonas. Ello condujo a la Comisión –según leemos en la Sentencia– a realizar por sí misma un denominado “estudio de verificación” de esas zonas del que se dedujo su existencia. Ese estudio es manejado por la Comisión en el procedimiento previo lo que lleva al reconocimiento de Irlanda de su incumplimiento en este punto. El hecho presenta el interés relevante de la “preconstitución de la prueba” por parte de la Comisión en relación al incumplimiento de un país, mediante la realización de un estudio específico.

Finalmente, también se reprocha por la Comisión el no haber realizado los programas de acción relativos a las zonas vulnerables designadas (recordamos que no hay tal designación) y encaminados a prevenir y a reducir la contaminación de las aguas provocada o inducida por los nitratos utilizados en la agricultura. Irlanda aduce en este punto la existencia de distintas medidas tanto a nivel local como nacional, pero el Tribunal, siguiendo el punto de partida de la Comisión, estima que éstas “no constituye(n) un sistema organizado y coherente destinado a alcanzar un objetivo concreto”, no pudiendo, por tanto, calificarse como de “programa de acción” a efectos del art. 5 de la Directiva (punto 60). Igualmente tampoco merece ese concepto un folleto informativo de correctas prácticas agrarias en cuanto que “no contiene medidas obligatorias” (punto 63). Lo relativo a la organización y coherencia, así como a la “obligatoriedad”, constituyen las notas importantes a destacar como “condición” del cumplimiento de las obligaciones en este punto, según la Sentencia.

Finalmente, también se constata que Irlanda no ha llevado a cabo medidas de control ni ha revisado el estado de eutrofización de las aguas dulces de superficie así como de las costeras y de los estuarios dentro de los plazos correspondientes (art. 6.1 de la Directiva).

#### **B) La planificación en materia de residuos: ausencia de determinación de lugares o instalaciones apropiados para la eliminación de residuos y la posibilidad de dictar medidas singulares en ausencia de planificación**

La rúbrica que acabamos de destacar nos presenta un problema dogmático de índole general, a saber la posibilidad de adopción de medidas singulares que, idealmente, debían ser ejecución de una planificación administrativa (en este caso la planificación en materia de residuos) en ausencia de tal Plan. Igualmente la Sentencia discurre sobre los contenidos necesarios de un plan de gestión de residuos.

Así de interesantes son, pues, las cuestiones tratadas por la STJCE de 1 de abril de 2004, (Sala Sexta), As. ac. C-53/02 y C-217/02, que tienen por objeto una petición dirigida

al Tribunal, con arreglo al art. 234 TCE, por el Consejo de Estado belga para obtener una decisión en unos litigios que penden ante él.

La cuestión trata, pues, de la emanación de una decisión prejudicial sobre la interpretación 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/CEE del Consejo, de 18 de marzo. Algún municipio y algunos particulares, han reaccionado judicialmente contra decisiones administrativas de autorización de instalaciones de eliminación de residuos en ausencia de una decisión concreta sobre ubicación en la planificación correspondiente. Las preguntas planteadas al Tribunal de Justicia versan, precisamente, sobre si es necesario que la planificación de residuos incluya esas localizaciones y si, en ausencia de determinación concreta en la planificación sobre esas localizaciones, pueden adoptarse decisiones singulares.

Recordando lo dispuesto en el art. 7.1 de la Directiva, el Tribunal responde que, efectivamente, los planes deben necesariamente incluir la localización precisa de los lugares de eliminación de residuos (punto 28). Ahora bien, esto no es excluyente de que la decisión final de autorización dependerá también de las normas aplicables en materia de ordenación urbana y de las decisiones que resulten de los correspondientes procedimientos de evaluación de impacto ambiental (punto 30).

A falta de localización (mapa de ubicaciones) en el plan, deberían existir al menos unos “criterios” de localización que tendrían que atender al objeto propio de los planes de gestión de residuos, a saber: condiciones geológicas e hidrológicas, distancia que separa a los habitantes de dichos lugares, prohibición de construir instalaciones cerca de zonas sensibles y existencia de infraestructuras adecuadas, como la conexión con redes de transporte (punto 34).

La cuestión de la posibilidad de adopción de decisiones individuales en ausencia de mapas de localización o de criterios generales para fijar estos lugares, es respondida de forma positiva por el Tribunal pues, en caso contrario, “la realización de los objetivos perseguida por la Directiva” se vería indebidamente retrasada (punto 43).

### **C) Innecesidad de evaluación de impacto ambiental en determinadas circunstancias, aun en el caso de instalaciones ubicadas en un Parque Natural. Condena en costas a la Comisión**

Mediante la STJCE de 29 de abril de 2004, (Sala Quinta), As. C-117/02, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Portuguesa, se aborda una muy interesante cuestión relativa a la relación entre el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (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) y las instalaciones que van a construirse en un Parque Natural que, en el caso concreto está ubicado en Portugal.

### XIII. Medio Ambiente

El procedimiento se ha iniciado como consecuencia de una denuncia ante la Comisión sobre la autorización de un proyecto de complejo turístico, que incluye urbanizaciones residenciales, hoteles y campos de golf, en un Parque Natural y sin haberse realizado previamente un trámite de evaluación de impacto ambiental.

En la información proporcionada en la Sentencia, aparece que por su objeto tal proyecto no es de los que directamente y según la Directiva debía ser objeto de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental sino que para la Comisión sería uno de los supuestos previstos en el art. 4.2 de la Directiva 85/337/CEE en su relación con el anexo II, es decir, uno respecto al que los Estados podrían decidir realizar tal procedimiento de evaluación si por sus características así lo exigiera. Nos encontramos, pues, ante un ámbito de libre apreciación por parte de los Estados pero, como vamos a ver a continuación, la Comisión piensa que esa libre apreciación debía haber sido objeto de una concreta resolución en una determinada dirección.

En efecto, para la Comisión, el hecho de que la instalación de ese complejo turístico fuera a ubicarse en un Parque Natural, es ya elemento determinante de esa necesidad. Incluso la Comisión en sus razonamientos iniciales, indica que tal obligatoriedad se desprendería del art. 6 de la Directiva 92/43/CEE (directiva hábitats) si bien el Tribunal rechazará tal alegación porque en la fecha controvertida (1996), tal Directiva no era todavía de aplicación. Eso implica que el proceso se centrará, exclusivamente, en la Directiva 85/337.

Pues bien, en el procedimiento judicial Portugal demostrará que la regulación del Parque Natural, ya se había hecho bajo el presupuesto del destino concreto de cada parcela indicándose, específicamente, cuáles podían ser destinadas al turismo y a las actividades recreativas, como así sucedió en el caso concreto. Se afirma, incluso, que esta parcela tenía ya una vegetación muy degradada cuando fue destinada a esta finalidad.

Ante todo ello, el Tribunal concluye en que la Comisión no ha demostrado que las autoridades portuguesas hayan sobrepasado su límite de apreciación al no exigir un procedimiento de evaluación de impacto ambiental en este caso (punto 84). Lo más interesante, en el plano de lo general, consiste en la afirmación que se contiene en el punto 85: “No basta con demostrar que un proyecto debe ejecutarse dentro de los límites de un Parque Natural para presumir que tendrá repercusiones importantes sobre el medio ambiente. La Comisión debe aportar un mínimo de pruebas de las repercusiones que el proyecto podría tener sobre el medio ambiente”. Como la Comisión no ha conseguido tal tipo de pruebas, se desestima el recurso y se la condena en costas. No es muy usual que la Comisión pierda un recurso ante el Tribunal, lo que también hace destacable esta Sentencia desde este punto de vista.

#### **D) Residuos: capacidad de adopción por los Estados de decisiones compatibles con conceptos incluidos en las directivas comunitarias. El Catálogo Europeo de residuos y la lista de residuos peligrosos**

La STJCE de 29 de abril de 2004 (Sala Segunda), As. C-194/01, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Austria, trata de la necesidad, o

innecesariedad, de la recepción en el derecho interno de determinados conceptos y listas contenidos en 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/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991 y de la Directiva 91/689/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a los residuos peligrosos.

En concreto, lo que la Comisión reprocha a la República de Austria es que este país cuenta con un catálogo de residuos configurado con distinta técnica que el llamado Catálogo Europeo de Residuos (establecido por la Decisión 94/3/CE de la Comisión de 20 de diciembre de 1993) y que, en todo caso, no se reproduce literalmente éste. Frente a esta afirmación el Tribunal constata que no hay ningún precepto en la Directiva 75/442/CEE en la que se obligue a los Estados a esa recepción literal del catálogo comunitario. Pero ello no resuelve, de por sí, el problema. Desde luego nunca lo resolvería la afirmación de Austria de que su catálogo nacional permite afrontar mejor los problemas de la gestión de residuos que el comunitario (punto 40). En cuanto esta afirmación supone cuestionar una decisión comunitaria, el Tribunal recuerda su jurisprudencia según la cual un Estado miembro, una vez transcurrido el plazo de impugnación a que se refiere el art. 230 TCE, no puede invocar válidamente la ilegalidad de una directiva o de una decisión de las que sea destinatario como motivo de oposición frente a un recurso por incumplimiento basado en la inejecución o inobservancia de dicha directiva (punto 41).

Pero en todo caso, como la República de Austria ha afirmado en el proceso —y ello no ha sido contradicho por la Comisión— que garantiza la utilización y aplicación en su territorio del Catálogo europeo de residuos como nomenclatura de referencia, no se juzga relevante la falta de trasposición exacta de éste en cuanto que, además, ello no es exigido por norma comunitaria alguna.

Cuestión semejante es la que se trata en relación a la lista de residuos peligrosos a que se refiere la Directiva 91/689/CEE en relación a la Decisión de la Comisión de 94/903 que es quien la establece. En esta regulación, además, se permite a los Estados notificar a la Comisión los casos en los que en el derecho interno se califican como residuos peligrosos a otros distintos de los que figuren en la lista comunitaria. Austria demuestra que llevó a cabo la notificación de una norma interna (un Decreto de 1997) en el que se contenía su propia lista de residuos peligrosos, y que ello no fue contestado ni opuesto por la Comisión. Como, finalmente, el Tribunal juzga que la Comisión no ha demostrado en el proceso los inconvenientes y dificultades que se seguirían para los operadores y las autoridades competentes del hecho de que Austria siga un sistema clasificatorio distinto del comunitario, se rechazan las imputaciones de la Comisión.

Finalmente, también en este caso la Comisión es condenada en costas en cuanto que se desestima enteramente su recurso.

#### **E) Otras Sentencias recaídas en el período**

Finalmente, se consignan en este lugar otras dos Sentencias en materias medioambientales recaídas en el período temporal considerado, que no contienen afirmaciones de interés general, si bien se juzga necesario dar noticia de las mismas. Son las siguientes.

a) La STJCE de 12 de febrero de 2004 (Sala Tercera), As. C-406/02, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica, y en la que se constata el incumplimiento de Bélgica de diversas obligaciones contenidas en varias Directivas que, genéricamente podemos denominar como de calidad de aguas.

b) La STJCE de 30 de marzo de 2004 (Sala Quinta), As. C-201/03, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Suecia, y en la que se constata el incumplimiento de este país de distintas obligaciones que figuran en la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados, en su versión modificada por la Directiva 87/101/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986.

#### **3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS**

##### **A) Las plantas de pretratamiento de aguas residuales sólo podrán emplazarse a partir de dos mil metros del núcleo más próximo de población**

El TS en sus SSTJCE de 6 y 7 de octubre de 2003, Ar. 8142 y 8231, reitera la doctrina sentada desde su Sentencia de 4 de octubre de 1991, RA 7848, entendiendo que, conforme a los arts. 4 y 15 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, el proceso de depuración y saneamiento de aguas residuales, al consistir en un conjunto de operaciones a realizar para la obtención o transformación de productos naturales, integra una de las modalidades de una industria fabril calificada como molesta, insalubre y nociva. Actividades respecto a cuyo emplazamiento los artículos más arriba citados exigen que se sitúe a una distancia mínima de 2.000 metros a contar del núcleo más próximo de población agrupada.

##### **B) Inaplicación del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas en las medidas cautelares de paralización de actividades que provocan emisiones contaminantes de la atmósfera**

Las SSTS de 30 de septiembre y 21 de octubre de 2003, Ar. 7530 y 7627, tienen en común la valoración, inicialmente realizada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo al confirmar las sentencias de instancia, de que las decisiones de paralización –mediante Orden del Consejero de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente del Gobierno Vasco y Decreto del Alcalde de Baracaldo– de las actividades de una planta de producción de ácido sulfúrico estaban debidamente justificadas. Las decisiones recurridas se tomaron después de detectarse unos

episodios de contaminación atmosférica con unos niveles de SO<sub>2</sub> que superaban ampliamente los niveles de emisión establecidos en el Anexo IV del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolló la Ley 38/1972, de protección del medio ambiente atmosférico. Entienden ambos Tribunales que dichas medidas no pueden calificarse como decisiones sancionadoras dictadas al amparo de los arts. 36 y siguientes del Reglamento de actividades de molestas de 1961 y que exigirían audiencia previa del interesado, sino que se trata de medidas cautelares dictadas ante una situación de emergencia para seguridad de las personas y cosas. Decisión para la que el Alcalde encuentra cobertura suficiente en el art. 21.1.f) de la Ley de Bases de Régimen Local.

**C) El Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas no da cobertura legal suficiente a las ordenanzas municipales para el establecimiento de un sistema sancionador en materia de contaminación acústica**

El Tribunal Constitucional después de reconocer en el fundamento jurídico número 6 de la **STC 16/2004, de 23 de febrero**, que los reglamentos preconstitucionales tipificadores de infracciones y sanciones respetan con arreglo a su doctrina tradicional el principio de reserva de Ley en materia sancionadora que prescribe el art. 25 de nuestra Constitución, llegará a la conclusión, en el fundamento jurídico número 7, de que no cumple con esta exigencia el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, en relación al sistema sancionatorio regulado en la ordenanza municipal de Gijón por cuanto el citado Reglamento, aunque incluye entre las actividades molestas “las que (...) constituyan una incomodidad por los ruidos y vibraciones que produzcan”, no contiene catálogo alguno de infracciones y sanciones al respecto, de tal manera que la infracción tipificada en la Ordenanza municipal no coincide en absoluto con las previstas en el mencionado reglamento. Sin embargo el Tribunal, mediante una argumentación que partirá, entre otras, de la consideración del ruido como una forma de energía (FJ 8º), sí que encontrará cobertura suficiente para dicha sanción en los arts. 1.2 y 12 de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del medio ambiente atmosférico. Con base en dichos artículos el TC entiende que se da cobertura legal a la infracción tipificada en el art. 28 de la Ordenanza por cuya comisión se sancionó al recurrente en amparo.

El TC, en una sentencia que no dejará de ser polémica y cuya mayoría en la Sala Primera se alcanza con el voto dirimente de su Presidente existiendo un voto particular de tres de los seis Magistrados que la conformaron, resuelve denegar el amparo solicitado por el recurrente ante una resolución sancionadora del Alcalde del Ayuntamiento de Gijón por la que se le impuso a éste una sanción de multa de 50.001 por contaminación acústica cuya infracción se encontraba tipificada en la Ordenanza municipal.

El voto particular de los tres Magistrados disidentes se muestra conforme con la falta de cobertura del Reglamento de actividades molestas pero llegará a la conclusión contraria a la de la mayoría al interpretar que tampoco la Ley 38/1972 otorga cobertura legal a la resolución sancionadora. Manteniendo por tanto una posición discrepante ya que de

### XIII. Medio Ambiente

partida para ellos el ruido no puede ser calificado como “materias o formas de energía”. En consecuencia la Ley de Protección del medio ambiente atmosférico no comprendería al ruido en su ámbito de regulación careciendo éste hasta la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre, de una norma general reguladora de ámbito estatal.

Por otro lado la Sala Segunda del TC, en su **STC 25/2004, de 26 de febrero**, va a resolver por unanimidad, con una forma de razonar más próxima a la del voto particular formulado en la sentencia arriba comentada, el recurso de amparo interpuesto frente a una sanción de cierre de una discoteca por un período de un mes tipificada en la Ordenanza de medio ambiente del Ayuntamiento de Santander que califica como infracción grave “el ejercicio de actividades industriales con puertas o ventanas abiertas”. Calificación que la misma ordenanza ancla legalmente en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de seguridad ciudadana. Pues bien aquí la Sala otorgará el amparo al entender que no se cumple el principio de legalidad en materia sancionadora ya que la infracción tipificada en la Ordenanza ni tiene encaje en el concepto restrictivo de seguridad pública, tal como ha venido interpretando el TC en las sentencias que se citan, ni en el de “riesgos graves para personas o bienes” tipificado en la Ley al no tratarse en el caso cuestionado de situaciones consideradas como de riesgo extraordinario

#### 4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

**A) La aprobación o modificación de los Planes Generales de Ordenación Urbana deben someterse a evaluación previa de impacto ambiental cuando incluyan modificaciones de los usos del suelo que impliquen transformaciones de la cubierta vegetal que afecten a más de 100 hectáreas**

Declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Murcia contra la Sentencia del TSJ de dicha Comunidad, el TS confirma la misma en su **STS de 30 de octubre de 2003**, Ar. 7974, al aceptar los razonamientos de aquélla en los que se concluía que la modificación del Plan General de Cartagena debió haberse sometido a previa evaluación de impacto ambiental al incluir una transformación de uso de suelo no urbanizable a urbanizable no programado que implicaría, al no haber sido combatido, la eliminación de la cubierta vegetal en superficies superiores a 100 hectáreas según lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales, Flora y Fauna Silvestres.

El TS rechaza al mismo tiempo el motivo de la recurrente en casación que defendía que la Disposición Adicional citada no sería aplicable a la aprobación de Planes o sus modificaciones porque esas aprobaciones no conllevan por sí mismas transformaciones del uso del suelo en cuanto requieren la aprobación posterior de Programas de Actuación Urbanística, de Plan Parcial y de Proyecto de Urbanización. Por el contrario el TS entiende, y fundamenta en ello la decisión, que la primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan General y que es él quien modifica drásticamente su régimen jurídico y es por tanto este quien debe someterse a evaluación de impacto ambiental.

### **B) Las plantas de cogeneración de energía eléctrica en cuanto actividad accesoria de la de extracción de mineral a cielo abierto deben someterse a previa evaluación de impacto ambiental**

El TS en su STS de 20 de octubre de 2003, Ar. 7622, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por La Junta de Castilla y León, va a confirmar la del TSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Segovia denegatorio de la autorización para el emplazamiento de una planta de cogeneración de energía eléctrica. La sentencia ordena retrotraer el procedimiento para que se tramite previamente la evaluación de impacto ambiental del proyecto.

Respecto a la necesidad del Estudio de Impacto Ambiental el TS interpreta que la sujeción a Evaluación de impacto ambiental de las plantas de cogeneración de energía eléctrica deriva de la previsión del apartado 12 del anexo 2 del Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que regula el procedimiento y los supuestos en que el Estudio de Impacto Ambiental es requerido incluyendo “toda obra, instalación o actividad secundaria incluida en el proyecto de explotación minera a cielo abierto”. Deduciendo de la propia demanda y de la licencia otorgada en su día la naturaleza accesoria de la planta de cogeneración de Energía Eléctrica con respecto a la actividad principal de extracción y tratamiento de arenas.

### **C) Evaluación de impacto ambiental y trazado de carretera**

Sobre esta materia, cabe destacar la STS de 24 de noviembre de 2003, Ar. 8618, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1999 y desestima el recurso presentado contra la declaración de impacto ambiental formulada sobre el estudio informativo de una autovía en Galicia, y también contra la aprobación del expediente de información pública y aprobación definitiva de dicho estudio.

El motivo de ello es que en opinión del TS los recurrentes (una asociación de afectados por la construcción de la autovía) no han acreditado que el trazado aprobado definitivamente en el Estudio Informativo sea contrario y perjudicial para los intereses generales.

La Declaración de Impacto Ambiental formulada expresa que el trazado previsto era viable y que cumplía con lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Carreteras de 1988 y en el RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio y su Reglamento (RD 1131/1988, de 30 de septiembre), sobre Evaluación de Impacto Ambiental.

## **5. ESPACIOS NATURALES. DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN AMBIENTAL DISPONIBLE SOBRE EL PLAN DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DEL EN DE SIERRA DE URBIÓN EN TRÁMITE DE ELABORACIÓN**

Ante la negativa del Servicio de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Delegación Territorial de Soria de la Junta de Castilla y León a proporcionar la informa-

### XIII. Medio Ambiente

ción ambiental que se tuviera sobre el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del EN de Sierra de Urbión por no haber sido éste sometido todavía al plazo de información pública legalmente previsto, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Castilla y León con sede en Burgos resultando estimado por la Sala que declaró el derecho de los demandantes a obtener la información solicitada.

Interpuesto recurso de casación contra la mencionada sentencia por parte de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, el TS en **STS de 28 de octubre de 2003**, Ar. 7865, declara no haber lugar al mismo confirmando la sentencia de instancia. Con base en la propia Exposición de Motivos y en el art. 1 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, el Alto Tribunal pone de relieve el derecho de cualquier persona física o jurídica a acceder a la información sobre medio ambiente que esté en poder de las Administraciones públicas sin que para ello sea obligatorio probar un interés determinado. Derecho que alcanza a la información sobre los planes, programas, actuaciones o medidas de protección en elaboración y respecto a las actuaciones ambientales ya realizadas, ciertas y existentes.

#### **6. FAUNA. LA PROTECCIÓN DE LAS ESPECIES DERIVA DIRECTAMENTE DE SU INCLUSIÓN EN EL CATÁLOGO DE ESPECIES AMENAZADAS SIN PERJUICIO DE SU PROTECCIÓN EN LOS PLANES DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES**

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valencia contra la Sentencia del TSJ de Valencia que estimó a su vez el recurso interpuesto contra la resolución sancionadora de la Consejería de Medio Ambiente de dicha Generalidad, que impuso una multa y la obligación de reparar una parcela afectada por el aporte y explanación de residuos sólidos destruyendo el hábitat de especies acuáticas protegidas. La sentencia del TSJ se dictó atendiendo a que había sido anulado por la propia Sala el Plan especial de protección del Parque Natural de la Albufera y su régimen jurídico.

La **STS de 23 de octubre de 2003**, Ar. 7837, concluirá que el fundamento jurídico de la sanción se encuentra no tanto en el Plan especial de protección anulado cuanto en el régimen de protección de las especies protegidas citadas en el Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, por el que se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas creado por el art. 30.1 de la Ley 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales, que otorga la protección a las especies con independencia de la regulación de los espacios naturales protegidos. Razón por la que estima ajustada a derecho la sanción recurrida.

#### **7. AGUAS CONTINENTALES**

##### **A) Delito ecológico causado por vertidos tóxicos. Se trata de un delito de peligro abstracto**

Se condena a un particular titular de una industria como autor de un delito contra el medio ambiente, a la pena de más de dos años de prisión, multa de 15 meses, e inhabili-

tación especial para el cargo de representante o administrador de empresa por tiempo de dos años, conforme al art. 325 del Código Penal de 1995, por la **STS de 24 de octubre de 2003**, Ar. 7319, (Sala de lo Penal). Como se recordará el mencionado art. 325 prevé como delito los vertidos a las aguas terrestres que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, cuando se contravenga la normativa aplicable de protección del medio ambiente. A pesar de que el imputado alegase que no se probó que la actividad de su industria contraviniese el Código Penal, lo cierto es que el TS opina que al configurarse como un delito de peligro abstracto el aludido, la actuación queda comprendida en el tipo delictivo, dada la gran toxicidad de los elementos vertidos (cianuro, cinc y cromo), la frecuencia de las inmisiones que se prolongaron durante los años 1996 a 1998, la falta de utilización o mantenimiento de la depuradora pese a los requerimientos del órgano administrativo actuante, omisión que conllevó la muerte masiva de peces y la afección perjudicial por tanto al ecosistema, y debido a la imposibilidad –tras dicha conducta– de poder utilizarse el agua analizada para consumo humano ni siquiera mediando potabilización. Ha resultado probado por consiguiente, mediante reiteradas tomas de muestras, que se ha vulnerado la Lag. de 1985 y el RDPH de 1986 que exigían mantener las instalaciones de depuración necesarias que se determinasen en la autorización de vertido.

### **B) Vertidos de aguas residuales: necesidad de Estudio de Incidencias Ambientales; estudio hidrogeológico como documento preciso en el expediente de autorización**

A la necesidad de presentar Estudio de Incidencias Ambientales en relación con los vertidos de aguas residuales se refiere la **STS de 25 de julio de 2003**, Ar. 6056. En esta ocasión, el TS confirma la Sentencia del TSJ de Aragón que había dado la razón a Greenpeace y al Gobierno de Aragón sobre anulación de unas Resoluciones de la CH del Ebro, por las cuales esta última otorgó una autorización de vertido a una empresa papelera, y dio un permiso para la construcción de una tubería de más de 5 kilómetros para la evacuación de aguas residuales a cauce público.

El TS estima que no concurrió Estudio de Incidencias Ambientales respecto de ninguna de esas dos actuaciones, a que obligaba en aquel momento (1994 y 1995) el art. 90 de la Lag. de 1985 (posterior art. 98 TR de Lag. de 2001), en concordancia con los arts. 236 y 237 del RDPH de 1986. Si se tiene en cuenta lo dispuesto en la Disposición Adicional. d) del RD 1131/1988, de 30 de septiembre (Reglamento de EIA), que prevé que las actividades clasificadas contendrán preceptivamente Estudio de afecciones ambientales, puede concluirse que no estamos ante una potestad discrecional en este ámbito, sino que la propia normativa presume que toda actividad insalubre (como es una fábrica de pasta para papel (incluida como tal en el anexo I del Decreto de 30 de noviembre de 1961 todavía vigente) presenta un riesgo para el medio ambiente.

Por otro lado, en la **STS de 17 de octubre de 2003**, Ar. 7823, para resolver el supuesto que se debate, se parte de los siguientes preceptos: art. 94 de la Lag. de 1985 (posterior art. 102 del TR de Lag. de 2001) que establece que cuando el vertido pueda dar lugar a

### XIII. Medio Ambiente

la infiltración o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar los acuíferos o las aguas subterráneas, sólo podrá autorizarse si el estudio hidrogeológico previo demostrase su inocuidad, y art. 246 del RDPH de 1986 (redactado según el RD de 30 de octubre de 1992, redacción que varía con el RD de 23 de mayo de 2003) que preveía en aquel momento (1995) que en esos casos la solicitud de vertido sería acompañada del correspondiente estudio hidrogeológico, y este mismo precepto señala que fuera de ello y en general toda solicitud de autorización debe adjuntar proyecto suscrito por “técnico competente” de las instalaciones de depuración o eliminación.

La presente Sentencia presenta dos motivos de casación alegados por una empresa titular de una almazara, pero sólo prospera uno de ellos, en concreto el relativo a que en la expresión “técnico competente” presente en el art. 246 del RDPH cabe incluir a un Ingeniero Agrónomo y también a un Ingeniero de otra especialidad según los casos, es decir, no tiene por qué existir monopolio de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. El motivo que no prospera es el que versa sobre la no necesidad de adjuntar el estudio hidrogeológico a que se refiere el art. 94 Lag. de 1985, ya que es evidente que una balsa de evaporación de una almazara puede afectar a las aguas subterráneas y para obtener la correspondiente autorización de vertido es ineludible dicho documento.

#### 8. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

##### A) Aguas continentales: Cánones de saneamiento regionales: naturaleza de impuesto y no de tasa y aplicación del principio de reserva de ley

El TSJ de Galicia resuelve en STSJ de 7 de abril de 2003, JT 1497, recurso contencioso presentado por empresa del sector del aluminio contra la desestimación de reclamaciones formuladas en relación con liquidaciones por el canon de saneamiento gallego. La empresa se veía gravada por el sistema de estimación directa de la carga contaminante. El primer argumento que aduce la recurrente es la vulneración del principio de reserva de ley, dado que ciertos cálculos necesarios para la liquidación se contienen en el reglamento del canon. Éste es un lugar común en las demandas formuladas en torno a esta figura tributaria, bien es cierto que no se considera por los diversos Tribunales. No es una excepción el Tribunal de Galicia, que entiende que la regulación reglamentaria está lo suficientemente cubierta por la ley, todo ello a la vista de una reserva de ley que es relativa. Reitera fundamentos expresados en resoluciones anteriores. El segundo motivo de impugnación se refiere a la consideración reglamentaria del aluminio como metal pesado, lo que determina un incremento de la cuota tributaria. Tras un largo estudio técnico, el TSJ lo desestima. Aparte otras cuestiones procedimentales que podemos obviar, con el último motivo de impugnación denuncia la demandante la ausencia de aprobación para el ejercicio de la programación de aplicación de los recursos obtenidos con el canon de saneamiento, en referencia al Plan de Saneamiento de Galicia (fue aprobado al año siguiente). Para el TSJ la exigibilidad del canon no queda condicionada a la aprobación del Plan de Saneamiento, a diferencia de lo que sucede con otros cánones regionales.

**B) Otros tributos medioambientales: Impuesto gallego sobre la contaminación atmosférica: más declaraciones positivas de constitucionalidad por el TSJ de Galicia**

Se multiplican las Sentencias del TSJ de Galicia desestimatorias de recursos que impugnan indirectamente la regulación de este impuesto. Podemos reseñar las SSTSJ de Galicia de 18 de marzo de 2003, JT 1532; varias de 14 de abril de 2003, JT 1549 y 1550, o de 20 de junio de 2003, JT 1632. Todas ellas reproducen los argumentos que recogíamos en el número anterior de la revista.

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. Agricultura.** A) Política comunitaria de apoyo a la producción de cultivos. B) Ayudas. Ayudas de superficie para cultivos de herbáceos.

**3. Comercio interior: gestión de las ayudas para su modernización. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. 4. Comercio exterior. Importación. Determinación del “valor en aduana” de las mercancías importadas. 5. Energía.** A) Distribución

de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. B) Energía eléctrica.

a) Fijación de tarifas eléctricas para el año 2001. b) Fijación de tarifas eléctricas para

el año 2002. c) Actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. d) Puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica. **6. Precios. 7. Televisión.** A) Abuso

de posición dominante. Actuación de la Real Federación Española de Fútbol tendente a impedir la retransmisión de un partido de fútbol de la liga italiana por una Televisión privada. B) Por cable. Denegación de concesión provisional por falta de informe favorable municipal. **8. Transportes.** A) Terrestre. Transporte escolar. B) Marítimo. Libertad de

prestación de servicios. Excepciones conformes al derecho comunitario.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el presente número se incluye el estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre los números 7/2004, de 9 de febrero a 88/2004, de 10 de mayo, así como las sentencias del Tribunal Supremo contenidas en los cuadernos Aranzadi 26 a 34 de 2003.

**2. AGRICULTURA****A) Política comunitaria de apoyo a la producción de cultivos**

El Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación dictó una Orden el 20 de marzo de 1977, reguladora de ayudas a la agricultura y la ganadería en ejecución de la política eco-

nómica agraria de la Unión Europea (Reglamento CEE 1765/92, por el que se rigen las actividades de apoyo a los productores de cultivos herbáceos). En concreto, esta Orden Ministerial versaba sobre el sistema de pagos compensatorios a productores de determinados cultivos herbáceos, conteniendo la regulación de la materia y ampliando el plazo de presentación de solicitudes de ayudas por superficies y ganaderas y de indemnización compensatoria básica en zonas desfavorecidas. La Orden se dictaba para la campaña agrícola 1997-98 y se adjuntaba a la misma como Anexo el Plan oportuno de Regionalización Productiva de Cultivos, modificando el Plan anterior del mismo carácter. Contra esta Orden, la Junta de Extremadura interpuso recurso contencioso directo ante la Audiencia Nacional, desestimado en su Sentencia de 12 de abril de 2002. Contra ella, la Junta interpone ahora recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En su **STS de 8 de octubre de 2003, Ar. 7902**, se vuelve a desestimar el recurso.

A juicio del tribunal, la parte recurrente funda su recurso en tres motivos de casación, todos ellos de acuerdo con el art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.

En el motivo primero se plantean dos cuestiones diversas. La primera es que la Orden impugnada se dictó a la mitad del tiempo que comprende una campaña agrícola, cuando la regulación debe hacerse por campañas completas. El tribunal hace suya la argumentación del Abogado del Estado, según la cual es cierto que el Reglamento de la Unión Europea se refiere a una regulación por campañas y la correspondiente aprobación de los Planes de Regionalización de Cultivos, pero otorga competencia a los Estados no sólo para la aprobación, sino también para la revisión. El citado Reglamento comunitario no excluye que se hagan correcciones de las previsiones anteriores si están justificadas. Por ello, la sentencia rechaza esta primera parte del motivo primero de casación.

La segunda cuestión es que, a juicio de la parte recurrente, la aprobación de la Orden por el Estado supone una vulneración de las normas competenciales del Estatuto de la Comunidad Autónoma, que otorgan a la Junta de Extremadura competencia en materia de agricultura y ganadería. El doble punto de partida del tribunal es constatar que el art. 3 del Reglamento comunitario dispone que los Planes de Regionalización de Cultivos se aprueban y revisan por los Estados miembros de la Unión Europea y, en segundo término, que el Estado tiene competencia, en virtud del art. 149.1.13ª de la Constitución, para aprobar las bases y la coordinación general de la actividad económica.

La sentencia centra la discusión competencial afirmando que la propia Comunidad Autónoma admite la competencia del Estado respecto a la regulación de las campañas agrícolas y la aprobación de los Planes de Regionalización. Lo que se alega por la Junta, en realidad, es que se celebró con carácter previo una sesión de la Conferencia Sectorial de Agricultura y Desarrollo rural y que el texto aprobado en ella es distinto de la normativa de la Orden. En otras palabras, lo que se está alegando, en el fondo, es que el Estado se apartó del acuerdo de la Conferencia Sectorial.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

Este compartimiento del Estado es calificado por el tribunal como una “conducta desconsiderada”, pero en ningún caso contraria a Derecho: “a lo sumo podría entenderse en su caso que eventualmente se produjo una conducta desconsiderada de las autoridades del Estado al aprobar una regulación distinta de los acuerdos de la Conferencia Sectorial. Lo cierto es, sin embargo, que una conducta desconsiderada, aunque no implique un cumplimiento cabal del deber de colaboración entre Administraciones (que, por cierto, no invoca la Comunidad Autónoma recurrente), no supone una conducta contraria a Derecho” (FJ 2º). El carácter no vinculante de los acuerdos de las Conferencias Sectoriales, al menos si no se formalizan en convenios, sumado al reconocimiento de la competencia del Estado, por tratarse de una materia que incide sobre la actividad económica general (art. 149.1.13ª de la Constitución), conducen a que la sentencia deseche esta segunda parte del primer motivo de casación.

El segundo motivo de casación alegado es la infracción del art. 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, por entender que se han modificado los plazos de presentación de solicitudes en perjuicio de terceros, en concreto, de los agricultores extremeños que ya habían presentado su solicitud, contra lo que prescribe el inciso final del citado precepto (“La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos (...) si (...) con ello no se perjudican derechos de tercero”).

El tribunal desecha también este motivo argumentado que el mencionado art. 49.1 no se aplica a la elaboración de las disposiciones de carácter general que deben atenerse a un procedimiento específico, si bien ello no supone que la modificación de plazos con perjuicio de terceros sea conforme a Derecho, en especial si no está justificada. Lo que sucede es que, según la sentencia, en el concreto caso enjuiciado, la modificación de la normativa anterior estaba justificada para corregir desajustes. Concluyendo que la Comunidad Autónoma recurrente no expone cuáles son los perjuicios causados, recordando que el resarcimiento de esos perjuicios es una cuestión para la que estarían legitimados los agricultores que se consideren perjudicados.

El tercer y último motivo de casación es la infracción del art. 4 del Reglamento comunitario 1765/92, porque se modifica el Plan de Regionalización de forma arbitraria y sin fundamento objetivo. Asimismo, se vulneran también los arts. 9 y 14 de la Constitución. El art. 9 porque estamos ante una disposición, la Orden Ministerial impugnada, que tiene carácter retroactivo y aprueba preceptos de consecuencias desfavorables para los agricultores que ya habían presentado solicitudes de ayuda. Y el art. 14 por vulnerarse el principio de igualdad respecto a otros agricultores.

Al igual que los otros, este motivo es también rechazado por el tribunal: “Hay que entender que la Orden no es de aplicación retroactiva pues ninguno de sus preceptos lo declara, y además los agricultores solicitantes de ayuda no tenían un derecho consolidado. Simplemente resulta que presentaron sus solicitudes a la vista de una normativa y ha de resolverse conforme a otra distinta. Pero al actuar así, no se vulneran derechos adquiri-

dos, sino a lo sumo simples expectativas. Por lo demás, dado que la argumentación de la Comunidad Autónoma supone vincular el supuesto incumplimiento de los dos preceptos citados en el motivo, incumplimiento que no se ha producido, no puede apreciarse que se haya vulnerado el principio de igualdad que establece el art. 14 de la Constitución” (FJ 3º).

### **B) Ayudas. Ayudas de superficie para cultivos de herbáceos**

Denegada la concesión de una ayuda de superficie, por estimarse que concurría un defecto de más del 20 por ciento respecto de la superficie declarada, el Tribunal de instancia confirmó la resolución impugnada. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo, en su STS de 30 de septiembre de 2003, Ar. 8222, estimó el recurso.

El Tribunal Supremo acoge los argumentos de la recurrente, los cuales se formularon en los términos siguientes: “el Tribunal, para considerar procedente la denegación de la ayuda por defecto de más del 20 por ciento respecto de la superficie declarada, no aprecia problemas de superficie propiamente dicha, ya que los únicos que aprecia son de falta de título para el aprovechamiento, mientras que el Reglamento CEE 1765/1992 del Consejo, de 30 de junio de 1992, por el que se establece un régimen de apoyo a los productores de determinados cultivos herbáceos, al referirse a estas subvenciones como ‘ayudas superficie’ alude a que lo que se subvenciona es la finca y su efectivo aprovechamiento, con independencia del solicitante y mucho menos de su título, cuya única exigencia que es que sea el ‘productor’, y la recurrente disponía del pleno aprovechamiento de la finca que le había sido transmitida por el arrendatario de los bienes comunales, el cual simplemente había incumplido su obligación de pago del arriendo” .

Para el Tribunal Supremo el Reglamento comunitario aplicable se refiere a los “productores”, por lo que basta con que el solicitante se presente con un título legítimo en apariencia, sin que sea procedente en el momento de resolver sobre la concesión de las ayudas entrar a dirimir sobre posibles conflictos sobre la titularidad de los terrenos. Al existir, en el caso enjuiciado, un título legítimo, debió concederse la ayuda, sin perjuicio de examinar con posterioridad la validez y contenido del título en virtud del cual quien obtiene la subvención actúa como productor en un terreno determinado.

### **3. COMERCIO INTERIOR: GESTIÓN DE LAS AYUDAS PARA SU MODERNIZACIÓN. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

En la STC 77/2004, de 29 de abril, se resuelve el conflicto positivo de competencias promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña contra diversas disposiciones de la Orden del Ministerio de Comercio y Turismo, de 6 de febrero de 1996, por la que se regula la concesión de ayudas relacionadas en los programas generales del Plan marco de modernización del comercio interior (ponente: Tomás S. Vives Antón).

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

La Comunidad Autónoma no discute que el art. 149.1.13ª CE reconoce al Estado la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. El propio art. 12.1 del Estatuto de autonomía de Cataluña establece la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña en la materia de comercio interior, sin perjuicio de las competencias que la Constitución reconoce al Estado en los números 11ª y 13ª del art. 149.1, y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38 y 131 del propio texto constitucional. Lo que la Comunidad Autónoma discute es que la Orden impugnada asigne competencias de gestión de las ayudas económicas a los órganos del Estado.

Por lo tanto, una vez más el Tribunal Constitucional tiene ocasión de pronunciarse sobre la distribución de competencias en la asignación de ayudas, respecto de una materia en la que se reconoce la competencia autonómica exclusiva, en este caso, el comercio interior. El propio Tribunal Constitucional señala que ya hay una doctrina consolidada, recogida en esta misma Revista, que ha sido recordada en la STC 126/2002, de 23 de mayo, y, en concreto, cabe aplicar lo dispuesto en la STC 13/1992, de 6 de febrero, para los supuestos en que el Estado ostenta una competencia genérica y la Comunidad Autónoma una de exclusiva. Antes de proceder al análisis detallado de los preceptos cuestionados, el TC indica que en las “(...) materias conectadas con la existencia de un mercado único en el que todos los factores del mismo están fuertemente interrelacionados, el diseño del texto constitucional propugna un equilibrio entre los diferentes sujetos constitucionales en presencia, que deberán repartirse facultades sin en ningún caso anular a los otros y teniendo siempre presente la necesidad de cooperación entre ellos” (FJ 4º al final).

En lo que se refiere a la convocatoria de las ayudas, y el establecimiento de los objetivos de las mismas, el TC señala que corresponde a la Generalitat de Cataluña la adopción de esa convocatoria, sin que la necesidad de conocer los circuitos internacionales de distribución pueda alterar esta conclusión.

Las diversas precisiones que efectúa la Orden de que las ayudas se destinarán a las actividades que tengan ámbito supraautonómico, o de que se primarán a los concursantes con este ámbito, son consideradas igualmente inconstitucionales, porque no cabe desplazar las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas a los órganos centrales con “el inadmisibles argumento” (dice el TC) de su carácter supraautonómico [FJ 6.b), al final].

Las actividades de gestión relativas a la recepción de solicitudes, instrucción de los expedientes, evaluación, proceso de resolución, control de las actividades subvencionadas, ordenación de pagos, y control de la utilización de los fondos, tienen que corresponder a la Comunidad Autónoma. El Tribunal Constitucional se asombra de que la instrucción de los expedientes se reserve en exclusiva a los órganos centrales del Estado, de modo que se excluya absolutamente a las Comunidades Autónomas.

Por el contrario, la fijación de los plazos, y la intervención del Tribunal de Cuentas son adecuadas a la Constitución (STC 98/2001). La referencia a los preceptos de la Ley General Presupuestaria es inconstitucional porque para el Tribunal Constitucional, sin per-

juicio de la entrada en vigor de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, lo cierto es que la citada LGP se aplica sólo a las ayudas tramitadas por la Administración del Estado.

Esta sentencia es demostrativa de que a pesar de existir ya una precedente jurisprudencia constitucional establecida sobre la materia debatida, la Administración del Estado ha continuado actuando con pleno desconocimiento de la misma, lo que explica las expresiones de asombro y estupor que la Sentencia contiene.

#### **4. COMERCIO EXTERIOR. IMPORTACIÓN. DETERMINACIÓN DEL “VALOR EN ADUANA” DE LAS MERCANCÍAS IMPORTADAS**

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la empresa Dow Chemical Ibérica, SA contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 20 de abril de 1998, por la que se declara ajustado a Derecho el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de mayo de 1994, desestimatorio de la reclamación económico-administrativa promovida contra la resolución del Jefe de Área de Inspección Nacional de Aduanas e Impuestos Especiales de 27 de octubre de 1992, en la que se propone una liquidación por Derechos a la Importación e IVA a la Importación, para regularizar la situación tributaria de la empresa recurrente por las importaciones de mercancías y productos de otras empresas del Grupo Dow llevada a cabo durante el ejercicio 1990.

La empresa Dow Chemical Ibérica es una empresa española que forma parte del Grupo financiero internacional Dow. La empresa española tiene firmado, con otras sociedades del mismo grupo y con sede en el extranjero, contratos encaminados a fomentar que estas sociedades compren y vendan sus productos entre sí. En uno de estos contratos, en los que figura la sociedad Dow Chemical France como vendedora y Dow Chemical Ibérica como compradora, se incluye un acuerdo de promoción de ventas, según el cual la vendedora concederá, en todo caso, un descuento en el precio.

Tras realizar las oportunas comprobaciones, la Inspección Nacional de Aduanas incoa un expediente para regularizar la situación tributaria de la sociedad española en lo referente a los Derechos de Importación correspondientes a las importaciones realizadas de empresas del Grupo DOW durante el ejercicio 1990. Lo que se va a discutir es el método que deba utilizarse para calcular el “valor en aduana” de las mercancías importadas. La normativa a interpretar será, principalmente, el Reglamento 1224/1980 CEE del Consejo, relativo al valor en aduana de las mercancías y la Nota Interpretativa a su art. 3.2, contenida en el Anexo I del Reglamento 1494/1980 CEE de la Comisión, de 11 de junio de 1980.

El art. 2 del Reglamento comunitario citado fija los métodos que deben seguirse para determinar el valor en aduana de mercancías importadas (que se regulan en los posteriores arts. 3 a 7): el valor de transacción, la valoración de mercancías idénticas, la

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

valoración de mercancías similares, el procedimiento sustractivo y el coste de producción. Como bien afirma la sentencia, reiterando el criterio ya asentado en otras precedentes (SSTS de 18 de diciembre de 1999, RJ 1999\9648, y de 10 de mayo de 2002, RJ 2002\5527), la utilización de estos métodos para hallar el valor en aduana no es discrecional, sino que, por el contrario, está rigurosamente escalonada, de suerte que no puede pasarse al siguiente sino en cuanto sean de imposible aplicación los señalados con antelación por la norma comunitaria. Solamente en el caso de que fuese imposible la determinación del valor en aduana con todos los métodos fijados, se determinará “por medios razonables”, compatibles con los principios y disposiciones generales del Acuerdo sobre valoración del GATT, a partir de los datos disponibles en la Comunidad (art. 2.3 del Reglamento).

En relación con el caso en examen, la Inspección Nacional de Aduanas, sentando un criterio que será confirmado después por el Tribunal Económico-Administrativo Central y la Audiencia Nacional, considera que no es aplicable ninguno de los métodos fijados en la normativa comunitaria. En consecuencia, determina el valor en aduana a través de “criterios razonables”, igualando el trato fiscal (es decir, el valor en aduana) de los importadores no vinculados y el de los vinculados al Grupo Dow, consiguiendo esta igualdad al no admitir en el precio el descuento exclusivo concedido a la empresa española por su condición de vinculada.

La disputa se centra en la aplicabilidad del método de valoración preferente (valor de transacción) y en dilucidar si la vinculación de la sociedad importadora a la vendedora ha influido o no en el precio.

Según el método preferente, el valor en aduana de las mercancías importadas es el valor de transacción, en otras palabras, el precio efectivamente pagado o por pagar por dichas mercancías. Ahora bien, la aplicabilidad de este método se somete al cumplimiento de cuatro condiciones (art. 3 Reglamento). No se discute la concurrencia de las tres primeras, sino sólo de la cuarta, a saber: “que no exista vinculación entre comprador y vendedor o que, en caso de existir, el valor de transacción sea aceptable a efectos aduaneros”. Tampoco se discute la efectiva existencia de una vinculación entre comprador y vendedor en este caso. Por lo tanto, sólo se discrepa en el punto relativo a que el precio declarado como valor de la transacción sea “aceptable a efectos aduaneros”.

Para la Administración, las importaciones se realizan bajo la cobertura de un precio inaceptable por favorable, que dimana del acuerdo de promoción de ventas firmado entre las sociedades vendedora e importadora, en el seno del Grupo Dow. Para la sociedad recurrente, en cambio, se trata de un valor de transacción aceptable, ya que tales acuerdos se firman habitualmente entre empresas independientes y que descuentos similares se conceden cuando se realizan operaciones de envergadura que lo justifiquen. Y aquí estaría justificado porque la sociedad importadora efectúa la práctica totalidad de sus compras a empresas del grupo, lo que hace razonable que reciba por todo ello un trato más favorable.

El Tribunal Supremo, en la **STS 14 de noviembre de 2003**, RJ 2003\8319, entra a resolver el litigio en este punto. Que el valor figurado sea “aceptable a efectos aduaneros” constituye un ejemplo de concepto jurídico indeterminado. Como tal, sólo tiene una concreción posible, ajena a la esfera discrecional. Tal concreción, a su juicio, no puede ser otra que la del valor de mercado, entendiendo por tal el precio que se hubiera establecido de forma compatible con las prácticas normales para la fijación de precios en la rama de la producción de que se trata o bien el precio que cubra todos los costes y asegure un beneficio (Nota Interpretativa del art. 3.2 del Reglamento 1224/1980, contenida en el Anexo I del Reglamento 1494/1980).

Los razonamientos precedentes permiten concluir al tribunal que la valoración de mercancías importadas, a efectos aduaneros, cuando no se consideran aplicables los valores de transacción, es una “cuestión de hecho”, sometida a la valoración de la prueba en cada caso, según las circunstancias que resulten acreditadas. En definitiva, es materia de prueba.

En el presente caso, no se ha producido en la Sala de instancia una valoración probatoria expresa. Por ello, y aunque no es posible, salvo excepcionales casos, la revisión en casación de la valoración probatoria, lo que sí cabe es examinar los principios y reglas de la carga de la prueba. Pues bien, la Administración únicamente ha esgrimido la existencia de una vinculación entre las dos sociedades y la existencia de un acuerdo con descuentos en los precios, perfectamente justificables en el volumen y seguridad de las operaciones. Por ello, no puede considerarse inaplicable el método preferente del valor de transacción y, en consecuencia, se estima el recurso interpuesto.

## 5. ENERGÍA

### A) Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

La **STC 14/2004, de 12 de febrero**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra dos apartados del núm. 222 de la regla II, duodécima (suelo), de las directrices de ordenación territorial, incluidas en el anexo de la Ley de Cortes de Aragón 7/1998, de 16 de julio, de ordenación del territorio (ponente: Vicente Conde).

El apartado b) del número 222, dispone que “se prohibirá la instalación de almacenes de residuos nucleares que no hayan sido generados en Aragón”. El representante del Estado alega la vulneración de los títulos “bases del régimen energético” y “seguridad pública”, mientras que las representaciones procesales autonómicas alegan en su favor la concurrencia de los títulos “ordenación del territorio” y “medio ambiente”. El Tribunal Constitucional rechaza la aplicación de los tres últimos títulos competenciales citados, y se centra en la materia “régimen energético”.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

Así, dice, la materia “régimen energético”, que encuadra a las diferentes actividades relativas a la producción, en cualquier modalidad, de energía nuclear, si bien este encuadramiento debe matizarse, pues no se extiende a todas las fases de desarrollo de esta forma de energía, puesto que con ello se vaciarían otras materias, sino que abarca la producción, mientras que para otras actividades habrá que acudir a otros títulos (así, la STC 197/1996, de 29 de noviembre, sobre la energía del petróleo, consideró que la distribución se inscribía en la materia de comercio interior).

Ahora bien, en este caso, “el precepto sólo atiende a la conexión de los almacenes de residuos nucleares con la producción energética y como consecuencia al simple desplazamiento de los residuos desde los centros de producción hasta las instalaciones de almacenamiento de la Comunidad Autónoma de Aragón”. Hay una relación directa entre producción energética y almacenamiento de los residuos que derivan de ella. El TC concluye que la directriz impugnada atiende a una dimensión estratégica de la producción energética, cual es la gestión y emplazamiento de sus residuos, lo que justifica el encuadramiento competencial en la materia de “régimen energético”, donde al Estado le corresponde la fijación de las bases, mientras que a la Comunidad Autónoma le corresponde el desarrollo de esas bases y su ejecución (art. 149.1.25ª CE).

Esta distribución competencial supone que el TC vuelva a recordar su doctrina sobre los requisitos material, como mínimo común normativo en un sector material, y formal, de las bases estatales, tras lo que examina si el precepto autonómico ha vulnerado esas bases. Para ello, el TC tiene en cuenta la legislación vigente en materia de energía nuclear, en su mayoría de carácter preconstitucional, y de la que deben extraerse los principios o bases que deberán ser respetados por las CCAA, sin que tengan que esperar al desarrollo posconstitucional por parte del legislador estatal (FJ 11º).

El TC considera que las bases estatales del régimen energético nuclear incluyen los siguientes aspectos (FJ 12º): los diversos tipos de instalaciones nucleares y radioactivas, sus definiciones, y la inclusión como tales de los almacenes de residuos; además, el sometimiento de la actividad de todas esas instalaciones a un sistema de autorización administrativa, pues la peligrosidad así lo justifica y, en todo caso, corresponde legítimamente al legislador estatal optar entre alguna de las alternativas existentes para la regulación de un sector o aspecto del mismo, con tal de que se cumplan los requisitos constitucionales (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8º, sobre las oficinas de farmacia); asimismo, la obligación de que todas las instalaciones de este tipo cuenten con almacenes adecuados; y la distinción de las instalaciones en tres categorías.

El TC destaca que la normativa básica ha sometido el régimen de los residuos generados por la producción de energía nuclear a un régimen de gestión de efectos supracomunitarios, unitario y abierto a todo el territorio nacional, en el que corresponde al Estado la decisión de los criterios esenciales sobre el emplazamiento de los almacenes, las garantías de la seguridad de estas instalaciones, o el transporte de los residuos. En este sistema de gestión, corresponde también al legislador estatal decidir si los residuos generados en una Comunidad Autónoma deben ser almacenados en la misma, o bien es mejor esta-

blecer una serie de puntos estratégicos, repartidos por todo el territorio nacional. De la normativa básica se desprende que el legislador estatal se ha decantado por este segundo modelo, abierto a todo el territorio nacional, y así lo manifiesta al otorgar validez supra-comunitaria a las autorizaciones que concedan tanto el Estado como las CCAA. En fin, en la medida que el modelo diseñado por el apartado b) del núm. 222 parece establecer un modelo de gestión intraautonómico, excluyente de los residuos generados por otras CCAA, es contrario al modelo establecido por las bases estatales.

## **B) Energía eléctrica**

### **a) Fijación de tarifas eléctricas para el año 2001**

El Tribunal Supremo en sus **SSTS de 2 de octubre de 2003**, RJ 2003\8415 y 2002\7215, desestima dos recursos de objeto prácticamente idéntico interpuestos contra el Real Decreto 3490/2000, de 29 de diciembre, por el que se aprueba la tarifa eléctrica para 2001. El primero se interpone por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), siendo parte recurrida la Administración del Estado, la Asociación de Pequeños Productores y Autogeneradores de Electricidad con Fuentes de Energía Renovables, Unión Eléctrica FENOSA y la Asociación de Autogeneradores de Energía Eléctrica. El segundo se interpone por IBERDROLA, con las mismas partes recurridas, excepto la Asociación de Pequeños Productores y Autogeneradores de Electricidad con Fuentes de Energía Renovables, y con la adición de ENDESA. Los recursos son objeto de deliberación y decisión conjuntas, siendo resueltos en dos sentencias de la misma fecha.

En el primer recurso, la parte recurrente impugna la norma indicada formulando las siguientes cuatro pretensiones: 1) que se declare la nulidad del decremento general de las tarifas de baja tensión; con carácter subsidiario a la anterior, 2) que se condene a la Administración al establecimiento de un mecanismo corrector del déficit tarifario; 3) que se ordene a la Administración la elaboración de nuevas “primas y precios” para la retribución de los productores de energía eléctrica en régimen especial (producción por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración), y 4) que se ordene a la Administración elaborar una metodología de tarifas conforme a los criterios establecidos en el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. En el segundo recurso, por su parte, se formulan igualmente las pretensiones primera y cuarta y se añade otra nueva: que se declare la nulidad de la fijación de las tarifas para el año 2001 correspondientes a determinadas actividades reguladas, puesto que no suponen una retribución de dichas actividades en términos correctos, quebranta el principio de suficiencia tarifaria y las fija según criterios no objetivos, faltos de transparencia o discriminatorios y al margen de las previsiones de la Ley del Sector Eléctrico.

Con posterioridad a la interposición del recurso, y antes de que se dictase la sentencia, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, por el que se esta-

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

blece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia y se modifican algunos artículos del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad del abastecimiento.

La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, sin prejuzgar el fallo, acordó mediante providencia someter a la consideración de las partes la posible incidencia del mencionado Real Decreto 1432/2002 en las pretensiones formuladas en la demanda o, incluso, la posible pérdida, total o parcial, de objeto del recurso. Y ello porque en dicho Real Decreto se incluye “como un nuevo coste de la tarifa, el desajuste de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas que se ha producido en años anteriores al que se dicta la norma, recuperables de forma lineal hasta el año 2010” y se fijan asimismo: “unos criterios de revisión de las partidas correspondientes a ingresos y costes que se vean afectadas en las revisiones de la tarifa de los dos años anteriores derivadas de variaciones, dentro de unos márgenes, de aquellas variables que no dependen de los operadores del sector”.

Las sentencias desestiman los recursos interpuestos, recordando su doctrina sobre la pérdida sobrevenida de objeto del recurso directo contra disposiciones generales y sobre la satisfacción extraprocésal de las pretensiones.

Por lo pronto, la sentencia confirma lo que la parte recurrente ya había admitido previamente: que se ha producido una satisfacción extraprocésal de la cuarta pretensión formulada. Habiéndose solicitado que se ordenara a la Administración elaborar una metodología de tarifas conforme a los criterios establecidos en el Real Decreto-ley 6/2000, es justamente dicha metodología la que se instaura a través del Real Decreto 1432/2002. Concluyendo el tribunal que: “carecería de sentido una condena a la Administración para que hiciera algo que ya ha hecho” (FJ 4º de la primera sentencia, reproducido en el FJ 1º de la segunda).

En relación con las tres pretensiones restantes del primer recurso, la sentencia concluye que, tras la aprobación del Real Decreto 1432/2002, carecen de objeto. En primer lugar, afirma que la reducción tarifaria del Real Decreto 3490/2000, en virtud del citado Real Decreto 1432/2002, queda neutralizada con carácter retroactivo para las empresas eléctricas agrupadas en la asociación recurrente, a las que se garantiza la percepción de sus eventuales déficit pasados. E igualmente carece actualmente de objeto la pretensión de que se ordene a la Administración la elaboración de nuevas “primas y precios” para la retribución de los productores de energía eléctrica en régimen especial, puesto que ya se contemplan en el Real Decreto 1432/2002 tanto el desajuste de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas (“déficit” de años anteriores), como la corrección de desviaciones.

A la misma conclusión llega la segunda sentencia respecto a la única pretensión nueva formulada por la parte recurrente. Carece de objeto la solicitud de que se declare la nu-

lidad de las tarifas fijadas para el año 2001 correspondientes a determinadas actividades reguladas, por vulnerar el principio de suficiencia tarifaria, en tanto que el Real Decreto 1432/2002 ha supuesto una alteración sustancial y retroactiva de los criterios tarifarios precedentes.

En todo caso, el Tribunal Supremo aprovecha para recordar su doctrina sobre la pérdida sobrevenida de objeto del recurso directo contra reglamentos: “Hemos afirmado en reiteradas sentencias (recientemente, entre otras, las de 8 de marzo, RJ 1999\1532, y 23 de noviembre de 1999, RJ 1999\8431, con cita de las de 3 de febrero, RJ 1997\1552, y 24 de marzo de 1997, RJ 1997\2499, y en la de 5 de febrero de 2001, RJ 2001\4046) que, 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 sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico” (FJ 3º de la primera sentencia, reproducido en el FJ 1º de la segunda).

#### **b) Fijación de tarifas eléctricas para el año 2002**

Las SSTs de 10 de noviembre de 2003, RJ 2003\8286, de 12 de noviembre de 2003, RJ 2003\8301, y 27 de noviembre de 2003, RJ 2003\8196, desestiman los correspondientes recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Real Decreto 1483/2001, de 27 de diciembre, sobre establecimiento de tarifa eléctrica para el año 2002.

En el primer recurso, interpuesto por la entidad Eléctrica de Viesgo, se impugna el art. 1.3 del Real Decreto, en relación con los costes reconocidos para el año 2002 destinados a la retribución de la distribución de energía eléctrica –actividad que desarrolla la empresa recurrente–, así como a las asignaciones consignadas en el Anexo VIII del reglamento y, específicamente, la que a ella se le asigna.

La parte recurrente sostiene, como tesis central de su argumentación, que la configuración actual del mercado de distribución de energía eléctrica, formado por las sociedades específicamente dedicadas a esa actividad, deben hacer frente al cumplimiento de todas sus obligaciones legales y contractuales, a la vez que deben conseguir un adecuado nivel de rentabilidad y competitividad, dependiendo, en cuanto a los ingresos necesarios para ello, de que por parte de la Administración se efectúe anualmente una justa y suficiente asignación de cantidades retributivas de la actividad que desarrollan dichas empresas distribuidoras. Tesis que conduce a la impugnación del citado art. 1.3.

La petición de declaración de nulidad se basa en dos tipos de argumentos. Por lo pronto, en motivos formales: a) la falta de verificación, en la forma legalmente prevista, de los in-

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

formes preceptivos de la Comisión Nacional de la Energía y su Consejo Consultivo; b) la omisión del trámite de audiencia de los interesados, porque la parte actora, entidad cuya actividad es la distribución de electricidad, no fue oída; c) la forma en que se remitió la propuesta a la Secretaría General Técnica, con escaso margen de tiempo y sin acompañarse de los preceptivos informes, desvirtuando la finalidad del trámite y haciéndolo no apto para cumplir la legalidad, y d) la falta de dictamen del Consejo de Estado. Como motivos de fondo, se alegan: a) los costes reconocidos se establecen de forma arbitraria; b) se discrimina a la empresa recurrente por vincularla al Grupo ENDESA, y c) se le discrimina respecto de otras empresas distribuidoras con las que comparte zonas de distribución eléctrica.

La sentencia de 10 de noviembre de 2003 desestima el recurso. Entre sus razonamientos se recuerda que el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia, y en el que se incluye como un nuevo coste de la tarifa el desajuste de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas que se ha producido en años anteriores al que se dicta la norma, recuperables de forma lineal hasta el año 2010, provoca, en este particular, que el recurso haya perdido ya su objeto con satisfacción extraprocesal de la pretensión.

El segundo recurso, interpuesto por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), persigue la declaración de nulidad del Real Decreto en su conjunto, con la pretensión subsidiaria de que se condene a la Administración a establecer un mecanismo corrector del déficit tarifario.

La impugnación se funda en dos órdenes de motivos, formales y materiales. Entre los primeros se incluye: a) falta del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, que sería preciso al contener el Real Decreto normas que constituyen desarrollo de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, y b) vulneración del art. 15 de la Ley 54/1997 y de la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, al no haberse determinado reglamentariamente la metodología para el establecimiento de las tarifas.

Entre los motivos de carácter material se encuentran: a) infracción del art. 17 de la Ley 54/1997, al no cumplirse el principio de suficiencia tarifaria; b) infracción del art. 30.4 de la Ley 54/1997, al superarse en la norma impugnada el límite del 90 por ciento del precio medio de la electricidad que se establece en dicho precepto para la prima que deben percibir las empresas productoras de energía eléctrica mediante energías renovables no hidráulicas, biomasa, o centrales hidroeléctricas de potencia igual o inferior a 10 MV, y c) infracción de los arts. 17 del Real Decreto-ley 6/2000, 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y 16 y 30 de la Ley 54/1977, al establecer la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto impugnado, sin el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, la retribución en concepto de garantía de potencia y de incentivos a todas las instalaciones de cogeneración que utilicen gas o combustibles líquidos derivados del petróleo, sin límite de potencia, lo que permite beneficiarse de ella tanto a las de potencia instalada igual o superior a 50 MV, como a las que tengan entre 1 y 5 MV, excluidas de los bene-

ficios por el Real Decreto, a la par que se introduce un concepto adicional de cobro al margen de dicho artículo.

La Sentencia de 12 de noviembre de 2003 también desestima el recurso, rechazando todas sus pretensiones y confirmando la validez de la norma impugnada.

El tercero y último de los recursos es interpuesto por la Compañía Hispano-Marroquí de Gas y Electricidad, solicitando que se declare: a) su derecho a percibir la compensación por extrapeninsulares prevista en el art. 3 y la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto; b) su derecho a la exención del pago de la cuota correspondiente al Operador del Mercado y Operador del Sistema, prevista en el apartado 3, letra e), del art. 3, y c) su derecho a la exención del pago de la cuota correspondiente a la compensación por extrapeninsularidad, prevista en el apartado 3, letra e), del art. 3.

La Sentencia de 27 de noviembre de 2003 desestima el recurso. Y, dada la circunstancia de que ya han recaído dos sentencias precedentes de este mismo tribunal que rechazan la misma pretensión, basada en los mismos argumentos, si bien referida a ejercicios anteriores (SSTS de 27 de octubre de 1999, RJ 1999\7469, y de 13 de febrero de 2003, RJ 2003\1162), impone las costas a la parte recurrente.

### **c) Actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica**

Las SSTS de 16 de octubre de 2003, RJ 2003\8389, y de 6 de noviembre de 2003, RJ 2003\8038, desestiman sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra determinados artículos del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. El primer recurso es interpuesto por un amplio número de pequeñas empresas eléctricas, mientras que el segundo lo es por ENDESA. En ambos casos, es parte recurrida la Administración del Estado e IBERDROLA.

La Sentencia de 16 de octubre de 2003 desestima el recurso planteado por los actores con la intención –según manifiestan– de defender la posición de las pequeñas empresas dedicadas a la distribución y comercialización de la energía eléctrica. Posición que, a su juicio, perjudican de manera antijurídica las disposiciones reglamentarias impugnadas, atentas solamente a los intereses de las grandes empresas. En concreto, las disposiciones recurridas son los arts. 36, 73.3 y 4, 74, 93.3, 95.2, 184, 189 y 196 y la Disposición Transitoria Novena. Por su parte, la sentencia de 6 de noviembre del mismo año desestima el recurso interpuesto por ENDESA contra la Disposición Transitoria Decimotercera del Real Decreto.

Se impugna el art. 36 por entender que se está estableciendo, a través de una norma de rango reglamentario, un nuevo concepto de “actividad de distribución” en contra de lo

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

que establece la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, en concreto su art. 9.1.g). Según el citado artículo, en efecto, la actividad de distribución debe entenderse como aquella que tiene por objeto principal la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo. La innovación contraria a la ley consiste, precisamente, en la previsión reglamentaria de que la actividad de distribución se hace desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo, ya que la ley no incluye tal precisión en la definición que hace de esa actividad.

En el art. 73 se determinan los requisitos necesarios para realizar la actividad de comercialización. Se impugnan sus apartados 3 y 4. En el primero de ellos, se requiere, como condición imprescindible para autorizar a una empresa a comercializar electricidad, que cumplan los requisitos exigidos a los agentes compradores en el mercado de producción de energía eléctrica. Según las partes recurrentes, ello supone confundir la actividad de comercialización con la adquisición de esa energía en el mercado de producción, lo que supone un error, porque es legalmente posible comprarla fuera de él y comercializarla.

Combaten el apartado cuarto del mismo artículo por exigir, con carácter general, la prestación de una garantía para cubrir compras como mínimo por valor de cien millones de pesetas, como única forma de acreditar su capacidad económica a las empresas que pretendan ejercer la actividad de comercialización. Se solicita la declaración de nulidad de este precepto con base en los siguientes cuatro motivos. Primero: vulneración del art. 44.2 de la Ley 54/1997, el cual se limita a requerir a las comercializadoras la suficiente capacidad legal, técnica y económica del solicitante y la prestación ante el operador del mercado de una garantía suficiente para cubrir su demanda de energía. La garantía debe estar, por tanto, en función de esa demanda, de manera que es ilegal imponer una cuantía determinada para la misma, especialmente de ese importe. Segundo: vulneración de los arts. 25.6, en relación con el 9.3 de la Ley 54/1997, y su desarrollo reglamentario, así como su Disposición Transitoria Undécima y la Transitoria Única del Real Decreto 277/2000, que permiten que los comercializadores adquieran energía fuera del mercado organizado de producción. Tercero: usurpación de las competencias autonómicas para determinar, en desarrollo reglamentario de lo dispuesto en el art. 44.2 de la Ley 54/1997, el modo de cumplimiento de los requisitos en él previstos. La competencia para el desarrollo reglamentario corresponde tanto al Gobierno como a los ejecutivos autonómicos. Y cuarto: el art. 73.4 impugnado se desentiende de la real capacidad económica necesaria para realizar la actividad de comercialización que se desee y, en su lugar, impone una garantía única y cuantificada, que lo único que acredita es que la empresa solicitante tiene una abultada cifra de negocios. Como colofón a los cuatros motivos indicados, la demanda concluye que el precepto impugnado incurre en: a) vulneración del principio de legalidad, pues no cuenta el Real Decreto con habilitación legal para exigir una garantía mínima por ese valor; b) infracción del principio de proporcionalidad, pues tal garantía es innecesaria para todos los casos en que el comercializador no se plantea presentar ofertas de adquisición en el mercado o desee hacerlas por una cantidad inferior; c) discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución, pues da el mismo trato a quienes son diferentes, y d) obstaculización de la libre competencia, ya que impide la existencia de pequeños negocios de comercialización que no soportarían el coste de un aval por dicha cantidad.

También se impugnan el art. 189 y la Disposición Transitoria Novena del Real Decreto, en relación con su art. 73. Según los recurrentes, a través del juego de esos dos preceptos, se imponen los requisitos del art. 73 con carácter retroactivo a las empresas que ya estaban autorizadas para comercializar en el marco de un expediente de separación de actividades. Lo que se traduce —a su juicio— en la concurrencia de cuatro motivos de nulidad distintos de esos preceptos. Primero: la exigencia retroactiva supone la infracción del art. 9.3 de la Constitución, que prohíbe la retroactividad de las normas desfavorables. Segundo: esa regulación vulnera el principio de confianza legítima, puesto que, tras separar sus actividades, al amparo de las normas transitorias y ser autorizadas provisionalmente a comercializar electricidad, se encuentran con que este Real Decreto les aplica unos requisitos que les impiden acceder a la autorización e inscripción definitivas. Tercero: se infringen el art. 14 y las Disposiciones Transitorias Segunda y Quinta de la Ley 54/1997, así como la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 50/1998, puesto que quien ya estaba operando en la distribución y ha procedido a separar sus actividades para, además, comercializar, se beneficia de esa última norma transitoria que extiende la transmisión a los nuevos sujetos de todo tipo de autorizaciones. Y cuarto: se infringe también la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997, que autoriza directamente a los distribuidores no sujetos al Real Decreto 1538/1987 a comercializar energía eléctrica. Por todo ello, se afirma que, en tanto se priva, a las empresas que se hallan en la situación descrita, de derechos que ya tenían adquiridos, se produce, como consecuencia de este conjunto normativo, una expropiación que no respeta el art. 33.2 de la Constitución.

Resultan también impugnados los arts. 184, 190 y 196. La nulidad de los dos primeros se pide por condicionar la inscripción definitiva de las empresas distribuidoras y comercializadoras a la adquisición de la condición de agente del mercado. Y eso es contrario a la ley desde el momento en que ésta permite comercializar energía eléctrica sin acudir al mercado de producción, por ejemplo, adquiriéndola a otro comercializador. El art. 196, por su parte, igualmente exige, entre los requisitos para la inscripción definitiva de los consumidores cualificados, acreditar la condición de agente del mercado, sin tener presente que los distribuidores y comercializadores la tienen *ex lege* (art. 9.3 de la ley), del mismo modo que la tienen los distribuidores no sujetos al Real Decreto 1538/1987, en virtud de la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997.

La demanda considera que el art. 74, relativo a la caducidad de la autorización, incurre en el mismo vicio que el art. 190, puesto que el comercializador no tiene por qué acudir al mercado organizado de producción.

Por su parte, los arts. 93.3, sobre instalación de equipos de medida y control, y 95, sobre lectura de suministros, son impugnados por considerarse que estas normas hacen posible que los contadores puedan ser manipulados por personas distintas de la distribuidora, lo que contraviene los arts. 45.1.a) y 45.2.a) de la Ley 54/1997.

El segundo de los recursos, interpuesto por ENDESA, impugna la Disposición Transitoria Decimotercera del Real Decreto, que se ocupa de los consumidores cualificados en

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

territorios insulares y extrapeninsulares. Los motivos alegados para dicha impugnación son los tres siguientes: a) el precepto resulta de imposible aplicación, por cuanto en los sistemas insulares y extrapeninsulares no existen mercados organizados de producción a los que pueda aplicarse un precio de referencia del mercado peninsular; b) vulnera el principio de seguridad jurídica, al no resultar claro cuál sea el “precio resultante de casación” utilizado como parámetro de referencia, y c) infringe los principios de libre iniciativa empresarial, libertad de pacto y libre acuerdo de voluntades contemplado en la Ley 54/1997 y en el Código Civil.

Como ya ha quedado dicho, el Tribunal Supremo desestima en su totalidad estos dos recursos interpuestos contra el Real Decreto 1955/2000.

##### **d) Puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica**

Las SSTS de 17 de noviembre de 2003, RJ 2003\8170, y de 24 de noviembre de 2003, RJ 2003\8190, resuelven sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos 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, por el que se aprueba el Reglamento de puntos de medida de los consumos y tránsitos de energía eléctrica. El primer recurso fue interpuesto por Bética de Cogeneración (BECOSA), siendo parte recurrida la Administración del Estado y la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA). El segundo, en cambio, fue planteado por UNESA, siendo parte recurrida la Administración del Estado.

En el primer recurso, BECOSA se limita a impugnar el art. 3.1.a) del Real Decreto 385/2002, según el cual: “constituye una única frontera de generación-consumo, el punto de conexión con la red de distribución de las instalaciones de régimen especial incluidos, cuando existan, los consumos eléctricos de las instalaciones que aprovechen el calor útil generado y otros suministros previstos en la legislación específica”.

Según la parte recurrente, el nuevo sistema cambia sustancialmente el sistema anterior, lo que le origina los graves perjuicios que se citan en el FJ 1º de la Sentencia de 17 de noviembre de 2003. Todo ello supone, siempre a juicio de la parte actora, una infracción de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico. Esta ley, en efecto, regula en su capítulo II del título IV un régimen especial de producción eléctrica para los autoprodutores que utilicen la cogeneración. Y en el apartado segundo de la citada Disposición Transitoria Octava se establece el mantenimiento de dicho régimen en tanto subsista la retribución de los costes de transición a la competencia de las empresas productoras de energía eléctrica incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1538/1987, con la única posibilidad, a partir del año 2000, de que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos pueda modificar los valores establecidos en el Real Decreto 2366/1994.

La cuestión fundamental a resolver es, por tanto, determinar si el precepto impugnado contraviene el sistema al que están acogidos los cogeneradores anteriores a la Ley

54/1997, puesto que, si así fuera, estaríamos ante una lesión del principio de jerarquía normativa, en los términos ya establecidos en la STS de 2 de abril de 2001, RJ 2002\433. No resulta ser éste el caso, a juicio del tribunal, puesto que el fallo de la Sentencia de 17 de noviembre de 2003 desestima el recurso y, consiguientemente, confirma la validez del art. 3.1.a) impugnado.

En el segundo de los recursos, UNESA impugna los arts. 3.5, 6.c), 26.1.a) y 30 del Real Decreto 385/2002. La validez del primero de ellos, que regula la figura del Verificador de Medidas Eléctricas, es cuestionada por el hecho de contener una prohibición de que las funciones que se le encomiendan las realicen empresas distribuidoras de electricidad, lo que es considerado, por la parte actora, contrario al principio de libertad de empresa, consagrado en el art. 38 de la Constitución.

La nulidad del art. 6.c) se solicita por ser contrario al principio de seguridad jurídica, establecido en el art. 9.3 de la Constitución, y constituir su contenido una prestación patrimonial de carácter público, contraria al principio de reserva de ley, previsto tanto en el art. 31.3 de la Constitución como en el art. 23.2 de la Ley 50/1997, del Gobierno. Este precepto establece lo siguiente: “Clasificación de los puntos de medida. Son puntos de medida de tipo 3, todos los demás puntos que no puedan clasificarse como de tipo 1 ni 2”. El recurrente entiende que al definirse así tales puntos, por exclusión, presentan un límite máximo de consumo y de tensión, pero no así un límite mínimo, con lo que, como consecuencia de la liberalización prevista para el primero de enero de 2003, se verán incorporados de modo automático a dicho tipo 3 todos los puntos de consumo actualmente domésticos y que consumen en baja tensión.

El art. 26.1.a), por su parte, establece que: “El coste de las comunicaciones, tanto de línea como de llamada y lectura, correrá por cuenta del responsable del equipo de medida, excepto en el caso de consumidores cualificados, que corresponderá a su encargado de lectura”. Frente a la regla general, de que el coste de las comunicaciones será abonado por su responsable en cada caso, este precepto establece una excepción a favor de los consumidores cualificados, de modo que éstos no pagarán aquel coste, obligando a las empresas distribuidoras a hacerse cargo de las facturas de telecomunicaciones de tales consumidores cualificados, previsión *ex novo* que, a juicio de la parte recurrente, carece de base legal y supone una prestación patrimonial de carácter público impuesta a los distribuidores mediante una norma de rango reglamentario, con infracción tanto del principio de reserva de ley, previsto en el art. 31.3 de la Constitución, como del principio de jerarquía normativa.

Por último, se impugna también el art. 30 del Real Decreto 385/2002. Este artículo se ocupa de las infracciones, estableciendo que: “son infracciones administrativas las acciones y omisiones tipificadas a continuación”, estableciéndose en sus tres apartados las infracciones muy graves, graves y leves, con un detallado catálogo de cada una de ellas. Su nulidad se pretende por vulneración del principio de reserva de ley en materia sancionadora, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución.

Resolviendo este segundo recurso, la Sentencia de 24 de noviembre de 2003 desestima las pretensiones de nulidad aducidas en relación con los arts. 3.5, 6.c) y 26.1.a), pero estima la referida al art. 30, cuya nulidad declara por infracción del principio de legalidad en materia sancionadora.

### 6. PRECIOS

Control de precios por las Comisiones Regionales. Tarifa del agua. Alcance de la potestad de control. Inexistencia de responsabilidad de la Administración que ejerce el control como consecuencia de su incidencia sobre la tarifa finalmente autorizada.

La intervención administrativa en materia de control de precios y tarifas se ha distinguido con nitidez de la potestad tarifaria que corresponde a las Administraciones titulares del servicio público. Numerosa jurisprudencia recogida en otros números de esta misma Revista y sección así lo acreditan.

Admitida, pues, la existencia de una potestad administrativa de control de precios y tarifas, que tiene como fin principal evitar un incremento excesivo de precios y tarifas que pueda generar tensiones inflacionistas, las cuestiones conflictivas se centran en determinar el alcance del ejercicio de esta potestad de control.

Las SSTs de 21 y 29 de octubre de 2003, Ar. 7833 y 7950, dictadas con ocasión de la impugnación de los actos de la Comisión Regional de Precios de Cataluña que controlaron las tarifas del agua fijadas por la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos (EMSHTR), han tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre algunas de las cuestiones más conflictivas que plantea el ejercicio de la potestad de control de precios y tarifas.

La entidad local recurrente, la EMSTHR, sostuvo que el control de las tarifas debía limitarse al control de la inflación, sin entrar en la estructura tarifaria aprobada por la entidad titular del servicio. Al no haberse hecho así en el caso enjuiciado, según la entidad recurrente, se vulneró el fin de la norma atributiva de la potestad y se lesionó la autonomía local.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento, y tras destacar que la Comisión de Precios redujo las tarifas propuestas (es decir, actuó para controlar la inflación), señaló que “La sentencia se ajusta a la regulación normativa del régimen de precios autorizados, porque la competencia en tal materia fue traspasada a la Generalitat por el RD 1386/1978, y fue asumida, posteriormente, por la Disposición Transitoria Sexta.6 del Estatuto de Autonomía Catalán, y tal competencia es de diferente naturaleza, alcance y ámbito material que las funciones de tutela de las entidades locales (traspasadas, a su vez, por el RD 2687/1980), por lo que la Comisión de Precios ha ejercido, realmente, la concreta competencia en materia de precios autorizados, sin que ello haya implicado una función de tutela sobre la EMSHTR.

“En su específica función, la Comisión de Precios debe tener en cuenta, a tenor de lo prescrito en los arts. 7 del RD 2695/1977 y 4 del D. Catalán 149/1988, si los incrementos solicitados se basan en elevaciones de costes de producción o comercialización y, asimismo, las amortizaciones, los recursos propios y ajenos, la compensación de costes y las consideraciones de política fiscal, energética u otras que respondan a políticas generales aprobadas por la Comunidad Autónoma o el Gobierno Central.

En el informe acompañado con el acuerdo impugnado se indica que ‘no parece que haya más obras que las de El Prat y Barberá’, que ‘se incluyen gastos financieros de inversiones anteriores’, y que ‘se imputan costes de otros servicios que no tienen nada que ver con la actividad del suministro del agua’, entre otras consideraciones, todo lo cual no puede interpretarse como ejercicio de competencias ajenas sino como las propias de la Comisión de Precios en materia, precisamente, de precios autorizados, pues el fundamento de tal sistema es el control del aumento de la inflación y, para ello, la Comisión ha de tener en cuenta, junto con las repercusiones de los costes, consideraciones de política fiscal, energética u otras que respondan a políticas generales aprobadas por el Gobierno o por la Comunidad Autónoma, de modo y manera que no pueden autorizarse incrementos de precios que no estén debidamente justificados (protegiéndose, así, intereses sociales de los usuarios de servicios de primera necesidad).

El contenido del propio informe demuestra que la Comisión de Precios ha cumplido con la función normativa que se le encomienda, porque no ha autorizado el incremento propuesto por la EMSHTR en razón a que el mismo no estaba suficientemente acreditado” (STS 2003/7950).

Consecuentemente con este razonamiento, se rechaza que los actos impugnados incurrieran en desviación de poder, y se niega también que carecieran de motivación suficiente.

La Sentencia de 29 de octubre de 2003, Ar. 7950, contiene otro pronunciamiento de interés, relativo a la posible responsabilidad de la Administración que, en ejercicio de su potestad de control de precios, limita el incremento de las tarifas autorizadas por la entidad que es titular del servicio. La reclamación se fundamenta en que si como consecuencia de la potestad de control de precios se limita el incremento de tarifas solicitado por la Administración titular del servicio, y ello redundaría en un deber de esta última de compensar al concesionario, este gasto será exigible a quien impidió el incremento de tarifas inicialmente previsto.

El Tribunal Supremo rechaza en el caso examinado la petición de indemnización en base a tres razones: a) No aplicabilidad del art. 107.2 del RDL 781/1986; b) No haberse acreditado que la reducción de la tarifa se situara por debajo del coste de autofinanciación, y c). No existir lesión, sino daño soportable.

Sobre esto último el Tribunal afirma que “además, debe entenderse que la entidad local titular de la potestad tarifaria, la EMSHTR, no puede alegar la existencia de una lesión

## XIV. Derecho Administrativo Económico

indemnizable en el caso, como aquí acontece, de que la negativa al incremento total de tarifas solicitado se haya acordado de conformidad con la potestad reconocida a la Comisión en materia de política de precios, pues la acción de responsabilidad debe anudarse a una previa anulación del acuerdo denegatorio del aumento integral de las tarifas propuesto, de modo y manera que, en el caso contrario, el de autos, nos encontramos con una lesión soportable, consistente en la obligación del ente local, la EMSHTR, de mantener el equilibrio financiero del servicio”.

### 7. TELEVISIÓN

#### **A) Abuso de posición dominante. Actuación de la Real Federación Española de Fútbol tendente a impedir la retransmisión de un partido de fútbol de la liga italiana por una Televisión privada**

El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso a la Real Federación Española de Fútbol una determinada sanción por haber denegado la autorización a una televisión privada para la retransmisión de un partido de fútbol de la liga italiana.

Recurrida la sanción, fue confirmada en primera instancia. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo desestima también este recurso mediante la STS de 5 de diciembre de 2003, Ar. 8474.

En su sentencia el Tribunal Supremo señala que muchas de las cuestiones que se plantean en el recurso casacional inciden en cuestiones de hecho que no cabe plantear en este tipo de recurso. No obstante, entra a analizar algunos de los motivos alegados por la entidad recurrente.

Como cuestión de orden general más relevante cabe destacar que para el Tribunal Supremo existió una conducta contraria a la prohibición de abuso dominante, ya que a su juicio la RFEF controla la retransmisión de partidos de fútbol extranjeros y está en disposición de regular el mercado. Para el Tribunal Supremo la RFEF, a través de las autorizaciones de retransmisión de partidos, desarrolla una actividad que es fundamental para la subsistencia de las diversas cadenas de televisión, en orden a la captación de televidentes y recursos económicos. En este sentido, afirma el Tribunal Supremo que “tal como se expone en la resolución del TDC, que la sentencia viene a reproducir implícitamente, a través de un sistema de autorizaciones, la RFEF controla la retransmisión de partidos de fútbol extranjeros, y está en disposición de regular el mercado, si se tiene en cuenta que la RFEF, bien directamente o a través de la Liga Nacional de Fútbol profesional, es titular de los derechos de retransmisión televisiva de los partidos de la competición de liga, de la Copa de S.M. el Rey y de la Selección Nacional, que son los de mayor interés deportivo y económico de los que se celebran en España, y que la retransmisión de partidos entre equipos extranjeros es de las pocas posibilidades que tienen las cadenas privadas de competir con esa entidad oficial nacional. Lo que viene a significar que la RFEF actúa como un operador económico capaz de realizar conductas de abuso de la posición dominante, encuadrables en el art. 6.2.b) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por cuanto la actividad

de explotación televisiva descrita encaja en el concepto de empresa dada la generalidad e indeterminación con que esa figura se regula en la normativa de aplicación”.

Lo afirmado permite concluir que la conducta enjuiciada supuso una infracción del art. 6.2.b) de la Ley de defensa de la competencia.

### **B) Por cable. Denegación de concesión provisional por falta de informe favorable municipal**

Las SSTs de 29 de septiembre de 2003, Ar. 8220 y 8698, resuelven con idéntica doctrina sendos recursos de casación frente a las sentencias que habían confirmado la legalidad de dos resoluciones de la Dirección General de Telecomunicaciones por las que se denegaron las solicitudes de concesión provisional de la prestación del servicio de televisión por cable.

El supuesto de hecho de los dos procesos es similar. Se trata de dos entidades que venían prestando el servicio de televisión por cable sin ningún tipo de título habilitante, dado el vacío normativo existente cuando iniciaron su actividad.

Al aprobarse la ley de telecomunicaciones por cable (Ley 42/1995, de 22 de diciembre), su Disposición Transitoria Primera estableció que las entidades que vinieran prestando el servicio podrían solicitar y obtener una concesión provisional, siendo requisito indispensable a tal efecto acompañar informe favorable de la Administración municipal.

La entidades recurrentes solicitaron la concesión provisional, la cual les fue denegada al no haber aportado el preceptivo informe municipal.

Frente a esta denegación se interpuso recurso contencioso-administrativo, el cual fue desestimado en primera instancia. Recurrida la sentencia en casación, se plantearon diversos motivos de oposición a la sentencia desestimatoria que a su vez fueron a su vez rechazados.

En primer lugar se solicitó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 42/1995. El Tribunal Supremo rechazó esta petición con el argumento de que el planteamiento de dicha cuestión ya había sido rechazado por el Tribunal Constitucional (Auto 38/2002, de 12 de marzo). El rechazo al planteamiento de la cuestión se fundó en la falta de relevancia de la norma cuestionada en relación con el litigio en que debía aplicarse, dado el desarrollo legislativo ulterior en el tratamiento de la misma materia. Esto es, al existir normas legales posteriores que modificaron el contenido de la regulación transitoria (RD-ley 6/1996 y Ley 50/1998) no tenía sentido plantear la cuestión de inconstitucionalidad frente a una norma legal ya inexistente.

En segundo lugar se rechaza que la exigencia de un informe municipal constituya una medida arbitraria. La arbitrariedad se predicaba de la norma recurrida por el hecho de no

## XIV. Derecho Administrativo Económico

ser razonable la intervención de una entidad local en materia de televisión por cable, y por no establecerse un parámetro general previo que condicione esta decisión.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento al entender que si es razonable la intervención de la entidad local, ya que al ser la misma titular del demanio sobre el que se instalará la red del nuevo servicio el ente local debe poder intervenir en el proceso de ordenación de su prestación. El recurso al informe previo es un buen mecanismo de coordinación de las intervenciones de las dos Administraciones que tienen intereses sobre la prestación del servicio, correspondiendo a la Administración con competencia sobre la actividad de televisión el dar o denegar la autorización previo informe de la Administración local.

En cuanto a la falta de criterios previos para la emisión del informe por parte del ente local, el Tribunal reconoce que hubiera sido mejor poder contar con los mismos, pero a su vez reconoce que es difícil fijar estos criterios generales para todo tipo de entidad local. A ello añade que siempre será posible el control *a posteriori* de la fundamentación en base a la cual la Administración local denegó el informe solicitado.

En tercer lugar, niega también el Tribunal Supremo que se esté ante un supuesto de expropiación sin indemnización. La razón es que no existe derecho o interés patrimonial suprimido, ya que el recurrente se encontraba en una situación de hecho, y la norma le permite continuar con su actividad anterior.

Por último, se rechaza también que la norma cuestionada vulnere el derecho comunitario.

### 8. TRANSPORTES

#### A) Terrestre. Transporte escolar

El transporte especial escolar requiere, para ser autorizado, que se acredite previamente que se ha convenido con los usuarios (padres de los alumnos, colegios) el transporte cuya autorización se solicita. La autorización se otorgará por el plazo de duración establecido en este contrato previo con los usuarios.

Por otra parte, el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, RD 1211/1990, establece en su art. 108 un derecho de preferencia para la prestación del servicio especial a las empresas titulares de servicios regulares permanentes de viajeros de uso general que tengan tráficos que coincidan plenamente con los del servicio especial.

Solicitada la renovación de una autorización de transporte especial por una determinada empresa, la Administración reconoció el derecho de preferencia a otra empresa en aplicación del art. 108 del ROTT. Impugnada la autorización en la que se reconoció el derecho de preferencia por la empresa que lo venía prestando con anterioridad, el Tribunal de primera instancia estimó el recurso, al entender que la nueva concesionaria no lo prestaba

en las mismas condiciones, al haber dejado fuera de servicio a un número significativo de alumnos.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 28 de octubre de 2003**, Ar. 7862, casó la sentencia impugnada, al entender que la misma interpretó de forma no ajustada a derecho los arts. 106 y 108 del ROTT. Para el Tribunal Supremo la acreditación de que las condiciones de prestación del servicio eran equivalentes (con respecto a quien solicitó inicialmente la autorización) debió exigirse con posterioridad a la autorización, como condición de efectividad de la misma. Sólo una vez se obtiene la autorización se puede requerir a la empresa concesionaria para que aporte el contrato que justifique que prestará el servicio en las mismas condiciones que tenía formalizadas previamente el concesionario anterior. Por tanto, fue correcta la actuación administrativa que otorgó la concesión a quien tenía un derecho de preferencia, sin perjuicio de que con posterioridad se le pueda exigir que acredite que lo prestará en condiciones similares a como lo venía prestando el anterior concesionario.

### **B) Marítimo. Libertad de prestación de servicios. Excepciones conformes al derecho comunitario**

Diversas entidades solicitaron una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento del derecho comunitario. La petición se fundaba en el hecho de que, a juicio de las peticionarias, la Administración había obstaculizado la puesta en marcha de una línea regular de transporte marítimo entre los puertos de Almería y Nador (Marruecos), lo que ocasionó a las entidades reclamantes unos perjuicios económicos imputables a la Administración. Desestimada la reclamación administrativa se recurrió en primera instancia y, tras la desestimación del recurso, se interpuso recurso de casación que a su vez fue desestimado por **STS de 27 de octubre de 2003**, Ar. 8591.

Para el Tribunal Supremo no existió vulneración de la libertad de servicios contemplada en los arts. 59 a 61 del Tratado de la Unión (en la actualidad arts. 49 a 51). Para el Tribunal Supremo los hechos alegados por la Administración (inexistencia de medios para el control de la inmigración en los puertos de atraque) eran fundados, y justificaban la oposición a la puesta en marcha de la línea de transporte marítimo. Esta excepción a la libertad de prestación de servicios está también amparada por la normativa y jurisprudencia comunitaria.

La postura del Tribunal Supremo se puede entender resumida en el siguiente razonamiento de su sentencia: “La restricción impuesta por la Administración española a la libre prestación del servicio de transporte marítimo entre España y Marruecos basada en el interés general derivado del control fronterizo, que se levantó después de un año y siete meses desde que las entidades recurrentes tenían previsto realizar el primer viaje (abril 1993) hasta que efectivamente lo pudieron llevar a cabo (noviembre de 1994) por haber sido dotado el puerto de Almería de los adecuados servicios aduaneros y policiales, no

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

debe considerarse excesiva ni desproporcionada, sin que existiesen medidas alternativas menos restrictivas, por lo que la denegación de la autorización para atracar en los puertos de Alicante, Almería o Málaga era indispensable, objetivamente necesaria y apropiada para alcanzar el objetivo de controlar eficazmente el cruce de la frontera marítima, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, citada por las propias recurrentes, justificaron la restricción temporal a la libre prestación de servicios y, por consiguiente, no constituyeron una infracción del art. 59, párrafo primero, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en la actualidad 49, párrafo primero) ni del art. 1 del Reglamento 4055/86, ya que, conforme a lo establecido en el antiguo art. 5 de dicho Tratado (hoy art. 10), la Administración española adoptó todas las medidas apropiadas, cual fueron la supresión del art. 5 del Tratado bilateral con Marruecos de 29 de diciembre de 1979 y la dotación de servicios aduaneros y policiales en el puerto de Almería, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del referido Reglamento 4055/1986”.

En consecuencia, dado que el Tribunal Supremo entendió que no existió vulneración del derecho comunitario, confirmó la desestimación de la acción de responsabilidad que las entidades recurrentes ejercitaron alegando precisamente el incumplimiento de la normativa comunitaria. Para el Tribunal Supremo las entidades recurrentes debieron soportar las restricciones impuestas a la libertad de establecer líneas regulares de transporte marítimo, sin que existiera en el caso enjuiciado lesión antijurídica indemnizable.

ALFREDO GALÁN GALÁN  
TOMÁS FONT I LLOVET  
JOSEP MOLLEVÍ I BÓRTOLO  
JOAQUÍN TORNOS MAS



**XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) Legitimación de las organizaciones de consumidores. B) Medidas de protección contra las encefalopatías espongiformes transmisibles y utilización de proteínas animales en la alimentación animal. **2. Deporte.** A) Confirmación de sanción al Real Madrid por exceso en la ocupación del aforo. B) Adopción de medida cautelar de suspensión en el caso Gurgegui. C) Intervención de la RFEF en el mercado televisivo de fútbol extranjero. **3. Educación.** A) Universitaria. a) Vicerrector y Gerente, órganos de gobierno con competencias diferentes. **4. Extranjeros.** A) Legalidad de algunos preceptos del Reglamento de Extranjería. B) Permiso de trabajo y de residencia. C) Expulsión. D) Asilo y condición de refugiado. E) Extradición. F) Nacionalidad. **5. Sanidad.** A) El concepto de “medicamento” y el Derecho comunitario. B) La condición de establecimiento sanitario de las oficinas de farmacia. C) Colegio Oficial de Médicos: innecesariedad de su audiencia para la regulación de la actividad prestacional de la Administración. **6. Seguridad privada.** A) Prácticas restrictivas en los servicios de seguridad privada en Portugal. B) Cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas de Seguridad.

**1. CONSUMO****A) Legitimación de las organizaciones de consumidores**

La STC 73/2004, de 22 de abril, estima el recurso de amparo interpuesto por la OCU contra la decisión judicial que decidió la inadmisión por falta de legitimación activa de la organización de consumidores, porque no defendía un “interés propio”, sino de “tercero”, afectando los actos administrativos que se pretendían recurrir “a una persona particular”. La expresada y lacónica motivación de los Autos impugnados, a juicio del Tribunal Constitucional, es contraria a la expresa previsión legal que determina que las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas “para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos”, esto es, para representar y defender los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 20.1 LCU; 16.1 Real Decreto 825/1990, de 22 de junio). Así pues, la

Organización de Consumidores y Usuarios, en la medida en que interpuso los recursos contencioso-administrativos en defensa de los derechos e intereses de dos de sus asociados, inadmitidos por las resoluciones judiciales impugnadas, estaba en este caso legalmente legitimada para promoverlos, por lo que, al negarle los Autos recurridos una legitimación de tan evidente fundamento legal con base en que no defendía “un interés propio”, sino de “tercero”, sin más argumentación ni razonamiento, hay que concluir que le han denegado indebidamente el acceso a la justicia, y en consecuencia han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

### **B) Medidas de protección contra las encefalopatías espongiformes transmisibles y la utilización de proteínas animales en la alimentación animal**

La STJCE de 1 de abril de 2004, As. Belio, C-286/02, responde a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Treviso en relación con la presencia accidental, en la harina de pescado utilizada en la producción de piensos destinados a animales distintos de los rumiantes, de sustancias no previstas o no permitidas como son fragmentos de tejido óseo de mamíferos inferior al 0,1 por ciento, cuyo origen no puede llegar a ser determinado, lo que conlleva el decomiso de la harina de pescado procedente de Noruega y destinada a la sociedad Belio. Al respecto el Tribunal de Justicia determina que el art. 2 de la Decisión 2000/766/CE del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a determinadas medidas de protección contra las encefalopatías espongiformes transmisibles, y el art. 1 de la Decisión 2001/9/CE de la Comisión, de 29 de diciembre de 2000, relativa a las medidas de control requeridas para la aplicación de la Decisión 2000/766, en relación con las demás normas comunitarias de las que se derivan las citadas disposiciones, deben interpretarse en el sentido de que no admiten la presencia, ni siquiera accidental, de otras sustancias no autorizadas en la harina de pescado utilizada en la producción de piensos destinados a animales distintos de los rumiantes y, por consiguiente, no puede concederse a los operadores económicos ningún límite de tolerancia, ni siquiera inferior al 0,1 por ciento. Por lo tanto, la destrucción de las partidas de harina contaminada es una medida de prevención establecida en el art. 3, apartado 1, de la Decisión 2000/766.

## **2. DEPORTE**

### **A) Confirmación de sanción al Real Madrid por exceso en la ocupación del aforo**

La STS de 20 de octubre de 2003, Ar. 266/2004, desestima el recurso de casación interpuesto por el Real Madrid, Club de Fútbol, que en origen impugnaba la resolución del Ministerio de Justicia e Interior, de 27 de diciembre de 1995, que le impuso una multa de diez millones de pesetas, por comisión de la falta muy grave prevista en el art. 69.3.A). c) de la Ley del Deporte (“alteración, sin cumplir los trámites pertinentes, del aforo del recinto deportivo”), con ocasión de los hechos acaecidos el día 9 de abril de 1995, en el Estadio Santiago Bernabéu, en el curso de un partido de la Liga de Fútbol Profesional. El Tribunal Supremo arguye que está claro que la sentencia impugnada sanciona el

incumplimiento de las normas que regulan la celebración del espectáculo, incumplimiento que si bien no llegó a impedir el normal desarrollo del espectáculo, produjo importantes perjuicios al público asistente (o que, por tener adquirida una entrada, o no pudo llegar a entrar o, si lo hizo, no pudo ocupar el lugar que le correspondía). Y, abundando en estas afirmaciones, la sentencia añade, que ello tuvo lugar porque se permitió la entrada a un número de asistentes superior al aforo permitido y el incumplimiento de las medidas de seguridad de control de acceso al espectáculo deportivo.

### **B) Adopción de medida cautelar de suspensión en el caso Gurgegui**

El Auto de 3 de diciembre de 2003, del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 10, estimó la solicitud de adopción de la medida cautelar de suspensión de la Resolución de 31 de octubre de 2003 del Comité Español de Disciplina Deportiva, interesada por la representación del futbolista Carlos Gurgegui. Como se sabe, este jugador del Athletic Club de Bilbao fue sancionado en primera instancia por los órganos deportivos de la RFEF por presunto dopaje, sanción que con posterioridad fue ratificada por el citado CEDD como instancia administrativa. El presente Auto adopta la suspensión con fundamento en que “la ejecución de la sanción de dos años de suspensión prácticamente daría por finalizada su carrera deportiva, no sólo por la duración de la sanción, lo que conllevaría su sustitución definitiva por otro jugador de la plantilla, sino porque debido a la brevedad de la carrera deportiva de dichos jugadores y la inactividad a que se vería abocado durante tanto tiempo, haría prácticamente imposible su vuelta a la competición profesional, situación esta que sería completamente irreversible en caso de obtener una sentencia estimatoria”. En este sentido la propia Administración reconoce que, en el supuesto de que la resolución del procedimiento fuese absolutorio, sería imposible materialmente subsanar el perjuicio causado al deportista, por lo que se decide que ponderando los intereses en conflicto prevalezca el interés del recurrente, aunque sea a costa del interés general, ya que este último “nunca quedaría perjudicado por el hecho de que se demore la ejecución del acto impugnado ante la posibilidad cierta del cumplimiento de la sanción en caso de que el presente recurso fuese desestimado, dada la edad del recurrente y su posible permanencia durante varios años más dentro del fútbol profesional”.

### **C) Intervención de la RFEF en el mercado televisivo de fútbol extranjero**

La STS de 5 de diciembre de 2003, Ar 8474, desestima el recurso de casación interpuesto por la RFEF, que alegaba no haber prohibido, ni realizado conducta alguna encaminada a impedir efectivamente la retransmisión televisiva del encuentro Nápoles-Juventus, solicitada por la empresa televisiva Telecinco. Y ello porque no había existido una voluntad de la RFEF, en tal sentido, pues no podía tener ese carácter la manifestación de un empleado de esa entidad contraria a la autorización que se le había pedido por Telecinco, ya que no se trataba de un órgano legal o estatutariamente competente para obligar a la RFEF. De modo que no había expresión legítima de voluntad Federativa. Además, no llegó a producirse una acción de explotación abusiva de la posición de dominio, pues el encuentro llegó a retransmitirse sin riesgo, ni consecuencia represiva alguna para Telecinco. Sin embargo,

la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, que a este propósito hace suya la sentencia recurrida para justificar la decisión sancionadora, argumenta la existencia de una posición dominante en el mercado. En idéntico sentido, el Tribunal Supremo a la vista de las pruebas que obran en autos, concluye que la carta que contenía la denegación procedía de un órgano federativo la Jefatura de Relaciones Externas, que se encargaba de la promoción de la imagen de la RFEF, y de las cuestiones de relaciones con terceros, a lo que se añade que ninguna razón aporta la Federación recurrente para demostrar que debieran ser otros los órganos competentes de esa entidad deportiva, los que habían de dar respuesta a la solicitud de autorización. Con mayor razón, si cabe, cuando del examen de la resolución originaria del Tribunal de Defensa de la Competencia, que hace suya la sentencia recurrida puede inferirse que en el curso de las actuaciones administrativas, en ningún momento, la RFEF negó la autoría de la denegación.

Respecto a la carencia de efectividad de la denegación por la falta de reacción de la RFEF ante la efectiva transmisión del encuentro por Telecinco, el Tribunal Supremo comparte la argumentación del juzgador de primera instancia, acerca de que la circunstancia descrita no eliminaba la voluntad de la RFEF de menoscabar la competencia, pues la retransmisión se produjo asumiendo Telecinco el riesgo de efectuar sin consentimiento de la entidad que según el art. 14 del Reglamento de la UEFA, y del art. 24 del Reglamento de la RFEF, tenía las competencias al efecto. Que son argumentos bastantes si se tiene en cuenta que según los arts. 14 y 15 del Reglamento de la UEFA (aceptadas por la RFEF, que se obliga a cumplirlos, según el art. 1.4 de sus Estatutos), esta entidad tiene competencia para imponer un sistema completo de sanciones frente a aquellas Federaciones Nacionales que incumplen las prescripciones sobre retransmisión de eventos deportivos. Es decir, Telecinco asumía un riesgo cierto de sufrir perjuicios por su actitud, ya que la efectividad de las competencias sancionadoras por parte de la UEFA, lógicamente podía llegar a repercutir en los derechos o transmisiones televisivas de Telecinco.

Por último, se reconoce el carácter de empresa de la RFEF en el mercado de las retransmisiones deportivas, para el ámbito geográfico español, de partidos de fútbol celebrados en el extranjero entre equipos extranjeros pertenecientes a la UEFA, puesto que la RFEF, por vía de autorización desarrolla una actividad que es fundamental para la subsistencia de las diversas cadenas de televisión, en orden a la captación de televidentes y de recursos económicos. Es decir, que a través de un sistema de autorizaciones, la RFEF controla la retransmisión de partidos de fútbol extranjero, y está en disposición de regular el mercado, si se tiene en cuenta que la RFEF, bien directamente o a través de la Liga Nacional de Fútbol profesional, es titular de los derechos de retransmisión televisiva de los partidos de la competición de Liga, de la Copa del Rey y de la selección, que son los de mayor interés deportivo y económico de los que se celebran en España, y que la retransmisión de partidos entre equipos extranjeros es de las pocas posibilidades que tienen las cadenas privadas de competir en el mercado televisivo de fútbol profesional. Lo que viene a significar que la RFEF actúa como un operador económico capaz de realizar conductas de abuso de la posición dominante, que se insertan en el art. 6.2.b) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por cuanto la actividad de explotación televisiva

descrita encaja en el concepto de empresa dada la generalidad e indeterminación con que tal figura se caracteriza en la normativa de competencia.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) Universitaria

##### a) Vicerrector y Gerente, órganos de gobierno con competencias diferentes

La STS de 1 de diciembre de 2003, Ar. 8510, se enfrenta con la necesidad de diferenciar el ámbito correspondiente a dos figuras universitarias cuales son el Vicerrector y el Gerente. A tales efectos, el Tribunal Supremo dirá que, bajo la indiscutible autoridad del Rector que los nombra, Vicerrector y Gerente, aunque en una posición parecida, se ocupan de tareas diferentes: los primeros gestionan las actividades preferentemente relacionadas con la docencia y la investigación que el Rector les encomienda, mientras que el segundo desempeña funciones relacionadas directamente con el régimen económico-administrativo de la Universidad. La propia denominación de los cargos refleja la proyección académica del primero y la administrativa del segundo.

### 4. EXTRANJEROS

#### A) Legalidad de algunos preceptos del Reglamento de Extranjería

La STS de 13 de octubre de 2003, Ar. 8387, desestima el recurso interpuesto por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado contra diversos preceptos del RD 864/2001, de 20 de julio (aunque debe recordarse la estimación parcial que al respecto efectuó la STS de 20 de marzo de 2003, Ar. 2422).

#### B) Permiso de trabajo y de residencia

Diversos pronunciamientos reiteran ahora lo ya dicho desde 2001 con respecto a la “invalidez de la exigencia de tres años de matrimonio previos a la solicitud de la exención de visado” contenida en la OM de 11 de abril de 1996 (SSTS de 2 de octubre de 2003, Ar. 8137, de 31 de octubre de 2003, Ar. 8498 y 8499, y de 14 de noviembre de 2003, Ar. 8502).

Por su parte, la STS de 25 de noviembre de 2003, Ar. 87 de 2004, insiste en su jurisprudencia relativa a la “exigencia de motivar la denegación” que corresponde a la Administración. Así, dirá que no es suficiente con una referencia genérica a las causas determinantes de la denegación del permiso según las disposiciones generales aplicables, sino que es necesario que se argumente sobre las circunstancias concretas, teniendo en cuenta las alegaciones del interesado. Y ello no supone una alteración de la carga de la prueba, ya que la justificación de las circunstancias de la oferta incumbe al solicitante.

Finalmente, el Tribunal Supremo aplicará al caso su doctrina sobre la sanción prevista para tal caso, que no es sino la de la anulabilidad de la denegación.

### **C) Expulsión**

La STS de 23 de septiembre de 2003, Ar. 7558, reitera anterior jurisprudencia en el sentido de que la expulsión requiere que exista una conducta contraria al orden público, no debiendo considerarse como tal la falta de integración social en el medio o la conflictividad de la persona.

Por su parte, las SSTS de 25 de noviembre de 2003, Ar. 9 de 2004, y de 16 de diciembre de 2003, Ar. 8536, admiten directa e inmediatamente la legalidad de la expulsión tras constatarse la ilegal estancia del extranjero en nuestro país.

### **D) Asilo y condición de refugiado**

Han sido numerosas las decisiones del Tribunal Supremo relativas a solicitudes de asilo, que podemos sistematizar de la siguiente manera.

En primer lugar, son diversas las sentencias en las que, frente a una “inadmisión a trámite” de la solicitud, el Tribunal Supremo insiste en que lo que debe combatirse en el recurso es, precisamente, tal tipo de decisión administrativa de inadmitir y no la cuestión de fondo, esto es, si tiene o no derecho al otorgamiento del asilo (SSTS de 25 de septiembre de 2003, Ar. 7542, de 6 de octubre de 2003, Ar. 8915, de 21 de octubre de 2003, Ar. 8922, de 13 de noviembre de 2003, Ar. 8312, y de 14 de noviembre de 2003, Ar. 55 de 2004).

Con respecto al “informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”, se reitera que su ausencia (cuando se ha solicitado, pero no se ha recibido) no impide la validez del acto adoptado, con fundamento en lo dispuesto por el art. 82.3 LRJPAC (STS de 22 de septiembre de 2003, Ar. 8908). Aunque considerará algo diferente el supuesto en el que ACNUR contesta diciendo que desearía estudiar el caso en su Oficina (STS de 24 de septiembre de 2003, Ar. 8910).

En cuanto a las “razones de fondo para otorgar o denegar el asilo”, obviamente se insiste en que es suficiente con aportar “indicios suficientes” de peligro para la vida o la integridad física si el solicitante volviese a su país de origen (SSTS de 16 de septiembre de 2003, Ar. 7546, de 17 de septiembre de 2003, Ar. 7606, de 18 de septiembre de 2003, Ar. 7547, de 9 de octubre de 2003, Ar. 7544, de 6 de noviembre de 2003, Ar. 8406, de 7 de diciembre de 2003, Ar. 8607, y de 20 de noviembre de 2003, Ar. 8506).

Finalmente, puede advertirse una aportación novedosa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (asumiendo la interpretación previa de la Audiencia Nacional), en el sentido de que no procede la concesión de asilo por el “riesgo de una amenaza terrorista” cuando

el Gobierno del país persigue los grupos terroristas, que es cosa bien distinta al caso de los países en los que el propio Gobierno es el que organiza y dirige la persecución de la oposición o de grupos y colectividades determinadas (SSTS de 7 de noviembre de 2003, Ar. 8607, y de 5 de diciembre de 2003, Ar. 178 de 2004).

### E) Extradición

La STS de 17 de junio de 2003, Ar. 7534, se refiere a un supuesto de extradición activa de un ciudadano holandés, acordada por el Consejo de Ministros, y que tiene cierto interés, sobre todo en su primera parte, dedicada a desmontar los argumentos aducidos por el Abogado del Estado contra la admisibilidad misma del recurso contencioso-administrativo.

En primer lugar, afirma que la decisión gubernamental no es un acto de soberanía ni de relaciones internacionales, sino de mera cooperación jurídica internacional, de continuar el procedimiento de extradición activa a solicitud del órgano judicial competente para ello, una vez que ha valorado las circunstancias del caso. Asimismo, considera que el Acuerdo no es un mero acto de trámite, sino que aun cuando la dicción literal del mismo sea la de “continuar el procedimiento de extradición activa” constituye la resolución misma del procedimiento de extradición y encierra la decisión de la Administración española en el ejercicio de la potestad que posee para solicitar de los otros Estados la entrega de quienes, residiendo en ese país, tienen cuentas pendientes con la justicia española. Finalmente, a diferencia de lo que sucede en la extradición pasiva —en la que efectivamente el Gobierno, apelando a razones de soberanía nacional, puede denegar la extradición, aun siendo firme la decisión de los tribunales españoles de concederla y sin que quepa recurso alguno frente a esa decisión—, cuando se trata de la extradición activa el Acuerdo de solicitarla no es tanto un acto de *iure imperii* cuanto de *iure gestionis*, encomendado al Consejo de Ministros, órgano superior de la Administración General del Estado.

### F) Nacionalidad

En la STS de 14 de noviembre de 2003, Ar. 8317, a efectos del conocido requisito de la buena conducta cívica, el Tribunal Supremo reitera su interpretación de que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que los determinaron puedan ser tenidas en cuenta a estos efectos; lo que aplicará al caso planteado, considerando que el hecho de haber sufrido una serie de detenciones policiales con mucha anterioridad a la solicitud de la nacionalidad española no debe impedir la obtención de ésta.

## 5. SANIDAD

### A) El concepto de “medicamento” y el Derecho comunitario

Sendas SSTJCE de 29 de abril de 2004, As. Comisión contra Alemania, C-387/99, y Comisión contra Austria, C-150/00, abordan la cuestión concreta de la caracterización por un Estado como medicamentos de preparados vitamínicos o que contienen sales

minerales que en otros Estados de la Comunidad se comercializan como complementos alimenticios. La cuestión que latía en el fondo –como bien se puede suponer– era la consideración de tal práctica como una medida de efecto equivalente a las restricciones a la importación prohibidas por el art. 28 TCE. No procede ahora entrar con detalle en la amplia fundamentación desplegada por el Tribunal de Luxemburgo, pero sí recoger su conclusión final, consistente en que la clasificación sistemática o automática como “medicamento” de los preparados vitamínicos o que contienen sales minerales producidos o comercializados legalmente como complementos alimenticios en otros Estados miembros, cuando su contenido supere (en determinada cantidad) la dosis diaria mínima simple, constituye una violación del art. 28 TCE.

### **B) La condición de establecimiento sanitario de las oficinas de farmacia**

En la STS de 27 de octubre de 2003, Ar. 8890, que resuelve una impugnación contra un Decreto del Gobierno Vasco que regula el procedimiento de transmisión de las oficinas de farmacia, el Tribunal Supremo recuerda que su jurisprudencia ha subrayado la condición de establecimiento sanitario de las oficinas de farmacia, en las que, junto a aspectos comerciales y empresariales, están presentes un interés público cualificado y su función social que han justificado la intervención administrativa. La actividad farmacéutica así entendida no es un servicio público en sentido propio ni adquiere el carácter o la condición de función pública en sentido técnico, pero es una actividad privada de interés público, en cuya regulación administrativa el principio básico es el de asegurar y garantizar la asistencia farmacéutica suficiente (aunque de tal regulación se desprendan ventajas económicas para los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia).

### **C) Colegio Oficial de Médicos: innecesariedad de su audiencia para la regulación de la actividad prestacional de la Administración**

La STS de 17 de noviembre de 2003, Ar. 56 de 2004, al hilo de una impugnación realizada por el Colegio Oficial de Médicos de Navarra de un Decreto Foral de ordenación de las prestaciones sanitarias en tocoginecología y planificación familiar, hace alguna interesante consideración como es que, desde antiguo (para lo que se remonta, ni más ni menos, que a una Sentencia de 11 de febrero de 1967), el Tribunal Supremo ha considerado la función de los Colegios Oficiales de Profesionales en relación con la defensa de los derechos e intereses de estos profesionales en cuanto al ejercicio libre de su profesión y no en relación a aquellos que tienen con la Administración una relación funcionarial o estatutaria. Es así que el Decreto del Gobierno de Navarra tiene por objeto directo la actividad prestacional de la Administración o el correspondiente servicio en las áreas de obstetricia y ginecología (aunque tenga, ciertamente, alguna incidencia en las profesiones sanitarias), luego su audiencia no constituye un requisito inexcusable para la validez de la disposición reglamentaria cuestionada.

### 6. SEGURIDAD PRIVADA

#### A) Prácticas restrictivas en los servicios de seguridad privada en Portugal

La STJCE de 29 de abril de 2004, As. Comisión contra Portugal, C-171/02, declara que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 39, 43 y 49 CE, así como de la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, todo ello en el ámbito de la seguridad privada. Al efecto, el Tribunal de Justicia confirma que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los citados artículos al exigir como requisitos para que los operadores extranjeros puedan ejercer en Portugal, en el sector de los servicios de seguridad privada, actividades de vigilancia de personas y de bienes, que dichos operadores tengan su domicilio o un establecimiento de explotación permanente en el territorio portugués; revistan la forma de persona jurídica; posean un capital social mínimo; obtengan una autorización expedida por las autoridades portuguesas, sin que se tengan en cuenta ni las justificaciones ni las garantías ya presentadas en el Estado miembro de origen, y que los miembros de su personal estén en posesión de una tarjeta de identidad profesional expedida por las citadas autoridades, sin que se hayan tenido en cuenta ni los controles ni las comprobaciones ya efectuados en el Estado miembro de origen.

#### B) Cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas de Seguridad

La STS de 31 de octubre de 2003, Ar. 8497, desestima el recurso de casación y niega que el derecho a la libre empresa proclamado en el art. 38 de la Constitución pueda ser considerado como absoluto e ilimitado en materia de seguridad, en la medida que deba ser puesto en relación con la demanda de interés general, lo que fuerza su modulación en determinados sectores, como es el de la seguridad privada, todo ello amparado por las exigencias de la cooperación a un servicio público que las empresas de ese sector prestan. Por todo ello, se modulan legal y reglamentariamente las condiciones de autorización y funcionamiento de las empresas de seguridad. En tal sentido, concluye el Tribunal Supremo, que la exigencia de garantías establecidas en el art. 7 del Real Decreto 2364/1994 no suponen sanción alguna y sí sólo, como su propio nombre indica, una garantía de que esas empresas no podrán eludir so pretexto de insolvencia las sanciones que puedan serles impuestas en caso de incorrecto funcionamiento, ello con la única finalidad de garantizar el correcto funcionamiento de una actividad desarrollada en la esfera privada, pero que complementa el servicio público de seguridad que corresponde al Estado como competencia esencial, de tal suerte que se arbitren cuantas medidas puedan contribuir a garantizar el correcto funcionamiento de las empresas de seguridad.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA  
EDORTA COBREROS



**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Jurisdicción. a) No corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de los Acuerdos de Entidad Bancaria. b) Corresponde al orden civil conocer de la responsabilidad de administradores de sociedades en supuestos de impago de las cotizaciones de Seguridad Social. c) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las características físicas de los bienes del dominio público marítimo-terrestre a deslindar. d) El pronunciamiento sobre la titularidad de terrenos desecados es una cuestión prejudicial civil. B) Competencia. a) Juzgados Centrales. a') Conocen del recurso contencioso-administrativo contra un acto de Ministro resolutorio del recurso de alzada contra el emanado de un Director General. b') Corresponde a los Juzgados Centrales conocer de resolución del Ministro de Defensa desestimatoria del recurso de alzada resolución del ISFAS denegatoria del derecho a percibir prestación de inutilidad para el servicio. c') Competencia de Juzgado Central sobre resolución del Ministro de Defensa desestimatoria del recurso de alzada contra resolución del Director General de Personal relativa a pensión de retiro. b) Tribunales Superiores de Justicia. a') Conocen de resolución sancionadora del Consejero Director General de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos. b') Conocen de Resolución de la Subsecretaría de Defensa en materia de pensiones. c') Conocen Resolución del Rector de la UNED en materia de personal. d') Conocen de acto del Director General del INVIFAS sobre fijación del precio de adjudicación de vivienda. e') Conocen de Resolución de Confederación Hidrográfica. C) Sujetos. a) Legitimación. a') Doctrina general. b') El particular denunciante no tiene interés legítimo para impugnar el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ ordenando el archivo de diligencias informativas. c') El Colegio Profesional puede proteger intereses colectivos sin entenderse con un criterio restrictivo. d') El hecho de que los Colegios Profesionales defiendan los intereses profesionales de los colegiados no excluye que éstos también puedan defenderse por sí mismos. D) Objeto. a) Son controlables los actos relativos a las relaciones de control entre una asamblea representativa y el ejecutivo que responde políticamente ante ella. b) Re-

curso directo: la declaración de nulidad por sentencia anterior es causa de terminación del proceso. c) La impugnación indirecta no se puede referir a defectos formales.

d) No puede equipararse la resolución tardía a un acto confirmatorio de otro anterior.

E) Procedimiento. a) Es necesaria la declaración de lesividad incluso respecto de los actos dictados por delegación. b) El artículo 144 LPA (de 1958) es aplicable por analogía a las reclamaciones previas al procedimiento contencioso-administrativo. c) El mecanismo de

rehabilitación de trámites no puede aplicarse cuando se trata de falta de presentación de la demanda. d) Derecho a la prueba: debe agotarse la vía de recursos jurisdiccionales para

acudir a la casación. e) El escrito de conclusiones no puede suplir el contenido del recurso de súplica. f) Sentencias: los hechos que se entienden probados se pueden recoger por

referencias a los alegados por las partes. F) Medidas cautelares. a) No procede suspender los Acuerdos municipales sobre cambios de denominación de calles y retirada de símbo-

los políticos. b) La Administración debe sufragar el coste del aval prestado para obtener la suspensión de la resolución posteriormente anulada. c) La doctrina del *fumus boni iuris*

debe ser acogida con cautela. d) Procede la suspensión de la orden de demolición de un surtidor y un depósito de gasolina. **2. Recurso de casación.** A) Inadmisión. a) Competen-

cia de los Juzgados: no alcanza a la Resolución de la Consejería que declaró inadmisibile el recurso formulado contra acta de apertura relacionada con apertura de oficina de

farmacia. b) Defectuosa preparación: no cabe una mera cita de normas o jurisprudencia sin relación con la argumentación contenida en la sentencia recurrida. c) Es inadmisibile

el recurso en el que no se fija el motivo en el que se basa con expresión del apartado correspondiente del artículo 88 LJCA. d) El artículo 89.1 LJCA no impone la necesidad de

anunciar los motivos del recurso. B) Objeto: No se puede revisar el *quantum* de la indemnización. C) Motivos. a) Artículo 88.1.c) LJCA. a') El artículo 1214 CC sólo es invocable

si no existió actividad probatoria en la instancia. b') Es posible invocar la infracción en materia de valoración de la prueba. b) El juicio de relevancia sólo procede en el artículo

88.1.d). **3. Casación interés de ley.** A) Finalidad: No se puede pretender la declaración de una doctrina cuya procedencia fue rechazada anteriormente, que ya estuviese fijada o que

resulte inútil por su obiedad. **4. Recurso de revisión.** A) Motivos. a) El documento puede ser declarado falso en sentencia civil o penal o por retractación del órgano administrativo.

b) Doctrina jurisprudencial sobre recuperación de documentos.

### INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de enero a marzo de 2004 en el Repertorio de jurisprudencia Aranzadi recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales referentes tanto a la antigua como a la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que merecen ser destacados los relativos a la competencia de los distintos órganos jurisdiccionales, la legitimación de los Colegios Profesionales y las medidas cautelares.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Jurisdicción

##### a) No corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de los Acuerdos de Entidad Bancaria

Según la STS de 30 de septiembre de 2003, Ar. 7208, no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de los Acuerdos adoptados en Junta General extraordinaria convocada por el Consejo de Administración de Entidad Bancaria, de aprobación del plan de saneamiento de la entidad, sin que se ofrezcan razones jurídicas de las que se desprenda que los acuerdos combatidos han de atribuirse en Derecho, no a la Junta General de Accionistas, y sí a órganos de la Administración Pública y, en concreto, al Banco de España y/o al Fondo de Garantía de Depósitos. La sentencia comentada considera errónea la argumentación de que las normas jurídicas que regulan una situación de crisis como la sufrida por aquella entidad bancaria y, entre ellas, singularmente, las del Título III (referido a las medidas de intervención y sustitución de las entidades de crédito) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, conducen, rectamente interpretadas, a dicha atribución de la autoría de los acuerdos, entendiéndose que los acuerdos que combate han de tenerse como adoptados por aquellos entes públicos.

##### b) Corresponde al orden civil conocer de la responsabilidad de administradores de sociedades en supuestos de impago de las cotizaciones de Seguridad Social

La STS de 15 de octubre de 2003, Ar. 8582, nos recuerda una consolidada línea jurisprudencial según la cual la competencia para la derivación de la responsabilidad solidaria a los Administradores de una Sociedad corresponde a la jurisdicción civil. Para fijar estas responsabilidades es necesario un previo pronunciamiento sobre si concurren o no los supuestos de hecho que la ley señala como determinantes del deber de disolver la sociedad, pronunciamiento que ha de ser realizado por los Tribunales competentes en materia mercantil, pues tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales. La responsabilidad derivada del incumplimiento de este deber de disolución del ente exige un previo conocimiento y pronunciamiento sobre la existencia de los condicionamientos legales determinantes o no de dicha obligación de disolución. Parece lógico que, al respecto, deba atribuirse a los Tribunales competentes en materia mercantil, el conoci-

miento de aquella cuestión principal de responsabilidad, en cuanto tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales.

**c) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las características físicas de los bienes del dominio público marítimo-terrestre a deslindar**

La STS de 21 de octubre de 2003, Ar. 7404, nos recuerda una línea jurisprudencial que establece que la Jurisdicción del orden contencioso-administrativo no puede limitarse a decidir sobre la corrección procedimental del deslinde practicado, ya que éste, conforme a lo establecido por los artículos 11 y 13.1 de la Ley de Costas, tiene como finalidad constatar la existencia de las características físicas de los bienes, relacionadas en los mencionados artículos 3, 4 y 5 de la misma Ley, para declarar la posesión y titularidad dominical a favor del Estado, de modo que a tal actividad administrativa debe extender su control la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver si aquélla se ajusta o no a lo dispuesto en los indicados preceptos.

**d) El pronunciamiento sobre la titularidad de terrenos desecados es una cuestión prejudicial civil**

Según la STS de 22 de septiembre de 2003, Ar. 7879, la declaración en sentencia acerca de “la transmutación de los terrenos de dominio público en propiedad privada cuando se ha verificado el saneamiento y desecación de la marisma”, no persigue otra finalidad que resolver el litigio en el que se cuestionaba la legalidad de la caducidad de la concesión, decidida por la Administración. Como se deduce de lo dispuesto por el artículo 4 de la LJCA (de 1998) el pronunciamiento sobre la titularidad dominical de los terrenos desecados y saneados no tendrá otro alcance que el derivado de la resolución de una cuestión prejudicial imprescindible para decidir acerca del objeto del proceso contencioso-administrativo sustanciado, que no es otro que la conformidad o no a derecho de la declaración de caducidad de la concesión.

**B) Competencia**

**a) Juzgados Centrales**

**a’) Conocen del recurso contencioso-administrativo contra un acto de Ministro resolutorio del recurso de alzada contra el emanado de un Director General**

Un acto del Ministro de Defensa confirmatorio en alzada del dictado por el Director General de Personal del Departamento sobre la fecha de efectos económicos del señalamiento de haber pasivo efectuado en favor del recurrente, es una resolución ministerial en materia de personal, no comprendida en ninguna de las excepciones a que se refiere el artículo 9.a) LJCA (de 1998). Hay que precisar que el artículo 9.a) al atribuir a los Juzgados Centrales la competencia para conocer de los recursos que se deduzcan frente

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

a los actos que tengan por objeto materias de personal cuando se dicten por Ministros y Secretarios de Estado (a salvo las excepciones antes reseñadas) no distingue en función de que el acto impugnado emane directamente de aquéllos o resuelva un recurso interpuesto contra una resolución dictada por otro órgano central de la Administración General del Estado, como es el caso. Por su parte, el artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción fruto de la modificación llevada a cabo en su texto por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, dispone que la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá, en lo que aquí interesa, de los recursos contra los actos de los Ministros y Secretarios de Estado “que la Ley no atribuya a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo”. Se trata, pues, de una norma orientada a distribuir la competencia en los recursos que se interpongan contra los actos de los Ministros y Secretarios de Estado entre la Audiencia Nacional –regla general– y los Juzgados Centrales, a diferencia de lo que disponía en su redacción anterior.

Pues bien, interpretando sistemáticamente el artículo 9.a) de la Ley de esta Jurisdicción en el marco del artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –la LO 6/ 1998, de 13 de julio, que ha dado nueva redacción a este precepto, estaba en vigor al dictarse el acto ministerial recurrido–, y habida cuenta que la materia litigiosa es de personal no comprendida en ninguna de las excepciones previstas en el primero de tales preceptos, las **SSTS de 25 y 26 de noviembre de 2003**, Ar. 8191, 8192 y 8195, atribuyen la competencia controvertida a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, siendo irrelevante que la Resolución del Ministro de Defensa contra la que se ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo haya desestimado el recurso de alzada deducido contra la dictada por el Director General de Personal, conclusión que favorece la seguridad jurídica al concentrar en los Juzgados Centrales, y en último término en la Audiencia Nacional, los litigios en materia de personal cuando se trata de actos que emanan de los órganos superiores –Ministros y Secretarios de Estado– de los distintos Departamentos ministeriales.

**b’) Corresponde a los Juzgados Centrales conocer de resolución del Ministro de Defensa desestimatoria del recurso de alzada resolución del ISFAS denegatoria del derecho a percibir prestación de inutilidad para el servicio**

Según la **STS de 10 de diciembre de 2003**, Ar. 8790, la competencia para conocer del recurso deducido contra la Resolución del Ministro de Defensa, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución del ISFAS denegatoria del derecho a percibir prestación de inutilidad para el servicio, corresponde a los Juzgados Centrales, puesto que se trata de una resolución de Ministro, adoptada en materia de personal y no referida al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, ni tampoco a las materias señaladas en el artículo 11.1.a) de la LJCA (de 1998). La circunstancia de que la resolución del Ministro sea confirmatoria de la del ISFAS, acabada de mencionar, no cambia la conclusión precedente, tan pronto se tenga en cuenta que, del juego de los precitados artículos 9.a) y 11.1.a), en relación con el 11.b) y con el art. 66 LOPJ, se desprende el propósito del legislador de reconocer la competencia para enjuiciar actos de Ministros y Secretarios de Estado, en materia de personal, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (regla general) y a los Juzgados Centrales del mismo orden (regla especial), ya que los preceptos indicados no distinguen

entre que sean actos confirmatorios de otros dictados por órganos inferiores dependientes jerárquicamente de ellos o actos rectificatorios, propósito que, por lo demás, favorece la seguridad jurídica en dicha materia, al concentrar en la Audiencia Nacional (Juzgados y Sala) la revisión jurisdiccional de dichos actos.

**c') Competencia de Juzgado Central sobre resolución del Ministro de Defensa desestimatoria del recurso de alzada contra resolución del Director General de Personal relativa a pensión de retiro**

El artículo 9.a) LJCA (de 1998) atribuye a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de los recursos en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar, ya que en estos casos la competencia corresponde, a tenor de lo establecido en este último precepto, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Este artículo, al atribuir a los Juzgados Centrales la competencia para conocer de los recursos que se deduzcan frente a los actos que tengan por objeto materias de personal cuando se dicten por Ministros y Secretarios de Estado (a salvo las excepciones antes reseñadas) no distingue en función de que el acto impugnado emane directamente de aquéllos o confirme, como en el caso analizado por **STS de 4 de diciembre de 2003**, Ar. 8634, el dictado por otro órgano central de la Administración General del Estado (resolución del Ministro de Defensa desestimatoria del recurso de alzada contra resolución del Director General de Personal relativa a pensión de retiro).

Pues bien, interpretando sistemáticamente el artículo 9.a) LJCA (de 1998) en el marco del artículo 66 de la LOPJ, y habida cuenta que la materia litigiosa es de personal no comprendida en ninguna de las excepciones previstas en el primero de tales preceptos, la resolución comentada atribuye la competencia controvertida al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, siendo irrelevante que la Resolución del Ministro de Defensa, contra la que se ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo, haya desestimado el recurso de alzada deducido contra la dictada por el Director General de Personal, conclusión que, además, favorece la seguridad jurídica al concentrar en los Juzgados Centrales, y en último término en la Audiencia Nacional, los litigios en materia de personal cuando se trata de actos que emanan de los órganos superiores –Ministros y Secretarios de Estado– de los distintos Departamentos ministeriales.

**b) Tribunales Superiores de Justicia**

**a') Conocen de resolución sancionadora del Consejero Director General de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos**

Por Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000 se declaró la nulidad del artículo 16.1 del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, aprobado

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

por Real Decreto 176/1998, de 16 de febrero, por el que se establecía que el Presidente de la Entidad era el Ministro de Fomento. Esta anulación dio lugar a la entrada en vigor de las previsiones del Estatuto de la Entidad Pública para la provisión del puesto de Presidente, en los casos de vacancia, que, de acuerdo con el artículo 8.2 del mismo, corresponde interinamente al Consejero más antiguo y a igual antigüedad, al de más edad.

Como en el supuesto examinado por la **STS de 27 de noviembre de 2003**, Ar. 8200, el acto administrativo de que se trata no había sido dictado por el Ministro de Fomento, la competencia discutida se entiende que corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al estar ante un acto dictado en materia de personal que no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicio de un funcionario de carrera, dado lo dispuesto en los artículos 9.c, 10.1.i) y apartados a) y c) del artículo 13 de la LJCA (de 1998). Teniéndose en cuenta también que el indicado acto emana de una entidad perteneciente al sector estatal, adscrita al Ministerio de Fomento, con competencia en todo el territorio nacional y que ha sido dictado por un órgano con nivel inferior a Ministro o Secretario de Estado.

### b') Conocen de Resolución de la Subsecretaría de Defensa en materia de pensiones

Al estar ante una resolución del Director General de Personal del Ministerio de Defensa que actuó por delegación, y no ante una resolución del Ministro, las **SSTS de 20 de noviembre de 2003**, Ar. 8202 y 8203, consideran imposible seguir el reiterado criterio jurisprudencial según el cual la vigente Ley de esta Jurisdicción, como se desprende del juego de sus artículos 9.a) y 11.1.a), en relación con el 11.b) y con el 66 de la LOPJ en la redacción recibida de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, en materia de personal, ha concentrado, en aras de seguridad jurídica, la competencia para conocer de los actos de Ministros y Secretarios de Estado en la Audiencia Nacional y en los Juzgados Centrales del mismo orden. En consecuencia, el acto denegatorio de que aquí se trata es calificado de acto dictado en materia de personal (se refiere a la denegación de un reconocimiento de servicios prestados en su día por el esposo de la recurrente a efectos de la mejora de su pensión de viudedad) procedente de un órgano de la Administración del Estado con competencia en todo el territorio nacional –la Dirección de Personal del Ministerio de Defensa– y nivel orgánico inferior a Ministro, cuya impugnación en vía contencioso-administrativa debe reconocerse, por imperativo del artículo 10.1.i) LJCA (de 1998), a la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia.

### c') Conocen Resolución del Rector de la UNED en materia de personal

La competencia que el artículo 9.c) LJCA (de 1998) atribuye a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional no es absoluta, sino que tiene lugar “sin perjuicio de lo dispuesto en la letra i) del apartado 1 del artículo 10”, salvedad que sólo puede cobrar sentido referida a las materias de “personal, propiedades especiales y expropiación forzosa” mencionadas en este último precepto.

En el recurso contencioso-administrativo de que trata la **STS de 25 de noviembre de 2003**, Ar. 8507, los actos recurridos emanan de la UNED, entidad perteneciente al sector público estatal, dotada de personalidad jurídica y cuyo ámbito de competencia comprende todo el territorio nacional. Por otra parte, la resolución impugnada —el recurrente es Profesor Titular de la UNED— se refiere a materia de personal, pues versa sobre unas comisiones de servicio y sobre el nombramiento de los miembros de unos Tribunales para unas determinadas pruebas. Siendo ello así, la competencia objetiva se atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en una interpretación concordante de los artículos 9.c) y 10.1.i) de la LJCA (de 1998), conclusión que se ve reforzada por la prevalencia que el artículo 13.c) de la misma Ley atribuye a la competencia por razón de la materia sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto.

**d') Conocen de acto del Director General del INVIFAS sobre fijación del precio de adjudicación de vivienda**

Las **SSTS de 28 de noviembre, 1 y 5 de diciembre de 2003**, Ar. 8624, 8627, 8628, 8641, 8642, entienden que la competencia para conocer del recurso contra la resolución del Director Gerente del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas por la que se fijó el precio de adjudicación de una vivienda debe atribuirse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ya que las cláusulas específicas del derecho a la adjudicación de la vivienda están sujetas a la circunstancia de que su adquirente tenga la condición profesional de militar, en cuanto es un derecho reconocido en razón de la misma, ello determina que la totalidad de la relación jurídica se tiña de aquel *status* funcional y que por eso, a los estrictos efectos procesales en que ahora nos movemos, se le reconozca la naturaleza de cuestión de personal.

**e') Conocen de Resolución de Confederación Hidrográfica**

El artículo 8.3 LJCA (de 1998), al atribuir a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo el conocimiento de los recursos que se deduzcan contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, exceptúa —en su párrafo segundo— los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas dictados por los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, o cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre el dominio público, excepción que rectamente entendida comporta la exclusión del ámbito de competencia de los Juzgados, de un lado, el control de los actos dictados por los expresados organismos públicos de cuantía superior a la indicada cifra, y, de otro, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, cuando se dicten en ejercicio de competencias sobre el dominio público.

En otras palabras, los actos dictados por los órganos públicos estatales cuyo ámbito territorial de competencia no se extienda a todo el territorio nacional (lo mismo que los que emanan de los órganos territoriales de la Administración General del Estado) dictados en

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

ejercicio de sus competencias sobre el dominio público están excluidos, sin restricción alguna, de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, que es precisamente lo que acontece en el supuesto analizado por la **STS de 1 de diciembre de 2003**, Ar. 8626, en el que se analiza un recurso contra un acto de la Confederación Hidrográfica de Norte dictado en ejercicio de sus competencias sobre el dominio público hidráulico del Estado, concretamente, en el ejercicio de su potestad sancionadora, pues los Organismos de cuenca, con la denominación de Confederaciones Hidrográficas, son organismos autónomos de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, adscritos a efectos administrativos al Ministerio de Medio Ambiente (artículo 20.1 de la Ley de Aguas), su ámbito territorial es limitado (artículo 1 del RD 650/1987, de 8 de mayo).

Excluida la competencia objetiva de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo para conocer del recurso entablado, la resolución comentada entiende que corresponde, ante la ausencia de norma específica al respecto, a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, llamadas a conocer, a tenor del artículo 10.1.j) LJCA (de 1998), 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”, como es el caso.

### C) Sujetos

#### a) Legitimación

##### a') Doctrina general

La legitimación es presupuesto inexcusable del proceso, que implica en el proceso contencioso-administrativo una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.

Pues bien, para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, según la **STS de 14 de octubre de 2003**, Ar. 8388, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (SSTC núms. 197/1988, 99/1989, 91/1995, 129/1995, 123/1996 y 129/2001, entre otras). En efecto, la doctrina jurisprudencial ha señalado:

a) Por interés, que la normativa vigente califica bien de “legítimo, personal y directo”, o bien, simplemente, de “directo” o de “legítimo, individual o colectivo”, debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.

b) Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada.

c) Ese “interés legítimo”, que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de “personal y directo”, pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en Sentencias, entre otras, de este último, 60/1982, de 11 de octubre, 62/1983, de 11 de julio, 160/1985, de 28 de noviembre, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32 y 97/1991 y 195/1992, y Autos 139/1985, 520/1987 y 356/1989) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superado y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.

d) Salvo en los supuestos en que el ordenamiento reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1994, la legitimación *ad causam* conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, o como dijo la Sentencia de 21 de abril de 1997, se parte del concepto de legitimación *ad causam* tal cual ha sido recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente.

e) La genérica legitimación en la Ley Jurisdiccional se establece a favor de corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos.

f) La legitimación no ampara el puro interés por la legalidad, salvo en los limitados casos de la acción popular aquí no contemplada ni los demandantes están legitimados para recurrir un Real Decreto invocando los intereses generales de una colectividad o de sus habitantes o los intereses políticos de partido, porque en ese caso se estaría privando de toda efectividad real el criterio de la legitimación previsto en el artículo 19 de la LJCA

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

(de 1998), ni comprende un interés frente a agravios potenciales o futuros (conforme ha señalado reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas las SSTs de 8 de julio de 1986, 31 de mayo de 1990, 4 de febrero de 1991 y 14 de marzo de 1997).

b') El particular denunciante no tiene interés legítimo para impugnar el acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ ordenando el archivo de diligencias informativas

Un interno en un Centro Penitenciario dirigió escrito al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria relativo a la redención de penas por el trabajo. El Juzgado dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal, que interesó que se remitiera la solicitud a la Comisión Disciplinaria del Centro, por ser a quien corresponde resolver sobre las recompensas. La Comisión Disciplinaria accedió a la solicitud, ante lo cual se archivaron las actuaciones al haber quedado satisfecho el interés del interno.

Ante estos hechos, la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial acordó archivo de las Diligencias Informativas incoadas como consecuencia de la queja presentada al respecto por el interno contra del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, considerando el citado órgano que “ningún retraso cabe imputar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denunciado ni ha existido en la tramitación de la petición cursada por el interno, puesto que, una vez que fue recibida y tras emitir informe el Ministerio Fiscal, fue trasladada al órgano competente para su resolución, independientemente de que ésta no fuese notificada al interno, notificación que tendría que haberse llevado a cabo por la Comisión Disciplinaria del Centro”.

Pues bien, la STS de 13 de octubre de 2003, Ar. 7911, considera que el interno no está legitimado para interponer recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución desde el momento en que no es titular de ningún derecho o interés legítimo que pueda ser satisfecho en este proceso. Y es que, como viene sosteniendo reiterada jurisprudencia, recientemente resumida en la Sentencia de 13 de mayo de 2003, dictada en el recurso 520/2001, ningún beneficio redunda para él de la eventual sanción que pudiera imponerse, en el supuesto de que hubiera cometido alguna infracción disciplinaria, al titular del Juzgado objeto de la queja. En último término, cabe entender que el interés legítimo al que se refieren los artículos 24.1 de la Constitución y 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, consiste en la obtención de un provecho o en la evitación de un perjuicio por quien afirma ser titular del mismo. Provecho o perjuicio que no se siguen para el interno.

c') El Colegio Profesional puede proteger intereses colectivos sin entenderse con un criterio restrictivo

La parte recurrente en el contencioso-administrativo analizado por la STS de 7 de noviembre de 2003, Ar. 8729, es un Colegio Oficial que trata de velar por los intereses profesionales de sus colegiados, que pretende proteger intereses colectivos para cuya defensa está habilitada por la Ley. Considera la resolución comentada que no cabe entender como intereses profesionales o colectivos sólo los que afectan totalmente a la colectividad, o a todos los colegiados, pues ello haría prácticamente imposible la actuación colegial en

defensa procesal de los intereses de los colegiados que únicamente afecten a un sector de la colectividad, frente a terceros no colegiados.

Continúa la resolución comentada señalando que el Colegio puede defender a unos colegiados –los médicos con título de especialistas– contra otros –los con título de doctor, o de experto o master–, sin más que observar que entre las funciones que, con carácter general se atribuyen a los Colegios, en la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales –art. 5, apartados k) y m)– están las de “procurar la armonía entre los colegiados, impidiendo la competencia entre los mismos”, “intervenir por vía de conciliación y arbitraje, en las cuestiones que, por motivos profesionales, se susciten entre los colegiados”. El concepto de defensa de la profesión o de los intereses colectivos también está en la correcta delimitación de cuáles puedan ser los méritos o la valoración que se dé a los que los médicos aportan a las pruebas selectivas recurridas. Interés que habrá de beneficiar tanto a los médicos con título oficial de especialista, como a los que simplemente aporten el de doctorado, experto o master, que en el litigio se ponen en contraste. Sin que tampoco sea desdeñable el de la defensa del prestigio profesional, pues es claro que habrá de redundar en beneficio de la generalidad de la profesión médica, el que los puestos de trabajo de la Sanidad Pública, según se dilucide el litigio, vengán a ser desempeñados por los médicos más aptos o mejor preparados.

**d’) El hecho de que los Colegios Profesionales defiendan los intereses profesionales de los colegiados no excluye que éstos también puedan defenderse por sí mismos**

La STS de 14 de noviembre de 2003, Ar. 8748, ha considerado que el hecho de que sea del todo sostenible que los Colegios Profesionales son los fundamentales defensores en juicio de los intereses profesionales de sus colegiados, no excluye el que también cada uno de éstos pueda defenderse por sí, tanto ante la Administración, como ante los Tribunales, cuando su situación profesional se vea concernida.

#### **D) Objeto**

**a) Son controlables los actos relativos a las relaciones de control entre una asamblea representativa y el ejecutivo que responde políticamente ante ella**

La STS de 1 de diciembre de 2003, Ar. 8511, analiza si es posible el control judicial de actos que se enmarcan en las relaciones de control existentes entre una asamblea representativa y el ejecutivo que responde políticamente ante ella, concretamente, del acuerdo del Diputado General que respondía a la solicitud de información formulada por procuradores-junteros en las Juntas Generales de Guipúzcoa consistente en la obtención de copias de todas las facturas pagadas por los Diputados Forales con tarjetas VISA durante 1994 y la parte de 1995 correspondiente con el final del mandato de esos órganos pues necesitaban la información “para realizar diversos estudios”.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

La resolución comentada trata de 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 lo que la STS de 4 de abril de 1997, y ya antes la de 28 de junio de 1994, denominaron 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, 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 de la Constitución tal como ha sido interpretado por reiterada jurisprudencia constitucional.

Dando un paso más, considera que en el régimen establecido por las normas que se acaban de citar se ha introducido un elemento reglado de control de cuya observancia sí es fiscalizable en la vía contencioso-administrativa. El artículo 11.1 del Reglamento de las Juntas Generales señala que, en el caso de que no se atiende en el plazo allí indicado la demanda de información o documentación formulada por los procuradores-junteros, la Diputación Foral deberá motivarlo por escrito. Eso es lo que la Sala de instancia reprocha al acto impugnado que carece de motivación. La sentencia comentada considera así que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha tratado de actos sometidos a su enjuiciamiento, limitándose a constatar que, no habiéndose satisfecho la solicitud de los procuradores-junteros, tampoco se había cumplido un requisito formal expresamente exigido por las normas que regulan la relación jurídica entablada. Requisito formal que no es irrelevante desde el momento en que las Juntas Generales, en el ejercicio de la capacidad de normación que les corresponde, quisieron reforzar el derecho a la información y a la documentación de sus miembros exigiendo a la Diputación Foral justificar las razones que pudieran llevarle, en un caso determinado, a no atender una solicitud formulada en el ejercicio de aquel derecho.

### **b) Recurso directo: la declaración de nulidad por sentencia anterior es causa de terminación del proceso**

La STS de 27 de octubre de 2003, Ar. 7852, reitera la doctrina que establece que, 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 sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico.

Si, pues, está declarada ya la nulidad del Real Decreto, del cual un párrafo, el final del artículo 1 del mismo, se impugna en el recurso contencioso-administrativo, es evidente que éste ya ha perdido su objeto, porque la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada, en muchas otras, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo, cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida —e igualmente la declaración de nulidad— de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real.

### **c) La impugnación indirecta no se puede referir a defectos formales**

**STS de 17 de octubre de 2003, Ar. 8239.** Ha de comenzarse por señalar que el acceso a la casación del recurso de instancia se produce por la vía de la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general —en este caso la Ordenanza Municipal— lo que impone restricciones a los motivos esgrimibles y concretamente los reduce a los que hagan referencia a la adecuación a la Ley de la norma cuestionada, con exclusión de los que se funden en defectos formales en su elaboración, conforme a tan constante y concreta jurisprudencia que excusa de cita concreta.

### **d) No puede equipararse la resolución tardía a un acto confirmatorio de otro anterior**

El artículo 43.1 de la Ley LRJ-PAC dispone que “el vencimiento del plazo de resolución no exime a las Administraciones públicas de resolver, pero deberán abstenerse de hacerlo cuando se haya emitido la certificación a que se refiere el artículo 44”. De este precepto se desprende que la obligación de la Administración de resolver expresamente no se extingue automáticamente por el mero transcurso del plazo legal de que ésta dispone para dictar resolución expresa. Al contrario, la obligación de resolver expresamente subsiste “hasta que se haya” emitido la certificación de acto presunto a que se refiere el artículo 44 LRJ-PAC.

Pues bien, según la **STS de 7 de octubre de 2003, Ar. 7896**, esta resolución tardía —la mediación de un acto administrativo expreso— lo que significa es que el acto presunto no existe porque según la regulación de la LRJ-PAC el acto presunto no nace sólo por el transcurso del tiempo sino que para que se produzca tiene que extinguirse la obligación de la Administración de dictar resolución expresa. Aunque la naturaleza jurídica de la certificación de actos presuntos sea debatida en la doctrina y exista un importante sector doctrinal que rechaza su carácter constitutivo, esta certificación es un requisito para acreditar la existencia del acto administrativo presunto frente a terceros; en ausencia de esta certificación, el acto presunto no se puede hacer valer frente al exterior. Esto es algo reconocido incluso por aquellos que defienden que el acto presunto existe por el mero transcurso del plazo para resolver. Pero junto a este efecto acreditativo, la consecuencia más importante de la certificación consiste en que impide que la Administración resuelva

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

tardíamente. En este sentido no puede equipararse la resolución tardía a un acto confirmatorio de otro anterior porque este tipo de actos no son un requisito para que el acto pueda comenzar a producir efectos frente al exterior.

### **E) Procedimiento**

#### **a) Es necesaria la declaración de lesividad incluso respecto de los actos dictados por delegación**

La STS de 11 de noviembre de 2003, Ar. 8061, considera que la problemática que los actos dictados por delegación plantean a efectos de revisión de oficio, así como las implicaciones que sobre la autonomía local tiene la revisión de oficio, cuando se trate de actos dictados por entidades locales en virtud de facultades delegadas en ellas por las Comunidades Autónomas, no elimina la necesidad de la previa declaración de lesividad del acto recurrido.

#### **b) El artículo 144 LPA (de 1958) es aplicable por analogía a las reclamaciones previas al procedimiento contencioso-administrativo**

El artículo 144 LPA (de 1958), contenido en la Sección dedicada a las reclamaciones previas a la vía judicial civil, establece que en las reclamaciones cuyo objeto sea el cumplimiento de contratos u obligaciones que determinen vencimientos periódicos, los interesados sólo estarán obligados a promover una reclamación administrativa previa, y será suficiente la justificación de haberlo efectuado si hubiesen de plantear posteriores demandas.

Aunque el precepto es aplicable estrictamente a las reclamaciones previas a la interposición de una demanda civil, la STS de 23 de septiembre de 2003, Ar. 7881, entiende que tiene vigencia para los casos de reclamaciones administrativas que preceden a la interposición de un recurso contencioso-administrativo, ya que no existe norma equivalente en este segundo supuesto y entre los dos casos se produce la identidad de razón que requiere el artículo 4.1 del Código Civil para la aplicación analógica de las normas, consistiendo dicha razón en la necesidad de evitar sucesivas reclamaciones, bien para reclamar cantidades de vencimiento posterior, bien para formular nuevos recursos contencioso-administrativos o demandas civiles contra la Administración.

#### **c) El mecanismo de rehabilitación de trámites no puede aplicarse cuando se trata de falta de presentación de la demanda**

El artículo 67.2 LJCA (de 1956) disponía que “si la demanda no se hubiere presentado en el plazo concedido para ello, se declarará de oficio caducado el recurso del procedimiento”. Y el artículo 121.1 también de esa LJCA (de 1956) decía que “los plazos serán siempre improrrogables, y, una vez transcurridos, se tendrá por transcurrido y perdido el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse, sin necesidad de apremio ni de acuse de rebeldía, dándose a los autos de oficio el curso que corresponda; sin embargo, se admitirá el escrito que proceda y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro

del día en que se notifique la oportuna providencia”. Surge, pues, la necesidad de interpretar conjuntamente estos preceptos para determinar si la posibilidad de recuperación del trámite perdido que establece el artículo 121.1 es también aplicable a los supuestos en los que el plazo que se dejó vencer era el de presentación de la demanda. En otras palabras, hay que decidir si el recurrente en un proceso contencioso-administrativo durante la vigencia de la LJCA de 1956 podía hacer uso de esa posibilidad establecida en el artículo 121.1 para enervar la caducidad que hubiera operado según lo dispuesto en el artículo 67.2.

La STS de 17 de octubre de 2003, Ar. 8240, nos recuerda, a los efectos del problema que se analiza, la diferenciación que doctrinalmente se ha venido haciendo entre las dos figuras procesales siguientes: 1) La caducidad de la instancia, que es la “extinción del proceso” producida como consecuencia de la inactividad de una o ambas partes durante un determinado período de tiempo. 2) La caducidad del trámite (también llamada preclusión o decadencia), consistente sólo en la “pérdida del derecho a realizar un acto procesal determinado”, pero siguiendo su curso el procedimiento, si se deja transcurrir el término concedido al efecto. La diferenciación está presente en las regulaciones contenidas en la LEC de 1881 y en la LJCA de 1956 (la caducidad de la instancia se regulaba en los artículos 411 a 420 LEC de 1881 y 91 LJCA de 1956; y la caducidad del trámite en los artículos 306 LEC de 1881 y 121.1 LJCA de 1956).

Pues bien, la dicción literal de los repetidos artículos 67.2 y 121.1 LJCA de 1956, puesta en relación con la distinción de las dos figuras procesales a que se ha hecho alusión, conduce a que deba prevalecer la solución contraria a declarar aplicable lo establecido en el artículo 121.1 al plazo de presentación de demanda. Y las concretas razones que así lo determinan son, según la sentencia comentada, éstas: 1) El artículo 67.2 recoge un supuesto especial de “caducidad de instancia”, como resulta de su propia literalidad: “(...) se declarará de oficio caducado el recurso del procedimiento”. En esta redacción es claro que lo que caduca no es un trámite o un recurso procesal, sino el “recurso del procedimiento”, esto es, el recurso contencioso-administrativo cuya interposición ha dado origen al procedimiento. También es claro que la caducidad es automática y la resolución judicial se limita sólo a testimoniar su causa y efectos, a diferencia de lo establecido en el artículo 121.1. Según este último precepto la preclusión del trámite requiere una resolución judicial, y puede enervarse mediante escrito que se presente en la misma fecha de notificación de la providencia. 2) El artículo 121.1 es aplicable a los trámites accesorios o secundarios pero no a los escritos fundamentales (como el de introducción de la pretensión en el proceso). La extemporaneidad de estos escritos fundamentales es la extinción del procedimiento. 3) El rechazo de pretensiones extemporáneas no es contrario al artículo 24 CE, según reiterada declaración del Tribunal Constitucional.

El Auto de este Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998 sigue la solución que acaba de exponerse. Declara que el mecanismo de rehabilitación de trámites previsto en el artículo 121.1 LJCA (de 1956) sólo juega cuando el trámite de cuya extemporánea formulación se trata se haya inserto en un proceso en curso que permita, aun fenecido el

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

trámite, proseguir el mismo mediante el impulso de oficio del tribunal, lo que no ocurre cuando se trata del escrito de demanda por albergar la pretensión. También señala que, en el supuesto de formulación extemporánea de la demanda es de prevalente y específica aplicación el artículo 67.2. Luego, tras admitir que la interpretación conjunta de los artículos 67.2 y 121.1 LJCA de 1956) dio lugar a cierta fluctuación jurisprudencial, declara que esa solución constituye la línea jurisprudencial dominante y consolidada (con cita de las Sentencias de 16 de diciembre de 1994, 20 de abril de 1995, 19 de febrero de 1996 y 4 de julio de 1997 y de los Autos de 10 y 25 de junio de 1996).

Es cierto que el artículo 52.2 de la Ley jurisdiccional de 1998 ha introducido una modificación sobre esta cuestión y acoge una solución diferente, pero ese precepto no puede ser aplicado a los recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley (en virtud de lo que establece la Disposición Transitoria Segunda).

### **d) Derecho a la prueba: debe agotarse la vía de recursos jurisdiccionales para acudir a la casación**

Sobre el derecho a la prueba, la doctrina jurisprudencial establece que el derecho a utilizar la prueba necesaria para hacer valer el derecho que se aduce y esgrime jurisdiccionalmente es una garantía procesal básica e, incluso, un derecho fundamental constitucionalizado (artículo 24.2 CE). Si bien el análisis del alcance de tal derecho exige tener en cuenta los siguientes condicionamientos expuestos en la **STS de 20 de octubre de 2003**, Ar. 8885: a) Su ejercicio está supeditado a la observancia de los requisitos procesales establecidos, singularmente, en el artículo 74 LJCA. b) El derecho no supone una facultad ilimitada de la parte a utilizar cualesquiera medios de prueba, sino a practicar aquellas pruebas que sean pertinentes (artículo 24.2 CE); esto es, las que, teniendo relación con el objeto del litigio, están además dotadas de alguna virtualidad, al menos teórica, para incidir en el sentido del fallo; y al juzgador de instancia corresponde, en principio, efectuar el juicio sobre la pertinencia que ha de ser explícito. Esto es, se reconoce a dicho órgano jurisdiccional la potestad de pronunciarse y decidir sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos. Si bien este juicio de pertinencia tiene un doble condicionamiento: conceptual o material uno, puesto que deben considerarse pertinentes aquellas pruebas que se relacionan con los hechos objeto del proceso y que, por su aptitud para obtener la convicción del Tribunal sobre aquéllos, tienen virtualidad para incidir en el sentido de la decisión judicial sobre la pretensión formulada; formal otro, puesto que la denegación del recibimiento a prueba o de los concretos medios de prueba propuestos ha de ser explícitamente razonada y basada en el incumplimiento de los requisitos procesales, en la falta de pertinencia o en su irrelevancia. c) Corresponde a quien invoca en casación la vulneración del derecho a la práctica de la prueba pertinente alegar razonadamente la referida relación del medio propuesto y omitido con el objeto del proceso y la posible trascendencia de su resultado en la decisión judicial de la instancia. d) El adecuado ejercicio del derecho a la prueba en la vía casacional exige al recurrente que, frente a la denegación, no se aquiete en la instancia, sino que recurra oportunamente utilizando para ello los medios de impugnación establecidos.

**e) El escrito de conclusiones no puede suplir el contenido del recurso de súplica**

La STS de 10 de noviembre de 2003, Ar. 8048, considera que el hecho de que se concediese el trámite de conclusiones que se había omitido, y que se alegase en él que no se había verificado la prueba pericial pidiendo que se acordase su práctica para mejor proveer, no significa haber pedido la subsanación de la falta mediante la interposición del procedente recurso de súplica contra la providencia, ya que el escrito de conclusiones no puede suplir a dicho recurso. Esta petición formulada en el escrito de conclusiones estaba sometida al criterio de la Sala, ya que las diligencias para mejor proveer son de uso facultativo del órgano jurisdiccional que conozca del litigio, de manera que la potestad de utilizar o no dichos medios probatorios no puede ser discutida por las partes ni dar lugar a recurso.

**f) Sentencias: los hechos que se entienden probados se pueden recoger por referencias a los alegados por las partes**

El artículo 248.2 de la LOPJ establece que las sentencias expresarán “hechos probados, en su caso”, pero esta exigencia a lo que obliga es a dejar claro cuáles son los datos fácticos que el órgano jurisdiccional sienta como ciertos y asume como base de los razonamientos empleados para fundar jurídicamente su fallo. Pues bien, según la STS de 7 de octubre de 2003, Ar. 7613, resulta atendido el requisito tanto cuando se incluye un relato fáctico directamente en la sentencia, como cuando ésta acoge, de manera explícita o implícita, los que fueron alegados por una de las partes litigantes.

**F) Medidas cautelares****a) No procede suspender los Acuerdos municipales sobre cambios de denominación de calles y retirada de símbolos políticos**

El artículo 130.1 LJCA (de 1998) dispone que “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Pues bien, la STS de 7 de octubre de 2003, Ar. 7897, considera que no ha lugar a la suspensión de acuerdos adoptados por el Pleno de un Ayuntamiento sobre cambio de denominación de calles, retirada de la vidriera del descanso de la escalinata central de la Casa Consistorial y del busto del General Franco, situado en la Plaza del Generalísimo de la villa.

Para ello realiza una ponderación de los intereses en juego, que son, básicamente, los del cumplimiento de una decisión administrativa ejecutiva adoptada por el órgano que más directamente refleja el principio democrático en el ámbito municipal, por una parte, y los perjuicios económicos o de otra índole que puedan resultar de la necesidad de reponer las cosas a su primitivo ser y estado. Entre estos dos intereses, la Sala se decanta

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

por dar preferencia al primero de ellos, pues estima que la reposición de las denominaciones y objetos a su primitiva situación puede realizarse sin que comporte excesivos perjuicios.

Es decir, no todo perjuicio económico derivado de la posibilidad de dejar sin efecto la ejecución del acto lleva consigo la necesidad de adoptar la medida cautelar, aunque los perjuicios económicos puedan ir más lejos que los inherentes a las operaciones inmediatas de retirada de unas placas y enseres. Frente a ellos deben ponderarse los perjuicios que, desde el punto de vista de la eficacia de la actividad administrativa, ocasionaría la dilación en llevar a efecto los acuerdos adoptados.

Deben ponderarse, asimismo, los perjuicios inherentes a la dilación en el cumplimiento de la voluntad del Pleno municipal –que no representa una posición partidista, sino que se forma mediante las reglas de adopción de acuerdos por mayoría establecidas en la Ley–. El Pleno del municipio es, en efecto, el órgano mediante el que se ejerce el derecho a la autonomía local según se infiere del artículo 3.2 de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 de Autonomía Local, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, con arreglo al cual deben ser interpretados los artículos 20 y 22 de la Ley de Bases de Régimen Local.

Finalmente, debe ponderarse que el acuerdo del Pleno municipal al que se refiere el proceso es expresivo de una determinada concepción de los legítimos representantes de la voluntad popular acerca de las denominaciones o símbolos que deben estar presentes en la vida pública de la entidad local, para la que no puede resultar en absoluto indiferente el retraso en su aplicación.

### **b) La Administración debe sufragar el coste del aval prestado para obtener la suspensión de la resolución posteriormente anulada**

En recta interpretación de los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, y 106 de la Constitución, la **STS de 2 de octubre de 2003**, Ar. 8138, señala que corresponde a la Administración soportar el coste del aval prestado para obtener la suspensión si se hubiese estimado la reclamación interpuesta y, por tanto, se hubiera anulado en sede administrativa la resolución recurrida, pues en nuestro Ordenamiento Jurídico la responsabilidad de la Administración surge en torno al concepto clave de lesión, entendida como daño antijurídico que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar, lesión esta que ha de reunir los requisitos que fija la ley, por lo que ha de ser efectiva, económicamente evaluable, individualizada y conectada causalmente con la actividad administrativa.

### **c) La doctrina del *fumus boni iuris* debe ser acogida con cautela**

Sin dejar de reconocer que hayan podido producirse ciertas oscilaciones en torno al alcance del concepto de la apariencia de buen derecho como catalizador de la adopción de medidas cautelares, ha prevalecido la tesis, apuntada por la **STS de 12 de noviembre**

de 2003, Ar. 8740, de que se trata de un principio que ha de ser manejado con mesura y que nunca puede transformarse en un argumento cuya utilización sirva para anticipar la resolución de fondo que haya de dictarse. Ello supone que su aplicación ha de partir, ciertamente, de un juicio razonable, si bien provisional, de valor o desvalor, es decir, de conformidad o disconformidad con el Derecho del acto o norma que se impugna, teniendo en cuenta lo argumentado tanto por el recurrente como por la Administración.

#### **d) Procede la suspensión de la orden de demolición de un surtidor y un depósito de gasolina**

La STS de 17 de noviembre de 2003, Ar. 8753, considera que puede perder su finalidad legítima el recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia si se procede a la demolición del depósito y del surtidor que la Administración dice contruados en exceso, antes de que esta cuestión sea examinada y resuelta por el Tribunal de instancia en autos principales. Frente a tal apreciación no cabe oponer en este caso la prevalencia de los intereses generales, ni el peligro de su grave perturbación en caso de que no se ejecute inmediatamente la demolición. El equilibrio entre la defensa de los intereses públicos y los privados que la sociedad concesionaria defiende se alcanza en términos de justicia y proporcionalidad dando lugar a la suspensión de la ejecución del requerimiento de demolición e imponiendo al propio tiempo a la sociedad recurrente la obligación de mantener en absoluta inactividad el surtidor y el depósito en que el exceso (según la Administración) se concreta hasta que se resuelva el fondo de la controversia.

## **2. RECURSO DE CASACIÓN**

### **A) Inadmisión**

#### **a) Competencia de los Juzgados: no alcanza a la Resolución de la Consejería que declaró inadmisibile el recurso formulado contra acta de apertura relacionada con apertura de oficina de farmacia**

La entrada en vigor de la LJCA de 1998 ha dado lugar a la inadmisibilidad de los recursos de casación intentados contra las sentencias dictadas con posterioridad por los Tribunales Superiores de Justicia referidas a aquellas materias que la nueva Ley considera de competencia de los Juzgados de lo Contencioso (Disposición Transitoria Primera); pero entre tales materias, como señala la STS de 22 de octubre de 2003, Ar. 7934, no pueden incluirse las resoluciones de los órganos de la Comunidad Autónoma no comprendidos en las excepciones enumeradas en el apartado 2º del artículo 8, a no ser que dichos órganos puedan considerarse integrados en la administración autonómica de carácter periférico (apartado 3º del mismo artículo). No revistiendo ese carácter el acto de la Inspección de la Sección Farmacéutica del Servicio Regional de Salud de la Comunidad de Madrid que declaró inadmisibile el recurso formulado contra acta de apertura relacionada con apertura de oficina de farmacia.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### **b) Defectuosa preparación: no cabe una mera cita de normas o jurisprudencia sin relación con la argumentación contenida en la sentencia recurrida**

La STS de 2 de octubre de 2003, Ar. 8136, considera incorrecto formular el recurso de casación mediante una mera cita literal de preceptos así como una transcripción literal de partes de la sentencia, sin explicación de la relación concreta y específica que todas esas normas y sentencias tienen no sólo con el caso debatido, sino con la forma en que la Sala de instancia lo resolvió, que es lo que importa en la vía casacional. Con ello se incumple la carga que al recurrente impone el artículo 99.1 de la LJCA (de 1956), que exige la cita “de las normas o jurisprudencia que considere infringidas”, y cuya carga incluye la de poner en relación los preceptos o jurisprudencia citados con el objeto mismo del pleito y con la forma en que lo ha resuelto el Tribunal de instancia. Así, del escrito de interposición del recurso de casación no puede deducirse cuántos y cuáles son los motivos concretos y específicos de impugnación que se formulan, y el recurso por ello debe ser declarado inadmisibile.

### **c) Es inadmisibile el recurso en el que no se fija el motivo en el que se basa con expresión del apartado correspondiente del artículo 88 LJCA**

Es jurisprudencia reiterada, recaída en interpretación y aplicación de las normas relativas al recurso de casación ordinario de la LJCA (de 19956), la que exige que el escrito de interposición fije el motivo o motivos en que se fundamente el recurso con expresión del apartado o apartados correspondientes del artículo 95 de aquella Ley que lo o los amparen; expresando igualmente, si se articula el del apartado 4º, cuál es la norma jurídica o jurisprudencia que se considera infringida o inaplicada por la sentencia. Exigencia a cumplir en aquel escrito que pervive, tal y como matiza aquella jurisprudencia, aunque en el escrito de preparación, esto es, en el que contemplaba el artículo 96, se hubiera hecho cita de aquel artículo 95 y de sus apartados; pues uno y otro escrito contemplan cargas procesales que cada uno, singularmente, debe satisfacer, sin que los defectos del de interposición puedan entenderse subsanados a la vista del contenido del de preparación, ni a la inversa.

Esa jurisprudencia descansaba, con carácter general, en la idea de que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta deben determinar su inadmisión; rigor formal que, en tanto en cuanto responda a una interpretación lógica de las normas reguladoras de aquel recurso, no ha de ser atemperado por exigencias del principio *pro actione*, pues éste no tiene en casación la intensidad con que opera cuando se trata de decidir sobre el acceso a la vía jurisdiccional. Y descansaba, ya en lo que hace a las exigencias a satisfacer en el escrito de interposición, en la interpretación del mandato que contenía aquel artículo 99, en su número 1, referido a que tal escrito había de expresar razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas.

Pues bien, las SSTS de 10 de noviembre de 2003, Ar. 8287 y 8288, consideran que las anteriores consideraciones son de aplicación a las prescripciones de la LJCA de 1998, visto el contenido de los artículos 92, 88 y 89. De manera que si en el escrito de interposición no se satisface aquella exigencia de fijar el motivo en que se fundamenta, con expresión del apartado correspondiente del artículo 88 de la LJCA (de 1998) que lo ampare, concurre en el recurso una circunstancia que debió haber conducido, ya en el trámite del artículo 93.2 de la Ley de 1998, al pronunciamiento de inadmisibilidad.

#### **d) El artículo 89.1 LJCA no impone la necesidad de anunciar los motivos del recurso**

El artículo 96.1 LJCA de 1956 disponía, como ahora lo hace, en términos semejantes, el artículo 89.1 de la vigente LJCA de 1998, que: “El recurso de casación se preparará ante el mismo Órgano jurisdiccional que hubiere dictado la resolución recurrida en el plazo de diez días, computado desde el siguiente a la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos”.

Reiterada jurisprudencia, oportunamente recordada por la STS de 24 de noviembre de 2003, Ar. 8464, dado el carácter extraordinario y eminentemente formal del recurso de casación, ha venido diciendo que este precepto, al establecer la necesidad de que en el escrito de preparación del recurso se contenga una sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos, es cierto que no impone la necesidad de fijar los motivos por los que se interpondrá dicho recurso, lo que será objeto del escrito de interposición, sino que con la exigencia indicada, se refiere a la necesidad de exponer sucintamente la concurrencia de los requisitos que permiten la interposición contra la Resolución en cuestión, cuales son que ésta es susceptible de recurso de casación por estar comprendida entre las relacionadas por el artículo 93 de la propia Ley de la Jurisdicción, que se prepara dentro del plazo legalmente establecido y que se ostenta legitimación para interponerlo, además del Órgano Jurisdiccional ante el que se prepara y, en su caso, la infracción de la norma no emanada de los Órganos de las Comunidades Autónomas que sea relevante y determinante del fallo de la sentencia.

#### **B) Objeto: No se puede revisar el *quantum* de la indemnización**

Es constante jurisprudencia, recordada por las SSTS de 2 de octubre de 2003, Ar. 8565 y 8566, que establece que el *quantum* de la indemnización no es revisable en casación salvo que se acredite que ha sido establecida de modo arbitrario o se ha omitido algún concepto indemnizable.

### C) Motivos

#### a) Artículo 88.1.c) LJCA

a') El artículo 1214 CC sólo es invocable si no existió actividad probatoria en la instancia

La STS de 23 de octubre de 2003, Ar. 8924, ha dejado sentado que el artículo 1214, relativo a la carga de la prueba, únicamente es invocable en casación cuando en el proceso existe una ausencia de actividad probatoria.

b') Es posible invocar la infracción en materia de valoración de la prueba

Como señala la STS de 10 de octubre de 2003, Ar. 8918, la jurisprudencia ha ampliado uno de los motivos casacionales, el del artículo 88.1.c) LJCA (de 1998) para combatir la valoración de la prueba y esto sólo en casos excepcionales, siendo necesario invocar los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la valoración de la prueba, cuya pertinente aplicación al caso es necesario razonar. Cumplidos estos requisitos formales, es necesario además que concurren alguna o algunas de estas circunstancias: a) Que se haya incumplido el trámite esencial para la práctica de alguna de las que se llaman pruebas tasadas; b) Que el material probatorio haya sido valorado de manera irrazonable o arbitraria; c) Que se haya infringido un derecho fundamental. Y todo esto es así, y no puede ser de otra manera en casación, porque este cauce procesal no es una instancia añadida a las que prevea con carácter ordinario la legislación procesal sino una vía revisora de conocimiento limitado. Recordar todo esto es también necesario para advertir que cuando un tribunal actúa en sede casacional se encuentra sujeto a condicionamientos formales y sustantivos a los que no puede dejar de adecuar su actuación. Y esto no es formalismo estéril, sino como simple concreción en un determinado ámbito de actuación del Poder judicial del principio o regla de sujeción a la ley y también al derecho, que vincula a todos los poderes públicos.

#### b) El juicio de relevancia sólo procede en el artículo 88.1.d)

Como señala la STS de 20 de octubre de 2003, Ar. 8885, el requisito que constituye el llamado "juicio de relevancia" sólo es exigible en forma estricta en relación con los motivos de casación articulados al amparo del artículo 88.1.d) LJCA (de 1998). Cuando se aduce el quebrantamiento de las formas procesales, las normas aplicables no pueden emanar *a priori*, dada la competencia exclusiva del Estado en materia procesal, de la Comunidad Autónoma, ni pueden ser determinantes del fallo. Esta expresión sólo puede referirse a infracciones cometidas *in iudicando* (al decidir) mediante la aplicación de las normas del Ordenamiento Jurídico para resolver sobre las pretensiones planteadas, pero no a los vicios *in procedendo* (al seguir el procedimiento) en que se denuncia el quebrantamiento de normas o garantías procesales con independencia de la resolución de las cuestiones de fondo.

### 3. CASACIÓN INTERÉS DE LEY

#### **A) Finalidad: No se puede pretender la declaración de una doctrina cuya procedencia fue rechazada anteriormente, que ya estuviese fijada o que resulte inútil por su obviedad**

El recurso extraordinario de casación en interés de ley está dirigido exclusivamente a fijar doctrina legal o jurisprudencia —de ahí que no pueda afectar a la situación particular derivada de la sentencia recurrida— cuando quien está legitimado para su interposición estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada (artículo 100 LJCA de 1956). Se trata, pues, de un remedio excepcional y subsidiario, esto es, sólo factible cuando la sentencia impugnada tenga carácter de firme por no haber contra ella recurso de casación tanto en su modalidad ordinaria como en la de “para unificación de doctrina” que recoge el artículo 100.1 de la Ley Jurisdiccional [artículo 102.a) LJCA de 1956], en el que no cabe otra cosa distinta que establecer la doctrina de esta Sala respecto al concreto pronunciamiento de la Sala de instancia.

Por consiguiente, además de los requisitos formales y procesales (legitimación e interposición dentro de plazo acompañada de la certificación de la sentencia que se impugna) exigidos por el artículo 100.1 y 3 LJCA (de 1956), el recurso de casación en interés de la ley requiere ineludiblemente que la doctrina sentada por la sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal, así como que se proponga con la necesaria claridad y exactitud la doctrina legal que se postule. Ha de excluirse, por fin, la idea de que la finalidad legítima de este remedio procesal sea la de combatir la posible errónea interpretación de un precepto legal por parte de los órganos judiciales inferiores, en tanto que no concurren las circunstancias antes expresadas.

Una nutrida jurisprudencia ha venido exigiendo con el debido rigor el cumplimiento de semejantes requisitos, entendiendo que la finalidad del recurso ahora considerado no es otra que la de evitar la perpetuación de criterios interpretativos erróneos cuando resulten gravemente dañosos para los intereses generales, sin perjuicio de la inalterabilidad del fallo recurrido, siendo también exigencia del mismo que se concrete la doctrina legal que se interesa, que obviamente ha de estar en íntima conexión con el objeto de la litis, antecedente del recurso de casación en interés de ley; por ello, como ha señalado ahora la **STS de 3 de octubre de 2003**, Ar. 8914, ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada o que, por el contrario, ya estuviese fijada por el Tribunal Supremo, o bien que resulte inútil por su obviedad de forzoso asentimiento, o cuando se aprecie una evidente desconexión con lo afirmado en la resolución impugnada.

### 4. RECURSO DE REVISIÓN

#### A) Motivos

##### a) El documento puede ser declarado falso en sentencia civil o penal o por retractación del órgano administrativo

El artículo 510 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, exige en la causa 2ª de revisión que el documento haya sido declarado falso en un proceso penal, cuya falsedad se declare después penalmente, en cambio el artículo 102, apartado 1, causa b) de la LJCA (de 1998), no exige que la falsedad sea declarada en un proceso penal, de ahí que la Jurisprudencia de esta Sala Tercera, de la que es claro exponente la **STS de 19 de septiembre de 2003**, Ar. 7787, haya aceptado la falsedad en procesos civiles e incluso la “retractación” del órgano administrativo, si se tratase de documentos expedidos por él, es decir, el reconocimiento de que ha existido falsedad intelectual o material.

En otras palabras, el recurso de revisión es un recurso extraordinario y excepcional, en la medida que tiende a superar los efectos de “cosa juzgada” de las sentencias firmes, por ello debe aplicarse de modo estricto. La justificación de este recurso de casación por la causa de la letra d) se halla en que si el Tribunal que dictó la sentencia hubiera sabido que el documento o documentos que tuvo en cuenta para dictarla era falso, es muy probable que el sentido de la sentencia hubiera sido diferente, pero, y esto es muy importante, el recurso de revisión por esta causa exige que el reconocimiento o declaración de la falsedad le sea dado al Tribunal, bien en una sentencia firme civil o penal, bien por la “retractación” o reconocimiento del Órgano administrativo que emitió el documento falso.

##### b) Doctrina jurisprudencial sobre recuperación de documentos

Respecto al motivo contenido en el artículo 102.1.a) LJCA (de 1998), “recobrar, después de dictada la sentencia, documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado”, la doctrina jurisprudencial, recordada por la **STS de 14 de octubre de 2003**, Ar. 7806, exige la concurrencia de los siguientes requisitos: A) Que los documentos hayan sido “recobrados” con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso. B) Que tales documentos sean “anteriores” a la fecha de la sentencia firme objeto de la revisión, habiendo estado “retenidos” por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme (circunstancias que deben ser plenamente acreditadas por el solicitante de la revisión). Es decir, con otras palabras, que los documentos adolezcan de una “indisponibilidad anterior” a la sentencia impugnada y gocen, ya, de una “disponibilidad actual” al tiempo de la revisión”. C) Que se trate de documentos “decisivos” para resolver la controversia, en el sentido de que, mediante una provisional apreciación, pueda inferirse que, de haber sido presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente (por lo que el motivo no puede prosperar y es inoperante si el fallo cuestionado no variaría aun estando unidos aquéllos a los autos –juicio ponderativo que debe realizar, *prima facie*, el Tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada–).

A mayor abundamiento, la sentencia comentada añade que el citado artículo 102.1.a) se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados; de modo que los que han de estar ocultados o retenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte a quien favorecen son los papeles, no sus contenidos directos o indirectos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba, cuya potencial deficiencia no es posible suplir en vía de revisión.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

## F. CORDERO LOZANO

### Las competencias de los Juzgados Provinciales de lo Contencioso-Administrativo

[Lex Nova, Valladolid, 340 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

La monografía de F. CORDERO aborda ampliamente cuestiones esenciales relativas a la creación y funcionamiento de los Juzgados Provinciales de lo Contencioso-Administrativo.

El autor estudia detalladamente las competencias de los Juzgados, el procedimiento abreviado y el sistema de recursos frente a las resoluciones de estos órganos judiciales.

La monografía reseñada presta especial atención a los criterios territoriales y de proximidad a los ciudadanos que inspiran la puesta en marcha de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Puesto que la garantía de la tutela judicial efectiva exige un control rápido y especializado de la actividad administrativa, F. CORDERO se pronuncia sobre la conveniencia de una clara definición de las competencias de estos Juzgados, habida cuenta de las disfunciones que el tiempo de andadura de tales órganos judiciales ha puesto de manifiesto.

En este sentido, en la monografía que nos ocupa se propugna una asignación de competencias más coherente con la realidad del sistema territorial español, que pasaría por abandonar el criterio material de reparto y por dotar a estos órganos judiciales de los

elementos necesarios para la rapidez y la calidad de sus resoluciones.

Entre otros aspectos que redundarían en el eficaz funcionamiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el autor destaca la reforma del procedimiento abreviado, de modo que opere como cauce común de actuación de los órganos unipersonales.

## R. CABALLERO SÁNCHEZ

### Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos

[INAP, Madrid, 454 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

La liberalización de los mercados de los servicios públicos determina nuevas tareas para el Estado Social respecto de las actividades económicas de interés general.

En este nuevo marco de liberalización, R. CABALLERO analiza las dificultades para abrir a la competencia los sectores dependientes de una infraestructura de red, derivadas —en buena medida— de la especificidad de las industrias en red.

El autor realiza una destacada elaboración de la noción de las infraestructuras liberalizadas en red, poniendo de manifiesto la extensión que ha experimentado este término hasta comprender —más allá de la red— las instalaciones de distintos sectores de este tipo de actividades.

Partiendo del análisis de los aspectos ya señalados, R. CABALLERO propone las líneas fundamentales de un nuevo ordenamiento de redes

y de agentes intervinientes en las industrias de red. A tal efecto, el autor expresa la conveniencia de recuperar las grandes infraestructuras en red como propiedades públicas, para evitar dificultades de programación e implantación de este tipo de infraestructuras de interés general en un marco privatizado.

Lógicamente, uno de los aspectos cruciales en la ordenación de las redes es el régimen de utilización de las mismas. Por ello, también en esta monografía se estudian los derechos de uso de terceros operadores, así como los derechos de los usuarios a la prestación de servicios de interés general.

**F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID y J. AGUDO GONZÁLEZ**

**Expropiación y grandes infraestructuras**

[Montecorvo, Madrid, 174 páginas]

BELEN MARINA JALVO

Los autores de esta monografía realizan un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la valoración de terrenos destinados por el planeamiento urbanístico a la ejecución de sistemas generales.

Desde comienzos de la década de los noventa el Tribunal Supremo ha mantenido una constante doctrina sobre la valoración a efectos expropiatorios de terrenos destinados a la ejecución de sistemas generales de la ordenación urbanística y equipamientos dotacionales que ha determinado un espectacular aumento de los justiprecios, dado que la valoración de dichos suelos se realiza en función de uso o destino urbanístico, con independencia de la clasificación formal de éstos. Tal como ponen de manifiesto los profesores JIMÉNEZ DE CISNEROS y AGUDO, la aplicación generalizada de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo a cualquier tipo de grandes infraestructuras y equipamientos, además de un incremento insostenible de los justiprecios

expropiatorios, supondría una actuación jurídicamente incorrecta y, más aun, un fraude de ley que permitiría a los expropiados enriquecerse injustamente.

Por ello, los autores se proponen concretar los requisitos fácticos que, a la luz del nuevo régimen de valoraciones establecido por la Ley 53/2003, ha de servir para reconducir esta doctrina jurisprudencial a términos más adecuados, de modo que se aplique a supuestos determinados y la valoración del suelo destinado a estas infraestructuras se realice atendiendo a la clasificación del mismo.

**L. PAREJO ALFONSO**

**Crisis y renovación en el Derecho Público**

[Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 208 páginas]

BELEN MARINA JALVO

En esta monografía, que cuenta con un Estudio Preliminar de Roberto DROMI sobre “El tránsito del Derecho Público a la Posmodernidad”, L. PAREJO reflexiona sobre la situación de la ciencia jurídico-administrativa, cuyo panorama aparece confuso a consecuencia de un período de cambios profundos, de transición hacia una nueva situación cuyos rasgos esenciales aun no son claros.

L. PAREJO describe la crisis de confianza en la idoneidad del Estado para actuar de forma resolutive ante las exigencias que las nuevas circunstancias sociales plantean. Respecto de la situación expuesta, el autor apunta que la solución pasaría por un mejor Estado que, en su caso, puede llegar a exigir un nuevo planteamiento del ámbito de intervención y de la presencia estatal.

Por lo demás, la situación española responde a las características referidas, si bien, como señala el autor, reviste características especiales por nuestra peculiar transición hacia la democracia y hacia un nuevo modelo de Estado.

# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S

