Justicia Administrativa

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial
LEX NOVA

REVISTA
Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco. **Javier Barnés Vázquez** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva. **Antonio Embid Irujo** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza. **Germán Fernández Farreres** Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Complutense de Madrid. **Javier García Roca** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid. **Francisco López Menudo** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla. **Ángel Menéndez Rexach** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid. **Luis Ortega Álvarez** Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha. **Manuel Rebollo Puig** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba. **Joaquín Tornos Mas** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona.

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo
Universidad Complutense de Madrid

© LEX NOVA 2004

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@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.

Justicia Administrativa
REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO **Nº 23** ABRIL 2004

Sumario:

DOCTRINA:

[5] **Las reformas en el contencioso-administrativo del invierno de 2003**
ALBERTO PALOMAR OLMEDA

[39] **La responsabilidad patrimonial de los municipios ante su pasividad en el control del ruido**
Mª. CONSUELO ALONSO GARCÍA

[59] **La revisión jurisdiccional de las infracciones al derecho a la tutela judicial efectiva y el carácter subsidiario del recurso de amparo**
FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[83] I. DERECHO COMUNITARIO
L. ORTEGA ÁLVAREZ

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

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

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

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

[163] VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
M. SÁNCHEZ MORÓN

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

[191] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA
F. LÓPEZ MENUDO

[201] IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
F. LÓPEZ MENUDO

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

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

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

[259] XIII. MEDIO AMBIENTE
A. EMBID IRUJO

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

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

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

[345] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reformas en el contencioso-administrativo del invierno de 2003

ALBERTO PALOMAR OLMEDA

Magistrado de lo Contencioso-administrativo
Profesor de Derecho Administrativo

Sumario:

I. Delimitación de los instrumentos normativos de la reforma y presentación de la misma. A) La Ley Orgánica del Poder Judicial. B) La Ley de Medidas Específicas en materia de Seguridad Social. C) Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario. **II. El nuevo marco competencial de los órganos unipersonales del contencioso-administrativo.** A) Competencia objetiva. B) Competencia orgánica. C) Reforma de las reglas de aplicación del procedimiento abreviado. D) Incidente de extensión de sentencias. E) Fuero jurisdiccional para el conocimiento de los asuntos de índole funcionarial del personal de Correos y Telégrafos. F) Reformas en materia de multas coercitivas a las autoridades administrativas por el incumplimiento de sus obligaciones. G) Las modificaciones en materia de contratos de las Administraciones Públicas que afectan al ámbito subjetivo de la Jurisdicción contencioso-administrativa. **III. Un paso en la delimitación del difícil contorno relacional en materia de seguridad social entre los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo.** **IV. Dos referencias a modo de conclusión.**

I. DELIMITACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LA REFORMA Y PRESENTACIÓN DE LA MISMA

Diciembre de 2003 puede considerarse un momento importante para el Derecho procesal administrativo que se caracteriza por la circunstancia de haber coincidido en el tiempo una serie de reformas procesales y substantivas que afectan a la configuración actual

de este orden jurisdiccional y que pueden dar al mismo un perfil netamente diferente al tradicional. Adelantemos, desde una perspectiva metodológica, que este conjunto de reformas adolece de una sistemática común y que han sido introducidas en diversas normas que se han tramitado de forma prácticamente simultánea y que van a configurar un nuevo faz competencial en este ámbito.

De esta forma, y, como primera aproximación podemos señalar que lejos de asimilar el régimen de reformas fragmentario con un cambio funcional reducido o de detalle estamos ante un reforma amplia, conjunta y asistemática que si hubiese que encontrarle alguna referencia común podríamos indicar que toma como elemento central la reconfiguración del ámbito competencial de los órganos unipersonales tratando de acercar la jurisdicción contencioso-administrativa al resto de las jurisdicciones que comienzan el conocimiento de los asuntos por el órgano jurisdiccional unipersonal.

En todo caso, y a modo de síntesis, podemos indicar que se trata de un conjunto de reformas que apuestan por el fortalecimiento de los juzgados contencioso-administrativos que se han ganado un papel relevante en el moderno contencioso-administrativo tanto por la celeridad de sus resoluciones como de tramitación de los correspondientes procedimientos y, específicamente, por impulso que a esta jurisdicción le da la utilización del procedimiento abreviado[1].

Con este breve planteamiento inicial y de carácter parcial parece que lo más conveniente y razonable es concentrarnos ahora en la presentación y sistematización de las reformas, labor que se afronta con un carácter básicamente descriptivo y de presentación contextual de las mismas. Su acierto y consolidación en el marco que se inserta deben valorarse en un momento posterior en función de su propia aplicación y operatividad.

A) La Ley Orgánica del Poder Judicial[2]

La modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, realizada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación parcial de la primera, afecta al apartado 9.4 de su redacción inicial y tiende a reforzar la competencia de los órganos jurisdiccionales del ámbito contencioso-administrativo en los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas[3] aun en el supuesto de que la citada responsabilidad esté asegurada en el marco de relaciones civiles o fundamentalmente mercantiles por una entidad aseguradora de la Administración.

(1) Sobre el tema puede verse nuestro trabajo, "Sobre los Juzgados de lo contencioso-administrativo y su funcionalidad operativa", *Revista Justicia Administrativa*, núm. 17, octubre 2002. Asimismo y en relación con el procedimiento abreviado puede verse nuestra colaboración con el mismo nombre en la obra, *Procedimiento y Proceso administrativo práctico*, Dir. MORENO MOLINA, J.A., Madrid, 2003.

(2) En adelante LOPJ. El texto base se refiere al correspondiente al año 1985.

(3) Con carácter general sobre el tema puede verse el libro de GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", Madrid, 1996.

Como es sabido esta cuestión ha planteado una importante problemática porque aun cuando la Ley Jurisdiccional[4] adoptó el criterio de concentrar en la Jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de los asuntos que se planteen en materia de responsabilidad patrimonial es lo cierto que dicha concentración no había resultado pacífica en los supuestos en los que el respectivo órgano administrativo había establecido un aseguramiento de dicha responsabilidad en el seno de relaciones de derecho privado[5].

SE TRATA DE UNAS REFORMAS QUE APUESTAN POR EL FORTALECIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La jurisprudencia dictada sobre este extremo obligó a nuevas reformas normativas que abordarán la cuestión de una forma explícita. En concreto, la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

(4) Nos referimos a al Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LRJCA).

(5) Téngase en cuenta que pese a la formulación taxativa en aras de la concentración en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de las cuestiones de responsabilidad patrimonial el objetivo no se consiguió plenamente. Así (RJ 2000\6264) la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 9 mayo de 2000, Recurso de Casación núm. 7499/1997 afirma que "(...) Dicha resolución se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico segundo: La cuestión relativa a la competencia para conocer de estas reclamaciones, ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de julio de 1995, en recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que se establece que es irrelevante en esta materia la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246) y del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993\1394 y 1765) puesto que 'en virtud de lo dispuesto en las prevenciones que sobre reserva de Ley están expresamente contenidas en el art. 117.3 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y lo que ordena el art. 9.5 de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) y teniendo en cuenta que la Ley 30/1992, tanto en su art. 2.2 que se somete, respecto de las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia 'a lo que dispongan sus normas de creación', en su Disposición Adicional Sexta que deja vivo lo que en materia de impugnación de los actos de la Seguridad Social se dispone en el art. 2 (...) LPL (RCL 1995\1144 y 1563) que atribuye al orden social jurisdiccional las cuestiones que se promuevan en materia de Seguridad Social salvo lo referente a la gestión recaudatoria [art. 3.b) LPL] es bien sostenible que dicha Ley 30/1992, no ha alterado el régimen aplicable sobre competencia al orden social para el conocimiento de una pretensión indemnizatoria por asistencia sanitaria defectuosa prestada a un asegurado o beneficiario de la Seguridad Social'. Señala asimismo la sentencia que la Disposición Adicional Primera del RD 429/1993, que atribuye la competencia del orden contencioso-administrativo ha olvidado el principio de legalidad y de reserva de ley, disponiendo lo que va más allá de la potestad reglamentaria. Sigue diciendo la citada sentencia que no se trata de una acción por el funcionamiento anormal de un servicio público, sino de una acción derivada de la defectuosa asistencia sanitaria producida a un beneficiario de la Seguridad Social en el ámbito de una prestación comprendida en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social. Ni puede mantenerse que la Ley 30/1992 ha unificado la responsabilidad patrimonial de la Administración ni que en este tipo de acciones no estamos ante una prestación de la Seguridad Social, ya que tal prestación es la reclamación por una prestación asistencial defectuosa, como la prestación misma o el reintegro de los gastos ocasionados por la utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social (STS de 24 de abril de 1990). Por tanto, hay que concluir que tanto desde el punto de vista del objeto de la acción ejercitada, como por la ineficaz atribución competencial que realiza el RD 429/1993, contra lo dispuesto en los artículos 117.3 CE, 9.5 de la LOPJ y art. 2 de la LPL, es incompetente este Orden Jurisdiccional y la presente acción debe ser planteada ante la Jurisdicción Social".

La problemática jurisdiccional fue analizada en el trabajo de PANTALEÓN PRIETO, F., "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, (XIV), págs. 25 a 44 en la misma obra, puede verse el trabajo de ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J.M., "La responsabilidad de los médicos y de la Administración Sanitaria", págs. 91 a 110.

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común[6] estableció que "... La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso... Con ello vienen a despejarse algunos de los obstáculos que anteriormente eran opuestos doctrinal y jurisprudencialmente a la interpretación que creemos obligada sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual ha sido recogida en anteriores párrafos. Se trata de la objeción, de la que se hace eco el auto impugnado, acerca de la posible ilegalidad de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 429/1993, atendido el rango reglamentario de esta norma, frente al carácter legislativo de la nueva disposición..."

Es cierto que esta teórica uniformidad tuvo algunos elementos finales de incertidumbre que podríamos resumir en los siguientes:

a) Demanda conjunta entre entidades públicas y profesionales sanitarios individualmente demandados[7]. Esta cuestión se analiza en la (RJ 2000\9197) doctrina que puede verse la Sentencia Tribunal Supremo núm. 942/2000 (Sala de lo Civil), de 23 octubre, Recurso de Casación núm. 3027/1995 en la que se afirma que "... la jurisprudencia de esta Sala ha venido reconociendo con reiteración, jurisdicción a los órganos judiciales del orden civil para el conocimiento de los litigios relativos a responsabilidad médica cuando han sido demandados conjuntamente los servicios estatales de la Seguridad Social, INSALUD, o las instituciones equivalentes de las Comunidades Autónomas a las que se han transferido competencias en esa materia, y los médicos que prestan sus servicios en los centros sanitarios dependientes de aquellos organismos. En supuesto idéntico por razones temporales al actual, así lo declara la reciente Sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508), con abundante cita jurisprudencial, cuyo fundamento jurídico tercero damos aquí por reproducido en aras a evitar ociosas repeticiones. Como consecuencia de

(6) En este punto parece que comenzó a haber un punto de encuentro entre los órdenes jurisdiccionales civil y administrativo. Así la (RJ 2001\5674) la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/2001 (Sala de lo Civil), de 11 junio, Recurso de Casación núm. 1306/1996 en la que se señala que "(...) Además, si en las sentencias más recientes de esta Sala ha venido a reafirmarse la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de reclamaciones semejantes incluso en el período comprendido entre la entrada en vigor de la Ley 30/1992 en su primera redacción y la última redacción del art. 9.4 LOPJ, simultánea a la entrada en vigor de la nueva LJCA y a la reforma de la propia Ley 30/1992 [SSTS de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000\9197) en recurso 3027/1995, de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10124) en recurso 2621/1998 y de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001\4764) en recurso 882/1996], con mayor razón habrá de declararse para conocer de la reclamación planteada en el proceso causante de este recurso de casación (...)". La (RJ 2000\1508) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 239/2000 (Sala de lo Civil), de 7 de marzo, Recurso de Casación núm. 1694/1995, analiza, incluso, la competencia civil hasta el momento del desarrollo reglamentario de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

(7) Sobre el tema, con carácter general, puede verse el libro de PLAZA PENADES, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Cizur Menor, Navarra, 2002.

esta doctrina jurisprudencial ha de aceptarse este primer motivo del recurso lo que comporta la casación y anulación de la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar en el examen del segundo motivo formulado como subsidiario del primero, y declarar la competencia de los órganos del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de este litigio..."[8].

b) Concurrencia con las Administraciones Públicas de entidades aseguradoras contratadas por las mismas para asumir el riesgo de la responsabilidad patrimonial a la que pudieran ser condenadas las mismas.

Esta situación suponía, *de facto,* una nueva fisura en la tendencia a la unidad jurisdiccional que es la que justifica la modificación que se comenta seguidamente. Desde una perspectiva competencial en estos supuestos se mantenía la competencia residual del artículo 9.2 de la LOPJ y, como consecuencia de aquélla, la competencia del orden jurisdiccional civil[9].

En este estado de cosas y para intentar remediar la disociación de fuero se promueve una reforma del apartado 4 del artículo 9 de la LOPJ que pasa a tener la siguiente redacción: "4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduz-

(8) Se trataba de una doctrina consolidada. Así la (RJ 1997\5208) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/1997 (Sala de lo Civil), de 24 de junio, Recurso de Casación núm. 2128/1993, "(...) Si la competencia del orden civil no estuviera, que lo está claramente atribuida, al orden jurisdiccional civil (no se habían, a la sazón, suscitado las dudas producidas por la Ley de 26 de noviembre de 1992 [(RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246) y Reglamento de 26 de marzo de 1993 (RCL 1993\1394, 1765)], la atribución al orden civil sería también inexorable porque en el caso se demanda a médicos, a título particular junto con la Administración Autonómica, y en tales casos la jurisprudencia abona la solución a favor del orden civil [*vid.* Sentencias de 20 de junio de 1994 (RJ 1994\6026), 8 de junio de 1994 (RJ 1994\4899) y 18 de mayo de 1994 (RJ 1994\4098)], porque demandados particulares y Administración no pueden desdoblarse en dos órdenes de conocimiento de la cuestión, ni hacer quebrar la continencia de la causa, con el riesgo de resoluciones diferentes [*vid.* Sentencias de 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985\6591), 14 de octubre de 1986 (RJ 1986\5788), 25 de octubre de 1989 (RJ 1989\6964), 24 de enero de 1990 (RJ 1990\20), 17 de julio de 1992 (RJ 1992\6433), 1 de febrero de 1993 y 20 de junio de 1994 (RJ 1994\6026)] (...)".

(9) Como muestra de esta doctrina puede citarse la (RJ 2002\4151) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 199/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de marzo, Recurso de Casación núm. 2992/1996, en la que se señala que "(...) La razón jurídica para denegar la competencia del sector jurisdiccional contencioso-administrativo radica exclusivamente en la doctrina de la *vis atractiva* del orden civil que es aplicable, según la Jurisprudencia de esta Sala, cuando tratándose de una reclamación patrimonial por daños derivados de un acto ilícito (extracontractual) se demanda a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, y que tiene un sólido fundamento en la consideración de que al no poder ser llevados aquellos particulares ante la jurisdicción contencioso-administrativa debe evitarse la consiguiente división de la continencia de la causa al tener que actuar el perjudicado ante dos órdenes jurisdiccionales diferentes, *ratio* que ha sido resaltada en el reciente Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001, en el que se dice que 'tal alternativa (se hace referencia a la de entablar dos procesos distintos ante dos jurisdicciones diferentes), al margen de los problemas de economía procesal y riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva'."

can en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. *Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas*[10]*."*

Sobre esta base podemos establecer las siguientes reglas aplicativas:

– Cuando la responsabilidad administrativa se imputa a la Administración directamente no cabe duda alguna de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cualquiera que sea la naturaleza de la entidad pública a la que fuese imputable la acción u omisión que justifica la existencia de responsabilidad.

– Cuando la responsabilidad se demanda conjuntamente a la Administración y a los profesionales sanitarios presuntamente causantes del daño la competencia corresponde directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa que debe realizar todas las precisiones y condenas relativas a unos y otros.

– Cuando la responsabilidad que se demanda alcanza a la Administración Pública (con o sin los profesionales presuntamente causantes del daño) y las entidades aseguradoras que pueden haber contratado las mismas para cubrir tal responsabilidad y siempre que la acción trate de obtener la condena conjunta de ambos (ya sea solidaria, mancomunadamente de forma directa o subsidiaria). En este supuesto la competencia es la de la jurisdicción contencioso-administrativa.

– Finalmente si la responsabilidad se demanda directamente de la entidad aseguradora sin accionar conjuntamente con la Administración Pública, la competente será la jurisdicción civil. Igualmente y si la demanda es directa contra los agentes intervinientes en el proceso sin referencia alguna a la Administración Pública la competencia corresponderá a esta jurisdicción. En ambos casos no puede obtenerse una condena de la Administración ni de carácter solidario ni subsidiario.

(10) La cursiva es nuestra.

Al tema del aseguramiento de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas se refiere GAMERO CASASO, E., "Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas...", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 103, julio-septiembre, Madrid, 1999.

B) La Ley de Medidas Específicas en materia de Seguridad Social

Las modificaciones que se analizan en uno de los apartados siguientes al que resulta imprescindible remitirse en este momento, se introducen en la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de medidas específicas de seguridad social y afectan a las siguientes cuestiones:

– Artículo 23 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre. Modificación de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con los actos de seguridad social no prestacionales.

Se da nueva redacción al apartado b) del número 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que queda redactado en los términos siguientes: "b) De las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarifación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social. Asimismo, quedan excluidas de su conocimiento las resoluciones en materia de gestión recaudatoria dictadas por su respectiva Entidad Gestora en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social, así como las relativas a las actas de liquidación y de infracción".

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA CONOCERÁ DE LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LA ASEGURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN, QUE SIEMPRE SERÁ PARTE CODEMANDADA JUNTO A LA ADMINISTRACIÓN ASEGURADA

– Disposición Adicional Primera de la Ley 52/2003 en relación con la potestad sancionadora.

Se añade un nuevo apartado 2 en el artículo 96 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, pasando su actual contenido a constituir el apartado 1 del mismo, todo ello en los siguientes términos: "2. Las resoluciones relativas a las sanciones que las Entidades de las prestaciones impongan a los trabajadores y beneficiarios de prestaciones, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social, previa reclamación ante la Entidad Gestora competente en la forma prevista en el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril".

La simple mención de las reformas en la materia nos demuestra que el linde entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción social es, como tradicionalmente se viene indicando, movible y está sometido a continuos cambios. En este caso se trata de cambios parciales sobre materias –que como más adelante se verá– tienen un contenido y una extensión más amplia que el legislador ha dejado para otro momento posterior y de las que puede decirse, por tanto, que lejos de solucionar las controversias generales en la materia lo que hacen es prolongar la agonía definitoria con soluciones parciales.

C) Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario[11]

La publicación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal al Servicio del Sistema Nacional de Salud supone una importante innovación en la definición del régimen jurídico del personal al servicio del Sistema Nacional de Salud. Desde una perspectiva jurisdiccional el Estatuto Marco no parece que haya producido una innovación que pueda calificarse de importante y se mantiene en el esquema de enjuiciamiento preexistente que venía siendo objetado, en razón, fundamentalmente, a su fragmentación producida como consecuencia de la paulatina asunción de las responsabilidades gestoras por la Administración General del Estado y de la ruptura del aislamiento tradicional que se había producido en las normas de seguridad social –en general– y de las del personal al servicio de las mismas –en particular–. Analicemos este planteamiento aunque sea de una forma ciertamente sintética.

a) El planteamiento histórico: un apunte breve sobre la situación de partida

El artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social estableció la competencia de los juzgados y tribunales del orden social para conocer de las pretensiones que se pudieran ejercer por el personal de la seguridad social contra las entidades gestoras de la seguridad social.

La formulación taxativa fue perdiendo contundencia. Primero, con el sometimiento al régimen general del empleo público del personal funcionario de la seguridad social que llevó a cabo la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública y que trajo como consecuencia el sometimiento al fuero jurisdiccional contencioso-administrativo de las cuestiones que se susciten en la aplicación del estatuto. Segundo, con la progresiva supresión de la dependencia del personal estatutario de la sanidad pública del ámbito de organización y dirección de las respectivas entidades gestoras y su asunción por el Estado, que se traduce en la administrativación de grandes parcelas del régimen estatutario entre las que se incluyen las relativas a la selección, al régimen disciplinario, a las incompatibilidades.

(11) Sobre el tema puede verse el trabajo de CASTILLO BLANCO, F., "Marco Normativo de los médicos al servicio de la Sanidad Pública. Naturaleza jurídica del vínculo y el instrumento para la definición del mismo", *Manual Jurídico de la Profesión Médica*, por nosotros coordinado, Madrid, 1998.

b) La publicación de la Ley 53/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal al Servicio del Sistema Nacional de Salud

El proceso descrito en el apartado inmediatamente anterior trajo como consecuencia la parcelación del régimen revisor del estatuto del personal al servicio del SNS de forma que las cuestiones que hemos denominado como administrativizadas se conocen ante la jurisdicción contencioso-administrativa y el resto se mantiene bajo el amparo del ya viejo artículo 45 de la Ley General de Seguridad Social y, por tanto, en el ámbito de revisión de la jurisdicción social.

Es cierto, no obstante, que esta opción normativa debe insertarse en el marco normativo que el citado Estatuto establece y que establece el artículo 3 del mismo cuando afirma que "...En desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los Estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada Servicio de Salud...". En consecuencia el nuevo esquema de fuentes parte de escindir el concepto de estatuto de los funcionarios públicos a los que se refiere el artículo 103.3 CE y configura ahora uno específico para el Sistema nacional de Salud que puede ser desarrollado por las Comunidades Autónomas y cuya normativa de función pública general es la que opera con carácter y condición de norma supletoria.

Así se deduce además de la Disposición Final Primera del citado Texto cuando señala que "...1. Las disposiciones de la presente Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, por lo que las mismas constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación..."[12].

Desde esta perspectiva podemos indicar que la nueva regulación deroga la normativa substantiva anterior pero no ha modificado de una forma expresa el fuero jurisdiccional que venía conociendo, hasta el momento, de los diferentes asuntos. Es claro, por tanto, que la opción procesal debe considerarse continuista y que el propósito del legislador del Estatuto Marco es el de no alterar el régimen de resolución de conflictos preexistente que pasa, como venimos indicando, por una excisión en la que cuestiones como la selección,

(12) En razón a lo anterior se establece, en la Disposición Derogatoria, que "(...) 1. Quedan derogadas, o se considerarán, en su caso, inaplicables al personal estatutario de los Servicios de Salud, cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en la presente Ley y, especialmente, las siguientes: a) El número 1 del artículo 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. b) El Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud y las disposiciones y acuerdos que lo complementan y desarrollan. c) La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatuario de los Servicios de Salud. d) El Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. e) El Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan. f) El Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, con excepción de su artículo 151, así como las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan. g) El Estatuto de Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 5 de julio de 1971, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan (...)".

la disciplina, las incompatibilidades y la provisión de puestos es conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa mientras que el resto de materia sigue en el seno de la jurisdicción social.

II. EL NUEVO MARCO COMPETENCIAL DE LOS ÓRGANOS UNIPERSONALES DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Como se señalaba anteriormente una línea central de las reformas comentadas es la ampliación de las competencias de los órganos unipersonales del orden contencioso-administrativo que responde a dos ideas básicas: uno, el éxito que los mismos han obtenido en su actuación desde su implantación de 1998; dos, la superación de la concepción cicatera y, en gran parte, complicada y artificial configuración de las materias atribuidas a las mismas sobre la base de la diferenciación substantiva de materia y la estructuración del ejercicio sobre las mismas en función de la cuantía[13]. La realidad ha justificado la afirmación inicial y los datos conocidos a esta fecha hacen que –con las prevenciones que se quiera– pueda afirmarse que estos órganos jurisdiccionales tienen una mayor capacidad que la que desarrollan o, al menos, que el crecimiento y la expansión sobre la base de los mismos es mejor, en sus justos términos, que el de hacerlo sobre la base de órganos colegiados[14].

Una vez hechas estas afirmaciones podemos indicar que las modificaciones introducidas en la LRJCA lo han sido en dos normas: –La Disposición Adicional Decimocuarta de la LPOJ que reforma la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa[15];– El artículo 86 de la Ley 62 /2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Las reformas podemos sistematizarlas en las formas que se analizen en los apartados que siguen.

(13) Sobre el tema puede verse el trabajo de DELGADO PIQUERAS, F., en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Dir: LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M., Valladolid, 1999.

(14) Con carácter general puede verse el trabajo de CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., "El diseño competencial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo establecido por la Ley 29/1998, de 13 de julio", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, abril-junio, Madrid, 1999.

No obstante, la aceptación generalizada no puede considerarse unánime. Como muestra de la disidencia puede verse el trabajo de BOCANEGRA SIERRA, R., "Consideraciones sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa (modelo español y modelos comparados)", *Revista de Administración Pública*, núm. 161, mayo-agosto, 2003.

(15) Esta modificación se introduce en una Disposición Adicional de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A) Competencia objetiva

En concordancia con la reforma introducida en el artículo 9.4 de la LOPJ en materia de responsabilidad patrimonial cuando se trata de conseguir la responsabilidad solidaria con personas físicas o jurídicas diferentes a la Administración se modifica el artículo 2.e) de la LRJCA que queda redactado de la siguiente forma: "e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

Esta reforma substantiva se completa con la redefinición del concepto de demandado en el seno del proceso contencioso-administrativo que podemos referenciar de la siguiente forma: "1. Se considera parte demandada: a) Las Administraciones Públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 13 contra cuya actividad se dirija el recurso. b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante. *c) Las aseguradoras de las Administraciones Públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren*[16]".

LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONOCERÁN DE LOS RECURSOS CONTRA ACTOS DE LAS ENTIDADES LOCALES, CON EXCEPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

El alcance de dicha reforma ha sido analizada al hilo del comentario al propio artículo 9.4 de la LPOJ a la que resulta obligado remitirse en este momento indicando, eso sí, que se trata del correlato lógico de dicha reforma y que tiene por objeto establecer que las aseguradoras de la Administración tienen expresamente la condición de parte demandada.

B) Competencia orgánica

Incluimos en este apartado las referencias a las modificaciones de las competencias de los distintos órganos jurisdiccionales del ámbito contencioso-administrativo. Son las siguientes:

a) Juzgados provinciales

La reforma del haz competencial de los juzgados contencioso-administrativos pasa por la reforma del artículo 8 de la LRJCA conforme al siguiente esquema:

(16) La cursiva es nuestra.

a') Administración Local

Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en única o primera instancia según lo dispuesto en esta Ley, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Entidades locales o de las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.

De ésta podríamos indicar que el Juzgado provincial se convierte en el "juez natural y universal" de los actos de las entidades locales mientras que la Sala de lo contencioso-administrativo del respectivo Tribunal Superior de Justicia se reserva el conocimiento de las Disposiciones generales (o asimilados –como ocurre con los instrumentos de planeamiento–). Desde una perspectiva diferencial y sin ninguna pretensión de exhaustividad podemos indicar que dicha competencia permite entender incluidas (sin ningún ánimo de exhaustividad ya que como se ha dicho se trata de un juez universal) la totalidad de las cuestiones de personal –aunque impliquen separación del servicio–; la materia tributaria y recaudatoria, las licencias y autorizaciones en su conjunto (frente a la limitación de temas y cuantía que regía anteriormente), la contratación administrativa, la responsabilidad patrimonial y las potestades expropiatorias.

En suma y como se indicaba anteriormente se trata del juez natural de todos los actos administrativos dictados por las Entidades locales o cualquiera de las personificaciones de Derecho público vinculados o dependientes de las mismas.

b') Administración de las Comunidades Autónomas

Conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las Comunidades Autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto:

a) Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera.

b) Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses.

c) Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros[17].

La modificación es aquí de una relativa importancia ya que se ha limitado a suprimir el carácter limitativo de las clases de sanciones revisables generalizando la impugnación de las

(17) Esta incorporación fue expresamente propuesta por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe emitido con motivo del dictamen previo a las modificqaciones en cuestión. Indicaba el mismo "la razón de estas dos sugerencias radica en que la experiencia aconseja que se atribuya a los juzgados las reclamaciones de no escesiva cuantía en materia de responsabilidad patrimonial, al margen de cual sea el órgano que resuelve la reclamación (...)"

sanciones y poniendo únicamente como límite el que ya figuraba en la normativa inicial, esto es, que no supere los 10 millones de pesetas y que el cese o privación de derechos no supere el período temporal de seis meses. Se adicionan los supuestos de responsabilidad patrimonial –al igual que se ha hecho con las Entidades locales– , si bien, en el supuesto de las Comunidades Autónomas con la limitación de que su cuantía no supere los 30.500 euros.

c') Administración General del Estado

Su ámbito competencial queda configurado en la siguiente forma:

– Conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela.

Se exceptúan los actos de cuantía superior a 60.000 euros dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, o cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales.

– Conocerán, igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado.

Con independencia de lo anterior se les atribuye, con carácter general, los siguientes asuntos:

– Corresponde conocer a los Juzgados de las impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral.

– Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental[18].

(18) El conocimiento de los asuntos está sometido al siguiente régimen transitorio caracterizado en la siguiente forma: "(...) *Disposición Transitoria Décima. Régimen transitorio de los procesos pendientes en las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.* Los asuntos de los que estén conociendo los Tribunales Superiores de Justicia que pudieran estar afecta-

La novedad más relevante de esta modificación es la que supone la atribución a los juzgados provinciales de los actos dictados en materia de extranjería siempre que los mismos procedan, según la legislación substantiva respectiva, de las autoridades que conforman la Administración Territorial de la AGE.

b) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo

Simétricamente con la anterior reforma ampliatoria de las competencias de los órganos unipersonales el nuevo artículo 9 de LRJCA pasa a tener la siguiente redacción

> "Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto:
>
> a) En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores, o 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.
>
> b) En única o primera instancia contra los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado en los supuestos previstos en el apartado 2.b) del artículo 8.
>
> a) En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y 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, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra i) del apartado 1 del artículo 10.
>
> d) En primera o única instancia, de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros.
>
> e) En primera instancia, de las resoluciones que acuerden la inadmisión de las peticiones de asilo político."

dos por la modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa efectuada por la Disposición Adicional Decimocuarta de la presente Ley Orgánica, continuarán tramitándose por los mismos hasta su finalización. A los asuntos que se registren a partir de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, les será de aplicación la distribución de competencias establecida por la modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la que se refiere el párrafo anterior (...)"

c) Valoración inicial de la reforma: el reto pendiente

La reforma orgánica y competencial que sucintamente acaba de referirse debe merecer, a buen seguro, una valoración positiva que es consustancial a la que ha merecido, hasta el momento, la puesta en funcionamiento y la actuación de los órganos unipersonales en el seno de lo contencioso-administrativo.

Es lo cierto que esta valoración positiva se funda esencialmente en una cuestión esencial: la simplificación de las reglas de atribución competencial con la supresión (o, para ser más exactos, la reducción) de las limitaciones por razón de materia y de los cortes competenciales por razón de la materia[19] y remisiones competenciales por razón de la apreciación tardía o discutida de la cuantía del procedimiento que dicho sea de paso no es una cuestión que forme parte del acervo jurisdiccional contencioso-administrativo frente a otras jurisdicciones –como la civil esencialmente– en la que dicho elemento ha sido central en la configuración del proceso en dicha instancia.

LA REFORMA ORGÁNICA Y COMPETENCIAL MERECE UNA VALORACIÓN POSITIVA, AUNQUE SUPONE UN IMPORTANTE INCREMENTO DE TRABAJO QUE EXIGIRÁ LA RECONFIGURACIÓN DE LA PLANTA JUDICIAL

La valoración positiva debe, no obstante, quedar en suspenso o sometida a una cláusula operativa: supone un importante incremento de trabajo (se calcula que entre el 25 y el 30 por ciento sobre los volúmenes actuales) lo que, para mantener la operatividad actual, exigirá la reconfiguración de la planta judicial[20].

(19) Esta técnica fue criticada por BOCANEGRA SIERRA, R., "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, octubre-diciembre, 1998, pág. 152, en la que afirma que "(...) no se conciben, pues, como órganos jurisdiccionales de competencia general y plenaria, sino que su competencia se ordena alrededor de una serie de materias cuya conexión sistemática es muy dudosa, por no decir inexistente (...)".

(20) Esta observación fue realizada en estos mismos términos por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe que emite con carácter preceptivo al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial en la que se contiene la reforma de la LRJCA. En dicho Informe se indica, textualmente, que "(...) En este sentido deben advertirse dos cosas a la hora de hacer ese trasvase competencial. De un lado, que para que se juzgue conveniente no puede implicar una excesiva carga de trabajo en los Juzgados y, a su vez, deben barajarse que en muy buena medida esos asuntos serán reenviados a las Salas en segunda instancia. En definitiva, para juzgar la bondad de esa 'descarga' debe estarse a las estadísticas que den cabal noticia de cuál sea el resultado final. A la vez hay que tener presente que todas aquellas materias que se pasen a los Juzgados en primera o única instancia, quedan sustraídas del recurso de casación (...) En todo caso la bondad de estas reformas dependen en muy buena medida de la cifra de asuntos que los juzgados puedan realmente soportar. Acudiendo a las 'grandes cifras' habría que saludar positivamente la reforma pues según las estadísticas del Consejo, la suma del régimen local más la de extranjería alcanza un total de 23.806 asuntos, lo que repartido entre 174 juzgados, arroja una sobrecarga de 136 asuntos por órgano unipersonal; ahora bien, para llegar a una conclusión certera de lo que supone este trasvase hay que ir ya a cada territorio y analizar las consecuencias (...)"

En relación con la situación de la justicia administrativa puede verse el trabajo de SÁNCHEZ MORÓN., M, "Sobre la situación de la justicia administrativa en los albores del siglo XXI", *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001.

Los estudios previos realizados por el Ministerio de Justicia en este orden de cuestiones nos permiten indicar en línea con lo que anteriormente se ha señalado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial que la reforma producida supone, aproximadamente y de forma no homogénea ya que algunas materias tienen un alto componente de localización geográfica, un incremento de trabajo sobre la situación del 25 al 30 por ciento, lo que obligará, sino de inmediato sí en un entorno temporal muy próximo, a la modificación de la planta judicial y a la creación de órganos jurisdiccionales de nuevo cuño para cubrir esta ampliación.

Desde otra perspectiva esto debe suponer una "descarga" del volumen de asuntos ingresados en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas lo que les debe permitir asumir la tarea de actualización de los asuntos que, en muchos casos, penden ante los mismos y que constituyen el mayor volumen de pendencia actual en esta jurisdicción.

De esta forma, la creación de algún nuevo órgano jurisdiccional de carácter unipersonal y el mantenimiento de la capacidad resolutoria de los órganos colegiados deben coadyuvar –en el esquema y con las premisas propuestas– a conseguir una justicia administrativa dotada de mayor rapidez y celeridad.

Al margen de estos problemas operativos es cierto que la reforma supone un paso más en la generalización de una primera instancia en sede de órganos jurisdiccionales de carácter unipersonal que va colocando a los órganos jurisdiccionales colegiados ante el conocimiento de asuntos de importancia, la fiscalización de las disposiciones de carácter general (de las distintas administraciones públicas) y los asuntos que realmente tienen una repercusión económica relevante.

Se trata de un nuevo esfuerzo por conseguir que el recurso contencioso-administrativo esté dotado de una agilidad y una capacidad de respuesta (al menos en su primera instancia) de la que a menudo ha carecido en los años precedentes. Esta capacidad de respuesta produce un efecto de doble orden: por un lado, abunda en la idea de un servicio más eficaz para los ciudadanos en el marco de un servicio público que necesita configurarse realmente como tal; y, por otro, está llamado a generar un panorama diferente en la vertebración del control de la Administración Pública. La mayor capacidad de respuesta agudiza y hace sentir a la Administración Pública el verdadero sentido del control. El tiempo se configura como un elemento central para la configuración de un verdadero sistema de control. En este punto podemos indicar que la generalización de la primera instancia –al menos para el ciudadano– en un tiempo razonable y con una capacidad de respuesta razonable en la fase de ejecución de las resoluciones judiciales es una medida que acabará dando verdadero sentido al control jurisdiccional de la Administración Pública al evitar que la dilación temporal produzca transformaciones de la realidad de tal calibre que la única solución posible acabe siendo siempre la indemnizatoria.

En consecuencia y como resumen, valoración positiva y precaución por una medida que debe ir acompañada por la reforma y ampliación consiguiente de la planta judicial y sin la cual lejos de ser una solución acabará siendo un problema.

C) Reforma de las reglas de aplicación del procedimiento abreviado[21]

Como es sabido el procedimiento abreviado se incorpora a la inicial LRJC en la tramitación parlamentaria de la misma y fue, sin duda, una de las grandes y discutidas apuestas de aquélla porque suponía la introducción en un proceso esencialmente escrito –hasta ese momento– de elementos de oralidad y de aproximación al proceso de primera instancia del resto de órganos jurisdiccionales[22]. El tiempo ha demostrado que la apuesta no era incorrecta y que este procedimiento admite ser aplicado a más asuntos sin merma alguna de garantías.

Fruto de este proceso y para conseguir una mayor operatividad del procedimiento en cuestión se reforma el artículo 78.1 de la LRJCA que queda redactado de la siguiente forma: "1. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de este orden jurisdiccional conocen por el procedimiento abreviado de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 13.000 euros".

En consecuencia:

– El límite de 500.000 pesetas pasa a 13.000 euros, esto es, se produce un aumento indiscriminado por razón de la cuantía que sitúa dicho procedimiento en un umbral de mayor utilización que en la actualidad donde la limitación económica lo situaba en un entorno ciertamente residual.

– Se incluyen en este procedimiento las pretensiones relativas a extranjería y a admisión de asilo político. Sobre este punto es necesario recordar que la regulación de la extranjería ha sido también objeto de una importante modificación con la publicación de la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, de la Ley Orgánica 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta normativa ha simplificado el procedimiento administrativo y por ende el tipo (en función de los actos administrativos impugnables) de recursos que pueden ser inter-

(21) En relación con este procedimiento puede verse el libro de CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. y ZAPATA HIJAR, J., *El procedimiento abreviado en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cizur Menor, Navarra, 2002. Asimismo puede verse el trabajo de SAÍNZ MORENO, F., "El procedimiento abreviado", en la Obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Dir. LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., Valladolid, 1999.

(22) En relación con este procedimiento puede verse el trabajo de BORRAJO INIESTA, I., "Comentarios a la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998", *Revista Española de Derecho Administrativo*, octubre-diciembre, 1998, págs. 562 y ss.

puestos en sede jurisdiccional. De esta forma el nuevo artículo 25 bis establece los tipos de visado que, de conformidad con el apartado segundo del mismo[23], adquiere la condición necesaria para acceder al territorio español.

Este artículo 25 bis establece los siguientes tipos de visado:

> "(...) Tipos de visados. Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de alguno de los siguientes tipos de visados, válidamente expedidos y en vigor, extendidos en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley.
>
> a) Visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español.
>
> b) Visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.
>
> c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.
>
> d) Visado de trabajo y residencia, que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir.
>
> e) Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación. Reglamentariamente se desarrollarán los diferentes tipos de visados."

El nuevo régimen del visado conlleva, además, la obligación de solicitar en la Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España el mismo. La concesión de visado produce los siguientes efectos:

> "a) Habilita al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada.
>
> b) Habilitará al extranjero, una vez que se ha efectuado la entrada en el territorio español a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta sanitaria de extranjero (...)".

Desde esta perspectiva y sin perjuicio de que el artículo 36 de la LODYLE mantiene la vigencia de la exigencia de autorización administrativa para trabajar es lo cierto que la

(23) La nueva redacción del apartado 2 del artículo 25 de la Ley Orgánica establece que "(...) Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado (...)"

misma sólo podrá recaer en quien ostente un visado que habilite para tal circunstancia y que, como se ha visto, es únicamente, el "visado de trabajo y residencia", que, como anteriormente se ha visto es el que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir[24].

D) Incidente de extensión de sentencias

El incidente de extensión de sentencias fue, sin duda, otra de las novedades de la Ley de 1998 y tenía como justificación esencial la de intentar aliviar el funcionamiento de los juzgados y tribunales en los asuntos repetitivos y de similar materia. Así lo señalaban ÁLVAREZ CIENFUEGOS y GONZÁLEZ RIVAS cuando indicaban que "... este artículo pretende dar respuesta a una situación cada día más frecuente en los tribunales contencioso-administrativo, nos estamos refiriendo a la pluralidad de recursos que, teniendo un mismo objetivo, afectan a una pluralidad de personas (...)" [25].

EL INCIDENTE DE EXTENSIÓN DE SENTENCIAS NACIÓ CON EL FIN DE ALIVIAR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES EN LOS ASUNTOS REPETITIVOS Y DE SIMILAR MATERIA

Es cierto que la instauración de esta figura iba acompañada de otras adicionales como la prevista en el artículo 37 de la LRJC relativa al denominado "proceso testigo".

En este estado de cosas podemos indicar, ahora, que no es nuestro propósito, en este momento, establecer una crítica fundada de ambas regulaciones. Nos limitaremos a indicar que no han funcionado en la realidad y que uno de los motivos fundamentales era su concepción (incluía el acto consentido en vía administrativa[26]) y su diseño procesal (que hacía apelables todos los autos dictados en esta materia con independencia de

(24) Sobre la norma precedente puede verse el comentario dirigido por ASENSI SABATER, J., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, 2001; AJA, E. (Coord) y otros, *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, 2000; CAMPO CABAL, J.M., *Comentario a la Ley de Extranjería*, Madrid, 2001; MOYA ESCUDERO, M., *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001; Asimismo, puede verse el trabajo de LÓPEZ BENÍTEZ, M., en "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, octubre-diciembre, 1998, el de TOLEDO JAUDENES, J., "Extensión *ultra partem* de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución", *Revista de Administración Pública*, núm. 109, Madrid, 1986 y el de GÓMEZ DIAZ, A.B. "La eficacia de las sentencias contencioso-adminstrativas entre la dogmática y la ingeniería judicial", *Revista de Administración Pública*, núm. 144, Madrid, 1997.

(25) ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ y GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Cizur Menor, Navarra, 1998, pág. 314.

(26) Esta inclusión está tratada en el trabajo de LÓPEZ BENITEZ, M., ob. cit., pág. 787.

la cuantía y de la materia. Se trataba, por tanto, de una vía "castigada", en términos procesales, que, como consecuencia de esto no fue utilizada en sí misma ni en cuanto instrumento de apoyo o solución final en el supuesto del proceso "testigo". Añádase a lo anterior las dificultades de conseguir, en muchos casos, un pronunciamiento previo de la Administración sobre el tema lo que convierte, en el plano substantivo y real, muy dificultosa la extensión por falta real de conocimiento de si se da la identidad substantiva entre el supuesto conocido en la sentencia cuya extensión se pretende y la petición que, en este momento, se curse.

Estas cuestiones han intentado ser solucionadas por la reforma de la LRJCA conforme al siguiente esquema:

– El artículo 110 queda redactado de la siguiente forma:

> "(...) 1. En materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurran las siguientes circunstancias:
>
> a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
>
> b) Que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
>
> c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de la Ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste.
>
> 2. La solicitud deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos.
>
> 3. La petición al órgano jurisdiccional se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 de este artículo.
>
> 4. Antes de resolver, en los veinte días siguientes, el Juez o Tribunal de la ejecución recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos y, en todo caso, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de tres días, con emplazamiento, en su caso, de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión. Una vez evacuado el trámite, resolverá sin más por medio de auto, en el que no podrá reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate.

5. El incidente se desestimará, en todo caso, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si existiera cosa juzgada.

b) Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99.

c) Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.

6. Si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la Ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso.

7. El régimen de recurso del auto dictado se ajustará a las reglas generales previstas en el artículo 80."

Podemos resumir las novedades de esta nueva regulación conforme al siguiente esquema:

– El incidente de extensión deja de tener una vía administrativa previa para convertirse en un incidente de tramitación judicial únicamente en la que, eso sí, se habilita al órgano jurisdiccional a solicitar de la Administración correspondiente un informe sobre los aspectos substantivos (similitud del asunto, igualdad fáctico-jurídica, etc.). Los aspectos jurídico-procesales deben ser observados por el propio órgano jurisdiccional.

– Se admite el emplazamiento y formulación de alegaciones de los eventuales interesados triangulares que podrían haber sido parte procesal si en vez de este procedimiento se hubiese utilizado el del procedimiento ordinario.

– No se admite la extensión de la sentencia en los supuestos en los que existiese una situación previa de acto administrativo consentido.

Estas modificaciones se completan con el régimen de apelación de los autos dictados por los órganos jurisdiccionales en esta materia. Esta modificación se articula con la modificación del artículo 80.2 de la LRJCA en la siguiente forma: "2. La apelación de los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en los supuestos de los artículos 110 y 111, *se regirá por el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende*".

En consecuencia el régimen de apelación será el mismo que el de la sentencia cuya extensión se pretenda de forma que si ésta lo es lo será, también, el auto que se dicte en este incidente y, por el contrario, si aquélla no lo es tampoco lo será éste. Esta simetría pro-

cesal debe solucionar el problema central del incidente y, por ende, el de su operatividad en los términos del artículo 37 de la LRJCA que queda redactado de la siguiente forma: "(...) 1. Interpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas. 2. Cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros. 3. La sentencia se notificará a las partes afectadas por la suspensión, que podrán interesar la extensión de sus efectos en los términos del artículo 111, o bien desistir del recurso. De no hacerlo, se llevará testimonio a los recursos suspendidos".

E) Fuero jurisdiccional para el conocimiento de los asuntos de índole funcionarial del personal de Correos y Telégrafos[27]

La historia reciente de la organización del servicio de correos y telégrafos ha estado sometida a profundos cambios normativos en los últimos tiempos. Con vocación de síntesis podemos señalar que la Ley 24/1998, de Servicios Postales establece una regulación de los mismos: "(...) El objeto de la presente Ley es la regulación de los servicios postales con el fin de garantizar la prestación del servicio postal universal a todos los ciudadanos, satisfacer las necesidades de comunicación postal en España y asegurar un ámbito de libre competencia en el sector 2. Los servicios postales son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público, los servicios regulados en el Título III (...)"[28].

Desde una perspectiva de personal esta regulación se plasma en la regulación que se contiene en la " Disposición Adicional Quinta. Régimen interno aplicable a la Entidad pública empresarial Correos y Telégrafos. 1. La Entidad pública empresarial dispone de auto-

(27) Hasta 1992, su gestión estaba encomendada a una Dirección General. A partir de ese momento se transforma en Organismo Autónomo de carácter comercial. Con carácter general sobre el tema puede verse el trabajo de VILAGRASA ROZAS, Mª. del Mar., "Los servicios postales en un entorno liberalizado: el caso de España", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 118, abril-junio, 2003.

(28) Este régimen se completa en la siguiente forma: Se incluyen en los servicios de ámbito universal: 1. Servicio de Giro; 2. La prestación ordinaria de los servicios postales nacionales y transfronterizos, pudiendo tratarse de cartas y tarjetas postales de hasta 2 Kgrs. y de paquetes postales, con o sin valor comercial, de hasta 10 Kgrs. de peso; 3. Los envíos nacionales y transfronterizos de publicidad directa, de libros, de catálogos de publicaciones, de publicaciones periódicas y los restantes cuya circulación no esté prohibida, se admitirán en régimen de servicio postal universal, siempre que se realice con arreglo a alguna de las modalidades previstas; 4. La prestación de servicios accesorios de certificado y de valor declarado.

nomía para la dirección de su personal, la determinación de su estructura organizativa y la fijación de su régimen retributivo, dejando a salvo las competencias atribuidas a los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda por la legislación general de Función Pública y organización administrativa".

En este estado de cosas se produce la publicación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y cuyo artículo 58 formaliza la constitución de la "Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima" indicando que "(...) Uno. 1. El Consejo de Ministros, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, procederá a la constitución de una sociedad de las previstas en el artículo 6.1.a) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con la denominación de 'Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima', cuyo capital social pertenecerá íntegramente a la Administración del Estado. Cualquier acto de disposición sobre el capital social o de adquisición, directa o indirecta, de participaciones sociales de la sociedad por personas o entidades ajenas a la Administración del Estado exigirá autorización a través de norma con rango de ley (...)"

EL ORDEN CONTENCIOSO CONOCERÁ DE LAS CUESTIONES QUE SE PROMUEVAN ENTRE LA SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS Y LOS EMPLEADOS DE ÉSTA QUE CONSERVEN LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIOS Y PRESTEN SERVICIOS EN LA MISMA

Desde el punto de vista del personal al servicio de dichas organizaciones el apartado siete del citado artículo establece un régimen jurídico que podemos resumir en la siguiente forma "(...) 1. Los funcionarios que presten servicios en situación de activo en la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos en el momento de la inscripción de la escritura de constitución de la 'Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima', pasarán a prestar servicios para dicha sociedad sin solución de continuidad, en la misma situación, conservando su condición de funcionarios de la Administración del Estado en sus Cuerpos y Escalas, antigüedad, retribuciones que tuvieran consolidadas, y con pleno respeto a sus derechos adquiridos con arreglo a lo previsto en este artículo. El resto de los funcionarios de los Cuerpos y Escalas de Correos y Telecomunicaciones permanecerán en la situación administrativa que tuvieran reconocida. 2. Los Cuerpos y Escalas de Correos y Telecomunicación creados en la Ley 75/1978, de 26 de diciembre (RCL 1979\77; ApNDL 6355), de Correos y

Telecomunicación, continuarán adscritos al Ministerio de Fomento, a través de la 'Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima', con el carácter de Cuerpos y Escalas a extinguir (...)"

Ciertamente se trata de una medida normativa peculiar y rupturista, aunque sea con un carácter transitorio, y que consiste en que la gestión de una serie de cuerpos de funcionarios públicos se realice en lo substancial por una Sociedad Estatal en el marco del Derecho público y produciendo auténticos actos administrativos que, obviamente, no se corresponden con la transformación de su naturaleza jurídica a la que nos acabamos de referir.

A partir de ahí el problema teórico está servido y se trataba de analizar y determinar si lo que debe predominar es la naturaleza del acto (que como se ha dicho es formalmente un acto administrativo en el acto del Derecho Público) pese a que el mismo está dictado por una organización que conforme a la tradición jurídica y a la normativa general en vigor[29] predomina la naturaleza del acto, la jurisdicción competente debe ser la contencioso-administrativa aunque para que dicho enjuiciamiento se realice era necesaria o una atribución legal expresa o una modificación del artículo 1.2 de la LRJCA. Como más tarde se analizará este problema se replantea ahora con la modificación indirecta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Frente a esto y sin realizar estas modificaciones era ciertamente difícil entender que una sociedad estatal sometida, en lo substancial, al régimen jurídico privado se mantenga en el conocimiento y producción de auténticos actos administrativos. De ahí que el fuero jurisdiccional competente deba ser aquel que se corresponde con la naturaleza de la entidad en cuestión y que no es otra que la jurisdicción social ante la que está residenciada, con carácter general, el conocimiento de las cuestiones de personal que puedan producirse entre el personal que presta sus servicios en las Sociedades Estatales y estas mismas. Es cierto que si esto se produce subsiste o se crea un problema adicional: la jurisdicción social conociendo de la aplicación del Derecho público funcionarial.

Para solventar esta situación se añade una nueva Disposición Adicional Séptima a la LRJCA, con el siguiente texto: "Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo también conocerán de las cuestiones que se promuevan entre Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, y los empleados de ésta que conserven la condición de funcio-

(29) Nos referimos tanto a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que en su artículo 1 establece que "la presente Ley regula, en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas, la organización y el funcionamiento de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad...". Esta determinación se completa en el artículo 2 indicando que "la Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad a los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo...". Por su parte, el artículo 1.2 de la LRJCA establece que "se entenderá a estos efectos por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las Entidades que integran la Administración Local..."

narios y presten servicios en la misma, en los mismos términos en que conocen las cuestiones que se plantean entre los Organismos Públicos y su personal funcionario, atendiendo a la naturaleza específica de esta relación"[30]. La solución no puede ser calificada como buena o mala. En el plano de lo que venimos indicando cualquier solución era mala en el plano teórico porque significa alterar el régimen común de las Sociedades Estatales o del propio Derecho público funcionarial en último término. Se ha optado por que la jurisdicción que conozca estos asuntos sea la que naturalmente los hubiese conocido de los mismos (prescindiendo por tanto de la naturaleza de la entidad que los dicta) pensando que se trata, en último término, de una medida de carácter transitorio mientras se mantengan en la misma personas pertenecientes a los antiguos cuerpos de funcionarios de los servicios postales.

F) Reformas en materia de multas coercitivas a las autoridades administrativas por el incumplimiento de sus obligaciones

La LRJCA tenía entre sus principales retos conseguir un sistema eficaz de cumplimiento de las sentencias y resoluciones judiciales y el establecimiento de un marco de colaboración de la Administración con los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de trámites que correspondían a la misma para evitar, en uno y otro caso, que los "tiempos muertos" de actuaciones entre la Administración y los órganos jurisdiccionales sean los que propicien la dilación indebida en la resolución de los asuntos.

Para ello se habilitó como instrumento operativo la posibilidad de que los tribunales de este orden pudiesen imponer multas coercitivas que conminaran a las autoridades administrativas a cumplir los requerimientos realizados. Como señaló CÓRDOBA CASTROVERDE "las multas coercitivas son aquellas que pretenden vencer la resistencias de aquel a quien van dirigidas para la realización de una actividad mediante el mecanismo de imposición de multas sucesivas en el tiempo..."[31].

El transcurso del tiempo ha demostrado que el instrumento pudiendo ser eficaz puede, también, llegar a ser disfuncional (sobre todo en materia de ejecución de sentencias) si la autoridad administrativa no es realmente la competente para la ejecución. De hecho la disfuncionalidad deriva a nuestro juicio del incumplimiento más o menos generalizado de la previsión contenida en el artículo 104 de la LRJCA que obliga a que "luego que sea firme una sentencia, se comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél...".

(30) Con carácter general puede verse el trabajo de ROSADO PACHECO, S., *El proceso de personal en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1997.

(31) CÓRDOBA CASTROVERDE, D., "Comentario al artículo 48 de la LRJCA", en la obra colectiva dirigida por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Valladolid, 1999, pág. 264. Ob. Cit. pág. 265 hasta el punto de plantearse si es posible la ejecución directa contra los bienes patrimoniales de la Administración Pública.

Si esta previsión (la de señalar el órgano responsable del cumplimiento) se llevase a término de forma indefectible la reforma ahora producida podría haber resultado innecesaria ya que el incumplimiento de sus obligaciones y requerimientos resultaría indudable con la mera constancia de la recepción de los mismos. Sin embargo, una cierta dejadez común en el cumplimiento del mismo ha generalizado una situación que puede potencialmente ser disfuncional: la de que la multa se imponga a quien realmente no tiene competencia real para el cumplimiento de lo acordado en la sentencia. Este fenómeno se produce, muy a menudo, por la disociación entre las competencias materiales y las presupuestarias. Es lo cierto que, en este estado de cosas, se produce una intimación a quien no es el responsable del cumplimiento y que muchas veces tampoco tiene el rango suficiente para "intimar" –en términos administrativos– al resto de autoridades administrativas que realmente pueden tomar las decisiones en cuestión[32].

Esto es lo que trata de remediar la reforma ahora introducida: intimación certera (la Ley se refiere a la acreditación de la responsabilidad), notificación individual y posibilidad de formular alegaciones. Todo ello constituye un nuevo marco que permite que la esencia inicial a la que respondía la multa coercitiva se "retome" y sea un instrumento coactivo respecto de aquel que tiene la competencia y la obligación para el cumplimiento de las resoluciones judiciales ya sean éstas interlocutorias o definitivas.

En este contexto podemos indicar que la reforma afecta al artículo 48 de la LRJCA, concretamente a los apartados 7 y 8 del mismo. La regulación concreta establece "(...) 7. Transcurrido el plazo de remisión del expediente sin haberse recibido completo, se reiterará la reclamación, y si no se enviara en el término de diez días contados como dispone el apartado 3, *tras constatarse su responsabilidad, previo apercibimiento notificado personalmente para formulación de alegaciones,* se impondrá una multa coercitiva de 300,50 a 1.202,02 euros a la autoridad o empleado responsable. La multa será reiterada cada veinte días, hasta el cumplimiento de lo requerido. De darse la causa de imposibilidad de determinación individualizada de la autoridad o empleado responsable, la Administración será la responsable del pago de la multa sin perjuicio de que se repercuta contra el responsable. 8. Contra los autos en los que se acuerde la imposición de multas a las que se refiere el apartado anterior podrá interponerse recurso de súplica en los términos previstos en el artículo 79"[33].

En el mismo sentido y en fase de ejecución de sentencias se modifica el artículo 112 de la LRJCA para establecer que "(...) Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el Juez o Tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medi-

(32) Al tema del conocimiento del funcionario responsable se refería CÓRDOBA CASTROVERDE, D., ob. cit. que llega a preguntarse si la no concreción del mismo daría lugar a la responsabilidad de la propia Administración.

(33) En relación con este trámite puede verse el trabajo de MÉNDEZ REXACH, A., "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-adminstrativa de 1998", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 100, octubre-diciembre, pág. 422.

das necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento notificado personalmente para formulación de alegaciones, podrá:

a) Imponer multas coercitivas de 150,25 a 1.502,53 a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. *A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48.*

b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder".

Es claro por tanto que la nueva regulación afecta de una forma simétrica a la capacidad de imponer multas coercitivas a las autoridades administrativas que no cumplan con sus obligaciones materiales de remisión de los expedientes o ejecución de sentencias. La nueva regulación exige un juicio, un razonamiento sobre la responsabilidad –en términos jurídicos– de la autoridad administrativa en cuestión y el apercibimiento personal a la misma unida a la posibilidad de formular alegaciones sobre su propia responsabilidad en la ejecución o remisión correspondiente. El nuevo esquema se completa, como acaba de verse, con la posibilidad de interponer recurso de súplica en los términos generales del artículo 79 de la LRJCA.

SE PREVÉ LA IMPOSICIÓN DE MULTAS COERCITIVAS A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS QUE NO CUMPLAN CON SUS OBLIGACIONES DE REMISIÓN DE LOS EXPEDIENTES O EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En suma, una regulación más ponderada y garantista que no merma las posibilidades de coerción pero que habilita el que la autoridad sobre la que se ejerce (y que responde con su propio patrimonio) tenga unos mínimos derechos de defensa o, cuando menos, de audiencia que permitan realmente saber si estamos ante una conducta culpable, negligente o, frente a esto, inimputable.

G) Las modificaciones en materia de contratos de las Administraciones Públicas que afectan al ámbito subjetivo de la Jurisdicción contencioso-administrativa

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contiene la regulación vigente en materia de contratos de las Administraciones Públicas. Con vocación de síntesis podemos señalar que, desde una perspec-

tiva subjetiva[34], la LCAP se centra en esencia en las Administraciones Territoriales ya sea de forma directa ya en forma de personificaciones instrumentales.

Este esquema inicial ha sido modificado en el siguiente sentido "1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior *y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,* siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en la letra b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados".

Desde esta perspectiva nos encontramos con una norma substantiva que ha incluido dentro de la regulación de los contratos administrativos los que puedan celebrar las Sociedades mercantiles de las Administraciones Públicas siempre que creadas para satisfacer específicamente sean sociedades que se hubiesen constituido para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil[35].

Esta circunstancia convierte en contratos administrativos los realizados por estas sociedades mercantiles lo que permite entenderlas incluidas en la prescripción a la que se refiere el apartado b) del artículo 2 de la LRJCA que, recordémoslo, atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa "los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas".

Desde esta perspectiva y al tratarse de auténticos contratos administrativos su fiscalización jurisdiccional debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa. El

(34) En relación con el ámbito subjetivo de esta norma nos remitimos a nuestro propio comentario a los artículos 1 y 2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dir. JIMÉNEZ APARICIO, E., Cizur Menor, Navarra, 2002, 2ª ed., págs. 65 a 91.

En todo caso debe indicarse que el mismo está configurado de una forma dual: de un lado, por la referencia explícita a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, junto con una referencia funcional que incluye los organismos autónomos y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculada o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas de carácter territorial siempre que realicen alguno de los contratos previstos en el apartado 3 del artículo 1 de la misma.

(35) Esta conclusión de la administrativización de los contratos se refuerza con la nueva redacción de la "Disposición Adicional Sexta. Principios de contratación en el sector público" del citado Texto Refundido cuando pasa a indicar que "(...) Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

haber introducido esta reforma sin la correspondiente en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa plantea, en estos momentos, un problema adicional no resuelto: la competencia orgánica dentro de los órganos jurisdiccionales de este orden. A falta de criterio expreso habrá que entender que opera el apartado j) del artículo 10 de la LRJCA y que son los Tribunales Superiores de Justicia los que, en virtud del carácter residual, deben asumir el enjuiciamiento de este tipo de asuntos.

III. UN PASO EN LA DELIMITACIÓN DEL DIFÍCIL CONTORNO RELACIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES SOCIAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Como anteriormente se ha indicado nos corresponde, en este momento, analizar un nuevo intento en la definición del ámbito de enjuiciamiento jurisdiccional de los asuntos de seguridad social centrándonos para ello en las modificaciones introducidas en la Ley de Medidas Específicas de Seguridad Social[36].

No obstante podemos indicar que hace ya muchos años que se vienen recordando las fricciones jurisdiccionales que se vienen produciendo en el enjuiciamiento de las cuestiones de seguridad social. A las razones de esta dificultad nos hemos referido ya en otras ocasiones [37] pero podemos indicar, en este punto, que el proceso de publificación de la seguridad social y la paulatina aplicación del régimen común del Derecho Público hasta convertir la relación en un auténtico vínculo de derecho público que se separaba de su concepción tradicional ligada al contrato de trabajo y a las relaciones laborales es, sin duda, el elemento central de explicación de continuo proceso de fricción entre ambas jurisdicciones.

La relación de seguridad social es una relación que, hoy, se administra por órganos administrativos, conforme al Derecho Público y que constituye una relación pública. Esto ha generado que paulatinamente se hayan publificado muchas de las relaciones jurídicas instrumentales en la gestión de dicho ámbito sectorial. Este proceso ha generado una amplia polémica sobre la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de las cuestiones de seguridad social que comenzó con las relativas a la propia administración del sistema (contratación administrativa, patrimonio, funcionarios públicos, etc.), que, más tarde, se centró en la recaudación de recursos manteniendo únicamente, en el ámbito social, el tema prestacional en su integridad. Las reformas que se analizan demuestran que el límite sigue siendo inestable. Son las siguientes:

– Artículo 23. Modificación de la Ley de Procedimiento Laboral en materia de revisión de los actos de la seguridad social no prestacionales.

(36) Sobre el tema, con carácter general, el trabajo de MERCADER UGUINA, J.R., "La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdicción y el orden contencioso-administrativo tras la nueva LJCA", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. VI, Madrid, 1999. Anteriormente en *La delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social*, Valencia, 1996.

(37) Nos remitimos, fundamentalmente, a nuestro *Derecho Público de la Seguridad Social*, Barcelona, 1993.

Se da nueva redacción al apartado b) del número 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que queda redactado en los términos siguientes: "b) De las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarifación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social. Asimismo, quedan excluidas de su conocimiento las resoluciones en materia de gestión recaudatoria dictadas por su respectiva Entidad Gestora en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social, así como las relativas a las actas de liquidación y de infracción".

Se trata, por tanto, de atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el haz de competencias que se corresponden con la gestión ordinaria de las entidades gestoras de la Seguridad Social y su servicio común, salvo en las materias estrictamente prestacionales que se mantienen en el seno de la jurisdicción social[38].

De esta forma se trata de reunificar en una sola jurisdicción un conjunto de decisiones que, a menudo, tienen una presentación común: los defectos de afiliación tienen repercusión en el ámbito recaudatorio e incluso en el sancionador. La reunificación del fuero puede evitar cuestiones como las que se plantean en la actualidad y es que unos mismos hechos sean enjuiciados (no siempre de forma unitaria) por dos órganos jurisdiccionales de diferentes órdenes[39].

(38) Debe tenerse presente (RCL 2001\3248) lo que ya había establecido la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que añadió una disposición adicional, la vigésima quinta, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en los siguientes términos:

"(...) 1. La tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, que no tengan carácter recaudatorio o sancionador se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades en ella previstas para tales actos en cuanto a impugnación y revisión de oficio, así como con las establecidas en la presente disposición adicional o en otras disposiciones que resulten de aplicación.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los procedimientos relativos a la inscripción de empresas y a la afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de los trabajadores iniciados a solicitud de los interesados, así como los de convenios especiales, en los que la falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá como efecto la estimación de la respectiva solicitud por silencio administrativo".

(39) Con carácter general puede verse el trabajo de SALINAS MOLINA, F., "Competencias residuales del orden contencioso-administrativo en materia laboral y seguridad social: problemas de coordinación", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. VI, Madrid, 1999.

– Remisión al orden social de determinadas infracciones a la normativa sancionadora de carácter social[40].

El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social parte en el artículo 96 de la remisión en bloque de la definición y ordenación de la potestad sancionadora en la materia a lo que establece la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones de Orden Social.

En este punto debe tenerse presente que lo que ahora se realiza es sólo una parte de lo que está pendiente en su conjunto y que no es otra que la previsión contenida en el (RCL 1995\1144) Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, que determina que:

> "(...) 2. Los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las pretensiones sobre:
>
> a) Las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, con las excepciones previstas en la letra b) del apartado 1 de este artículo[41].
>
> b) Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos (...)".

EXISTE UN PROCESO DE PUBLIFICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, HASTA CONVERTIR LA RELACIÓN EN UN AUTÉNTICO VÍNCULO DE DERECHO PÚBLICO, QUE SE SEPARA DE SU CONCEPCIÓN TRADICIONAL LIGADA A LAS RELACIONES LABORALES

En la redacción inicial del Texto Refundido de 1995 se añadía un párrafo tercero, conforme al cual "(...) 3. En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número 2. Dicha Ley determinará la fecha de entrada en vigor de la atribución a la Jurisdicción del Orden Social de las materias comprendidas en el número 2 de este artículo (...)". No obstante esto, en la Disposición Adicional Quinta de la LRJCA se da una redacción al citado artículo 3 que suprime este inciso.

(40) Sobre el tema puede verse el trabajo de FERNÁNDEZ MONTALVO, R., "La impugnación de infracciones administrativas en materia laboral. Problemas de enjuiciamiento. La experiencia del orden contencioso-administrativo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. VI, Madrid, 1999.

(41) El citado apartado b) se refiere a "(...) b) De las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta, así como de las relativas a las actas de liquidación y de infracción (...)"

Se añade un nuevo apartado 2 en el artículo 96 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, pasando su actual contenido a constituir el apartado 1 del mismo, todo ello en los siguientes términos: "2. Las resoluciones relativas a las sanciones que las Entidades de las prestaciones impongan a los trabajadores y beneficiarios de prestaciones, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social, previa reclamación ante la Entidad Gestora competente en la forma prevista en el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril".

Finalmente y en este punto nos encontramos en el período transitorio que estableció (RCL 1998\3063) la Ley 50/1998, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, conforme al cual "(...) 3. En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número 2. Dicha Ley determinará la fecha de entrada en vigor de la atribución a la Jurisdicción del Orden Social de las materias comprendidas en el número 2 de este artículo"[42].

(42) La regulación que da el citado Texto al artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral es la siguiente: "(...) 1. No conocerán los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social:

a) De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho a huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal al que se refiere el artículo 1.3.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997).

b) De las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta, así como de las relativas a las actas de liquidación y de infracción.

c) De las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral, salvo los que se expresan en el apartado siguiente.

2. Los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las pretensiones sobre:

a) Las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, con las excepciones previstas en la letra b) del apartado 1 de este artículo.

b) Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

En relación con la interpretación de esta reforma puede verse el comentario de DESDENTADO BONETE, A., "La nueva Jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social ¿una reforma frustrada?", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. VI, Madrid, 1999.

La modificación que se comenta y se incluye en este apartado no hace sino anticipar muy parcialmente el efecto general de atribución del conocimiento de las sanciones en materia de infracciones al ordenamiento social a la jurisdicción de dicho orden.

No es el momento de someter a debate la oportunidad ni la corrección que el juego normativo expuesto ha realizado para atribuir a la jurisdicción social el conocimiento de las infracciones en esta materia. Se trata de una medida que, como todo en este ámbito dual, puede generar un amplio listado de ventajas e inconvenientes que no es el momento de relatar. Sin embargo, sí puede decirse que la situación transitoria en la que se encuentra esta materia carece de justificación y debería solventarse de una forma general y no con fraccionamientos parciales de la realidad que, todavía, pueden agudizar más la problemática de esta realidad que se configura cada vez más ciertamente compleja.

IV. DOS REFERENCIAS A MODO DE CONCLUSIÓN

Una vez expuestas, de una forma sucinta y con un carácter ciertamente descriptivo, las reformas parciales que se han ido introduciendo en el Ordenamiento administrativo y que tienen una repercusión evidente en el ámbito procesal administrativo, podemos intentar un resumen valorativo de ellas.

Entendemos, como señalábamos al principio, que una de las líneas centrales de la reforma es la de reforzar o ampliar las competencias de los órganos unipersonales del contencioso-administrativo de forma que se consolide la tendencia al enjuiciamiento inicial de los asuntos de este orden en un órgano jurisdiccional. Esta medida se ve acompañada de la reforma de figuras como la de la extensión de sentencias que no ha tenido, desde su instauración, una eficacia real.

La apuesta por la generalización de una primera instancia de este orden –similar a la de otros órdenes jurisdiccionales– es una tendencia que realmente está siendo valorada paulatinamente de una forma positiva y deseada. El riesgo final, como se ha indicado, está en la adaptación de la planta a las necesidades de las cargas de trabajo que se generan con esta reforma.

Este proceso, superadas las reticencias iniciales, puede propiciar una faz de la jurisdicción contencioso-administrativa completamente distinta a la tradicional, con un órgano judicial que adopta sus decisiones en plazos muy breves y con incidencia real en las relaciones jurídicas sobre las que versa el conflicto. Si esto acaba siendo así se habrá transformado el perfil habitual de la jurisdicción contencioso-administrativa y por ende del sistema de control de las actuaciones administrativas.

El otro bloque de reformas es puramente intuitivo y cabría formularlo en forma de pregunta que podría ser la de ¿se inicia una marcha atrás en la huida del Derecho Público? La respuesta no puede formularse con carácter cerrado ni científico en este momento pero algunas de las reformas que se han comentado tienen como referente común el sometimiento de actividades materialmente administrativas (pero en manos de entidades

societarias) al enjuiciamiento de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos pese a que con su configuración jurídica no sería ésta la jurisdicción competente[43].

En unos casos razones de orden práctico abonan el predominio de lo material sobre lo formal, en otros, es el Derecho Comunitario el que impone esta misma opción. Sea por una u otra justificación el efecto es idéntico: los órganos jurisdiccionales van a conocer de asuntos que por razones orgánicas quedaban fuera de su competencia. Sin poder precisar si realmente este efecto es parcial y no querido o si, por el contrario, pone de manifiesto la existencia de un fenómeno más intenso, larvado pero perceptible como es el de la reconquista del Derecho Público de parcelas que había ido perdiendo en los últimos tiempos.

El tiempo dirá cuál de las dos soluciones es la correcta y si se trata de una tímida reconquista o sólo de un efecto óptico pasajero y puramente coyuntural.

(43) La ampliación del objeto el contencioso-administrativo, tras la LRJCA, ha sido analizada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en el trabajo, "Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y compartida", *Revista de Administración Pública*, núm. 152, mayo-agosto, 2000, concretamente, en las págs. 102 a 104.

La responsabilidad patrimonial de los municipios ante su pasividad en el control del ruido

Mª. CONSUELO ALONSO GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Introducción. II. La tradicional responsabilidad de las Administraciones públicas por actividades ruidosas. III. Reexamen de la responsabilidad de los Ayuntamientos por ruidos. IV. Problemas que plantea el reconocimiento de la Responsabilidad del Ayuntamiento por la inatención en el control de las actividades molestas. A) Título de imputación del daño a la Administración municipal: funcionamiento anormal del servicio municipal de control de actividades ruidosas. a) La obligación municipal de intervenir en el control de las actividades ruidosas. b) Funcionamiento anormal del servicio público de control de actividades molestas. B) Relación de causalidad. a) Causalidad mediata, indirecta o concurrente. b) La posible modulación de la responsabilidad de la Administración pública en estos casos por la intervención de un tercero. C) Obligación de reparar el perjuicio causado. D) Jurisdicción competente para el conocimiento de estas cuestiones. E) Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de abril de 2003 (Pte: Nicolás Maurandi Guillén), ha reiterado una consolidada línea jurisprudencial mantenida por los Tribunales Superiores de Justicia que ha venido imponiendo a los Ayuntamientos el deber de indemnizar los daños y perjuicios producidos por su pasividad en el control de las actividades ruidosas. Entre otras, destacan las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de octubre de 2001; de Baleares de 11 de diciembre de 2001; de la Comunidad Valenciana de 3 de marzo de 1997, 1 de junio de 1999 y 9 de julio de 2001;

del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de septiembre de 1999; del de Castilla y Leon de 7 de febrero de 2000; de Aragón de 30 de enero de 2001 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2001.

La nueva decisión judicial parte de un recurso de casación interpuesto por un vecino del Municipio de Boiro contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que había desestimado la pretensión del recurrente, presentada por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de que por el referido Ayuntamiento se tramitase expediente sancionador y se incoase la medida cautelar de paralización de una discoteca por exceso de emisión de ruidos, reclamación a la que el Consistorio no accedió.

El inicial rechazo del Tribunal *a quo* parte del razonamiento de que las molestias ocasionadas por la actividad ruidosa no pueden tener cabida en los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 15, 18.1 y 18.2 de la Constitución, tal y como pretendía el demandante, sino que en el caso enjuiciado se encontraban en juego los preceptos 45 y 47 de la Norma fundamental.

Sin embargo, el alto órgano jurisdiccional entiende que la sentencia de instancia ha desconocido en la exégesis de los preceptos constitucionales alegados, el artículo 10.2 del propio Texto fundamental, en sentido dado a los mismos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del artículo 8.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), y especialmente, entiende que la misma no coincide con la más reciente doctrina jurisprudencial sobre la garantía que ha de dispensarse al derecho a la inviolabilidad de domicilio expresada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo y en las del propio Tribunal de Estrasburgo de 21 de febrero de 1990 (caso *Powel and Rayner contra el Reino Unido*), 9 de febrero de 1994 (caso *López Ostra contra el Reino de España*) y 19 de febrero de 1998 (caso *Guerra y otros contra Italia*). A ellas habrá de unirse la más reciente decisión del mismo órgano de 2 de octubre de 2001 (caso *Hatton*).

Para la Sala se ha demostrado la existencia de una contaminación acústica producida por los ruidos y vibraciones procedentes de la discoteca, situación que afectó gravemente al domicilio del demandante, sin que el Ayuntamiento del término municipal en el que se ubicaba la misma, pese a las reiteradas denuncias del recurrente, hubiera realizado acción alguna tendente a evitar o, al menos reducir, estos efectos negativos, tal y como le impone una abundante normativa, por lo que termina condenándole al pleno y eficaz restablecimiento del derecho fundamental vulnerado (artículo 18.2 de la Constitución), consistente en el pago de una compensación pecuniaria por los daños y perjuicios ocasionados hasta tanto no adopte las medidas que eficazmente hagan desaparecer dicha molestia. Dicho menoscabo, que se habrá de cuantificar en la fase de ejecución de la sentencia, se gradúa en atención a las siguientes bases: precio de arrendamiento de una vivienda de iguales características a la del recurrente en cuanto a extensión y situación,

y período de tiempo comprendido entre la fecha de la primera solicitud del demandante no atendida y aquella otra en la que se lleven a la práctica las medidas que, de manera efectiva, hagan desaparecer la contaminación derivada del exceso de ruido.

El reconocimiento de este deber resarcitorio a cargo de las arcas municipales por su negligencia en el ejercicio de sus deberes de control de actividades realizadas por terceros plantea interesantes problemas jurídicos, como el alcance de la obligación reparatoria en los casos de inercia administrativa, la imputación a la Administración pública de un daño producido por un tercero o la cuantificación de los daños morales. De todos ellos pasamos a ocuparnos a continuación.

II. LA TRADICIONAL RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR ACTIVIDADES RUIDOSAS

LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA DE LOS AYUNTAMIENTOS SE DESARROLLA EN DOS FRENTES: ANTE LOS PROMOTORES DE LOS ESTABLECIMIENTOS Y FRENTE A LOS TERCEROS AFECTADOS

La obligación resarcitoria que tradicionalmente se ha impuesto a los Ayuntamientos en relación con el ejercicio de su deber de vigilancia sobre las actividades clasificadas como molestas se ha desarrollado en dos frentes: Primero, y gracias a una abundante jurisprudencia interpretativa del Reglamento 2414/1961, de 30 de noviembre, de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, ante los propios promotores de dichos establecimientos, ya sea por defectos en la concesión de las autorizaciones de funcionamiento de los mismos, que determinan su ilegalidad, ya sea por revocación de éstas, o bien por imposición de sanciones de plano. Segundo, frente a los terceros afectados por las consecuencias nocivas de las mismas.

La primera de las causas resarcitorias señaladas se puede derivar, como hemos avanzado, del carácter de la licencia para el ejercicio de estas actividades clasificadas como acto administrativo reglado, cuya denegación injustificada se considera ilegal y, por consiguiente, el daño provocado reintegrable en la medida en que el mismo se considere antijurídico[1]; en segundo lugar, también puede derivarse este deber reparatorio de los supuestos de revocación de esta autorización por adopción de nuevos criterios de apreciación o por anulación tras el otor-

(1) Mª.C. ALONSO GARCÍA, "La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo", *Revista de Administración Pública*, 126, 1991, págs. 211 a 240.

gamiento erróneo de la misma, circunstancias ambas expresados en el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales[2]; finalmente, dará lugar, asimismo, a la garantía pecuniaria a cargo de la Administración la imposición por la misma de sanciones de plano, sin seguir el procedimiento habilitado *ad hoc* por el citado Reglamento de 1961[3].

En segundo lugar, la responsabilidad municipal frente a terceros por la producción de contaminación acústica se ha derivado, en todos los fallos jurisprudenciales producidos con anterioridad a los que ahora comentamos, por la actuación positiva de la propia Administración pública.

Un importante ejemplo de esta obligación reparadora ha venido constituido por los casos en los que el menoscabo del valor de un bien debido al incremento del ruido provocado por la realización de una obra pública en los aledaños del mismo viene a formar parte del justiprecio expropiatorio o de la compensación económica derivada de las limitaciones de derechos impuestas en beneficio de la colectividad. Respecto del primer supuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996, Ar. 7181, considera que la pérdida de los rendimientos pecuarios producida en una granja por el ruido procedente del ferrocarril de alta velocidad colindante con la misma ha de incluirse en el justiprecio de la finca[4]. Desde la segunda perspectiva, destacan las Sentencias del mismo órgano jurisdiccional de 9 de abril de 1985, Ar. 1802, en la que se consideró como reparable el perjuicio sufrido por una vecina ante la limitación impuesta a su vivienda por la regulación del tráfico de vehículos pesados realizada por el Ayuntamiento por el callejón en el que se situaba la misma, y la de 10 de diciembre de 1982, Ar. 7936, en la que se entendió como pérdida del valor de un predio el estar incluido en la "zona de protección" de una autopista, por el continuo e interminable ruido sufrido por el paso incesante de vehículos en sus proximidades, con la consiguiente pérdida del apetecido descanso y recreo para sus moradores.

La imposición resarcitoria a cargo de la Administración por la realización de actividades y servicios propios no se ha producido, sin embargo, hasta la fecha por la generación de ruidos, aunque sí es frecuente derivar la misma de otros atentados ambientales. En este sentido, destacan las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986, Ar. 8096

(2) Sobre la cuestión indemnizatoria en estos supuestos puede examinarse el trabajo de M. CUCHILLO I FOX, "Nulidad y revocación de licencias por motivos relacionados con la protección del medio ambiente", en *Derecho del Medio ambiente y Administración local*, Civitas, Madrid, 1996, especialmente págs. 513 a 515.

(3) El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial derivada de la clausura ilegal de una actividad impuesta por el Alcalde es, precisamente, el contenido del fallo estimatorio de las SSTS de 28 de noviembre de 1988, Ar. 9222, 8 de noviembre de 1989, Ar. 8144, 25 de febrero de 1991, Ar. 1538, 11 de enero de 1994, Ar. 296 y 6 de junio de 1995, Ar. 4641.

(4) Para el Tribunal, el justiprecio ha de comprender los daños y perjuicios de toda índole que el expropiado experimente a consecuencia de la expropiación forzosa, comprendiéndose dentro de los mismos los ruidos perturbadores del ganado ovino, la incidencia negativa en los partos, la lactancia y el crecimiento de los animales, todo lo cual disminuye la producción pecuaria, con un perjuicio económico calculado.

y de 25 de mayo de 1988, Ar. 3962, ambas condenatorias a la corporación municipal (en la segunda la responsabilidad es concurrente con la del órgano autonómico) por la instalación y funcionamiento de un vertedero de residuos para el cual no se solicitó la preceptiva licencia y por lo cual el mismo se reputaba ilegal.

En definitiva, la jurisprudencia emanada hasta el momento no ha tenido en cuenta la inactividad municipal frente a la contaminación acústica como causa determinante de la imposición de un deber reparatorio a cargo de la Administración local que, incumpliendo sus obligaciones de velar por la adecuada tranquilidad y descanso vecinales, ha favorecido la aparición de esta suerte de auténtica agresión ambiental.

III. REEXAMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AYUNTAMIENTOS POR RUIDOS

Consideramos que los pronunciamientos judiciales cuyo análisis va a ocuparnos en estas líneas, y que rompen la tradicional inmunidad municipal frente a su pasividad en el control de las actividades productoras de ruido, tienen un origen claro en el giro que en el tratamiento jurídico de la contaminación acústica se viene produciendo en los últimos años, y que, a nuestro entender, es producto tanto de una mayor concienciación de la población sobre los efectos negativos que esta agresión conlleva para su salud y su calidad de vida[5], como de la mayor sensibilización de los poderes públicos sobre esta temática, los cuales, alertados por las cada vez más continuas demandas de los ciudadanos, tratan de ofrecer una mejor protección a los afectados. Diversas son las causas que han favorecido esta situación:

En primer lugar, la producción de un amplio elenco normativo a todos los niveles tendentes a frenar las causas productoras de la emisión de ruidos y a minimizar sus perniciosos efectos[6].

Las iniciativas han partido incluso desde la Unión Europea, donde el ruido no fue considerado como auténtica contaminación sino como mera perturbación hasta la aprobación del II Programa de Acción en materia de Medio Ambiente (1977-1981). Las propuestas de futuro se forjan en el Libro Verde de la Comisión Europea, titulado *Política futura de lucha contra el ruido*, de 1996[7], plasmándose la importante y nueva perspectiva jurídica del ruido desde el punto de vista ambiental y no de su fuente productora, en la nueva Directiva 2002/49/CE, de 25 de junio de 2002, sobre Evaluación y Gestión del Ruido Ambiental,

(5) Sobre los perniciosos efectos que produce el ruido, tanto en la especie humana como en las animales y vegetales, incluso en los materiales, puede consultarse, entre otros, mi trabajo *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 31 y ss.

(6) Para conocer el alcance de estas medidas puede consultarse A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, "La protección del medio ambiente urbano: la contaminación por el ruido en las ciudades y la sostenibilidad en el desarrollo urbano", en el libro colectivo *Desarrollo sostenible y Protección del medio ambiente*, dirigido por J.L. PIÑAR MAÑAS, Civitas, Madrid, 2002, págs. 255 y ss.

(7) COM (96) 540 final.

que, estableciendo como objetivos el evitar, prevenir y reducir los efectos nocivos del ruido ambiental con el fin de sentar unas bases que permitan elaborar medidas comunitarias para reducir los ruidos emitidos por las principales fuentes, obliga a los Estados miembros a adoptar los mecanismos siguientes: elaboración de mapas de ruidos, adopción de planes de acción y puesta a disposición de la población la información sobre el ruido ambiental y sus efectos.

Por su parte, en el Derecho español destaca el Proyecto de Ley del Ruido[8], además de un gran número de iniciativas normativas sectoriales que desde el Estado tienden a evitar la contaminación producida por fuentes particularmente molestas, como el transporte aéreo[9]. Tampoco han sido ajenas a esta preocupación las Comunidades autónomas, algunas de las cuales han convertido la lucha contra las actividades ruidosas en textos legislativos que, con carácter general, tratan de hacer frente a este tipo de agresión ambiental, como la Ley 7/1997, de 11 de agosto, de Protección contra la Contaminación Acústica de la Comunidad Autónoma de Galicia, la Ley 16/2002, de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica de Cataluña[10] o la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de Protección contra la Contaminación Acústica de la Comunidad Valenciana.

En segundo lugar, es necesario destacar la evidente conexión entre el ruido y determinados derechos fundamentales, relación que ha puesto de manifiesto tanto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las ya anteriormente referidas senten-

(8) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. 4 de abril de 2003, núm. 140-1.

(9) Las novedades han sido introducidas en nuestro Derecho a través de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y de la Ley 55/1999, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas y del Orden Social, que han establecido nuevos "Procedimientos de disciplina de tráfico aéreo en materia de ruido", y nuevas infracciones y sanciones frente a la violación de estas maniobras. Por su parte, el artículo 166 de la Ley 13/1966, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, impone a todos los aeropuertos de interés general la obligación de contar con un Plan Director (la competencia del Estado para delimitar en los aeropuertos de interés general una zona de servicio y la aprobación de su Plan Director ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/2002, de 31 de octubre, mientras que se ha declarado la inconstitucionalidad de la exclusión de la competencia de los Ayuntamientos para otorgar las licencias de obras en este punto). Asimismo, se actualizan las medidas limitativas de la propiedad previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, significativamente, las denominadas "servidumbres aeronáuticas" (sobre este punto, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ critica la denominación que se ha dado a estas limitaciones, ya que las mismas no se corresponden con el concepto jurídico de "servidumbre". *Vid.* el trabajo de esta autora titulado "Contaminación acústica y desarrollo sostenible en el marco de la actividad aeroportuaria. Algunas soluciones. En particular: ¿Servidumbres acústicas en la lucha contra el ruido?" en el libro colectivo *Desarrollo sostenible y Protección del medio ambiente*, cit., págs. 240 a 253).

(10) El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno central frente a esta Ley del Parlamento catalán, y ha suspendido cautelarmente los artículos 12.4 y 39.2 de la misma desde el 11 de octubre de 2002. Los referidos preceptos son los relativos a la obligación de la sociedad que explota la instalación de asumir el acondicionamiento de los edificios afectados dentro de la nueva zona de ruido y la competencia de la administración titular de la infraestructura de elaborar un plan de medidas para minimizar el impacto acústico de la misma.

cias[11 y 12], como, acogiendo la misma, nuestro Tribunal Constitucional en su ya citada Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, en la que se considera que el ruido conforma un atentado al núcleo esencial de dos derechos constitucionales reconocidos en la Sección Primera del Capítulo 2 del Título I de la Constitución: los derechos a la integridad física y moral (artículo 15 del Texto fundamental) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 y 18.2)[13]. Esta decisión se basa en un recurso de amparo formulado por una vecina contra el Ayuntamiento de su localidad mediante el que se reclama del mismo la indemnización de los daños y perjuicios producidos, precisamente y como en el caso que nos ocupa, por la notoria pasividad del consistorio municipal en el control de las actividades ruidosas. Aunque finalmente el fallo es desestimatorio de esta pretensión, ya que la víctima no acreditó suficientemente la existencia del menoscabo sufrido, el Tribunal, siguiendo en este punto el artículo 10.2 de la Constitución en orden a la interpretación de los derechos fundamentales conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala la evidente concordancia entre la contaminación acústica y los derechos constitucionales cuya vulneración se había alegado[14].

EL TC CONSIDERA QUE EL RUIDO PUEDE VULNERAR LOS DERECHOS A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL, A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

(11) Las manifestaciones doctrinales a favor de esta vinculación entre agresión acústica y vulneración de determinados derechos fundamentales como el de la inviolabilidad del domicilio, fueron encabezadas en su día por el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, entre otros, en sus trabajos "La defensa del ruido ante el Tribunal Constitucional", *RAP*, 115, 1988, págs. 205 y ss.; "Los ruidos evitables", *Revista de Estudios de la Vida Local*, 238, 1988, págs. 1.275 y ss., y "El ruido en la reciente jurisprudencia", *RAP*, 125, 1991, págs. 319 y ss.

(12) La más reciente sentencia del Tribunal de Estrasburgo publicada a este respecto ha sido la citada Sentencia de 2 de octubre de 2001, *caso Hatton y otros contra Reino Unido*, condenatoria a una cuantía indemnizatoria a la Administración británica por los daños causados por el incremento del ruido procedente del aumento del tráfico aéreo nocturno en el aeropuerto de Heathrow. *Vid*. el interesante comentario que de esta decisión realiza G. DOMENECH PASCUAL, "La obligación del Estado de proteger los derechos humanos afectados por el ruido de los aeropuertos (Comentario a la STEDH de 2 de octubre de 2001), en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 192, 2002, págs. 241 y ss.

(13) Con anterioridad a esta fecha, pocas cuestiones de esta naturaleza llegaron a ser resueltas por el Tribunal Constitucional. El mismo resolvió, concretamente, dos autos, con fecha 13 de octubre de 1987 y 6 de octubre de 1988, además de una providencia, de 24 de octubre de 1988. Según señala F. SOSA WAGNER, "Todos ellos, al declarar la inadmisión del recurso de amparo, confirman los pronunciamientos judiciales anteriores, dando así por válidas y ajustadas a Derecho las actuaciones de los jueces y, antes, de los órganos administrativos que habían procedido a la clausura de dos bares por producir ruidos a altas horas de la noche" (*Las actividades molestas: en especial, el ruido*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 20).

(14) El FJ 6º de la sentencia señala, respecto de la vulneración del artículo 15 de la Constitución que "(...) cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE". En relación con la posible violación del artículo 18 de la Norma Fundamental, el Tribunal expresa que "(...) una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruidos, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en

Otro importante dato confirma la actual sensibilización por parte de todos los poderes públicos y los ciudadanos hacia la consideración del ruido como auténtica agresión ambiental: el hecho de que por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico se haya incluido esta clase de contaminación como un elemento conformador de un tipo penal. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2003 (Pte: Granados Pérez), confirmando la de la Audiencia Provincial de Palencia de 9 de noviembre de 2000, condena a un empresario de una sala de fiestas por un delito contra el medio ambiente tipificado en el artículo 325 del Código Penal, al haber emitido la discoteca que regentaba un importante nivel de ruidos que provocó diversos daños y molestias a los vecinos. La pena se concretó en prisión por dos años y tres meses, multa de dieciséis meses e inhabilitación especial para el desempeño de la profesión u oficio por tiempo de dos años, así como el pago de determinadas cantidades en concepto de indemnización a varias de las víctimas afectadas.

Finalmente, y desde otro punto de vista, hay que destacar el reforzamiento que del control de la inmovilidad de la Administración se ha producido en nuestro Derecho gracias a dos importantes legislaciones, concretamente el nuevo régimen jurídico del silencio administrativo, más favorable al ciudadano, previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la posibilidad de entablar un recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad administrativa formulado en el artículo 29 de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa[15].

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL AYUNTAMIENTO POR LA INATENCIÓN EN EL CONTROL DE LAS ACTIVIDADES MOLESTAS

Los problemas más importantes que plantea el reconocimiento de un deber resarcitorio a cargo de las arcas municipales por su desatención en el control de las actividades clasificadas como molestas son los mismos que se consideran ante cualquier otro defecto en el funcionamiento de los servicios públicos. No obstante, en la temática que nos ocupa, además de las dificultades derivadas de la apreciación de la inexistencia o insuficiente rendimiento en la prestación de la obligación municipal, hay que añadir las que resultan del hecho de que el daño se realice, en puridad, por un tercero, concretamente el pro-

el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida".

(15) Sobre esta cuestión pueden consultarse los excelentes trabajos de V. AGUADO I CUDOLÁ, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid, 2001 y M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 3ª ed., Aranzadi, Madrid, 2002.

motor de la actividad ruidosa, y, consecuentemente, las trabas que se oponen a la consideración de la existencia del nexo de causalidad entre la conducta molesta y la aparición del daño. Finalmente, habrá que hacer referencia a la solución jurisprudencial ofrecida al pago económico de los daños morales, que son los que con más frecuencia se producen en este tipo de situaciones de contaminación acústica.

A) Título de imputación del daño a la Administración municipal: funcionamiento anormal del servicio municipal de control de actividades ruidosas

La atribución a la Administración municipal de un deber de reparar el perjuicio causado ante la desatención en su labor de control del ejercicio de las actividades ruidosas exige, en primer lugar, que dicha obligación se imponga a la propia entidad a la que se imputa el perjuicio. En segundo lugar, el funcionamiento de estas medidas de control ha de poder ser reputado de anormal, bien porque haya existido una dejación absoluta de esta exigencia por parte de la corporación local, bien porque su prestación haya sido incompleta.

a) La obligación municipal de intervenir en el control de las actividades ruidosas

La imposición a la entidad local del cometido de atender y salvaguardar la policía de la tranquilidad se produce no sólo desde la referencia genérica contenida en el artículo 45 de la Constitución a todos los poderes públicos para que procedan a la protección del medio ambiente, –del cual la lucha contra la contaminación sonora es, ineludiblemente, un elemento conformador del mismo–, sino, y más precisamente, por los apartados f) y h) del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que atribuyen al Municipio el ejercicio de competencias en las materias de protección del medio ambiente y la salubridad pública; el artículo 42.3.a) de la Ley 14/1986, General de Sanidad, que señala el control sanitario del medio ambiente como responsabilidad de los Ayuntamientos; y los artículos 6, 36 y 37 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, que designan, respectivamente, la competencia general de los órganos municipales para la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre la materia, reconociéndoles funciones de inspección sobre las actividades que en sus términos territoriales se desarrollen, así como la potestad para adoptar medidas frente a las deficiencias comprobadas. Asimismo, esta competencia municipal es reconocida en las referidas Leyes autonómicas de regulación frente al ruido, como, por ejemplo, el artículo 20 de Ley gallega, los artículos 20 y 27 de la catalana y 4 y 54 de la dictada en la Comunidad Valenciana. Igualmente, dicha previsión se contiene en las Ordenanzas locales aprobadas en materia de medio ambiente.

Pero para que dicho cometido quede asegurado no basta con la simple referencia normativa o con la mera previsión que las autoridades locales puedan diseñar de los medios y condiciones que traten de evitar o minimizar la molestia, sino que resulta imprescindible para el correcto ejercicio de la obligación que se les impone, el arbitrar los mecanismos de aplicación y ejecución de aquellas que se reputen necesarios y suficientes para frenar su aparición.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la Sentencia de 29 de octubre de 2001, Ar. 1338, siguiendo la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, –quien ha señalado que el artículo 8 de la Convención lleva no sólo a abstenerse de injerencias ajenas del poder público en el domicilio sino también al compromiso de añadir obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar, enjuiciando si dichas medidas han sido adoptadas–, se ha encargado de precisar que el cumplimiento mínimo de este deber no se reduce exclusivamente a la mera previsión de los instrumentos necesarios para evitar la producción del perjuicio o molestia derivado del ruido, sino que es necesario proceder a la aplicación de las medidas necesarias para evitar su aparición[16].

b) Funcionamiento anormal del servicio público de control de actividades molestas

El segundo presupuesto necesario que ha de confluir para poder proceder al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración local en los casos que nos ocupan es la anormalidad en el funcionamiento del servicio municipal de control de las actividades ruidosas.

La incorrección en la prestación local puede apreciarse por dos vías: bien por la pasividad de las autoridades locales en el momento de verificar la observancia de los requisitos necesarios para el otorgamiento de la licencia necesaria para el ejercicio de estas actividades molestas, bien por la desatención o insuficiencia en la vigilancia y supervisión del correcto funcionamiento del establecimiento a lo largo del tiempo en el que se encuentra operativa dicha autorización.

En el primero de los supuestos enunciados, no resulta excesivamente difícil atribuir a la Administración municipal la producción del daño, ya que éste encuentra normalmente su base en la ausencia absoluta de acto administrativo de intervención municipal o en la

(16) El FJ 5º de la sentencia expresa la existencia de la inactividad municipal denunciada por los vecinos, ya que "(...) no basta con regular mediante las oportunas ordenanzas la protección del medio ambiente, la prohibición de venta de alcohol fuera de los establecimientos que tengan licencia para ello y la limpieza en los lugares públicos, sino que con los medios adecuados hacer efectivas dichas ordenanzas impidiendo se sobrepasen los límites de emisión de ruidos procediendo al cierre de los establecimientos que lo incumplan e incluso dispersando las concentraciones de jóvenes cuando se sobrepasan dichos límites. No se trata de ejercer una presión policial, sino dentro de los límites de dicha función denunciar una y otra vez las infracciones administrativas, incomodar y disuadir sin descanso a los jóvenes en sus comportamientos y no favorecer mediante cortes de tráfico y vallas dichas concentraciones porque los derechos de los jóvenes a expresarse y reunirse encuentran sus límites en los derechos de los demás ciudadanos a la libre circulación, al descanso y a la propia vida entendida en un sentido amplio no sólo físico, que se ven menoscabados al no adoptar la administración demandada las medidas adecuadas para paliar al menos en parte los efectos negativos concentrados en el presente proceso". Y continúa señalando que "estimando la Sala que se pueden adoptar medidas de control adecuadas para evitar el ruido, (...) el recurso debe ser estimado porque a la Administración le incumbe en su función de policía el cumplimiento del deber de vigilancia de horarios de cierre, emisión de ruidos de bares, vehículos, etc. y de lo actuado se deduce cierta inactividad que perjudica indudablemente a los vecinos de la zona que han de soportar la incomodidad de acceso a sus viviendas, exceso de ruidos que impiden el descanso nocturno y otras molestias que no tienen el deber jurídico de soportar y que se pueden paliar, si la Administración en el ámbito de su competencia no hace dejacion de su función y adopta cuantas medidas sean necesarias para exigir el cumplimiento de la Ley" (FJ 6º).

ilegalidad del mismo. Esta última es la situación resuelta, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1998, Ar. 9840, o la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de septiembre de 1999, Ar. 3068[17], la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 7 de febrero de 2000, Ar. 249[18], la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de enero de 2001, Ar. 714, o la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2001[19].

En el FJ 4º del primero de los fallos citados, en el que se resuelve, estimándola, la responsabilidad municipal frente a terceros por haber autorizado ilegalmente una actividad de serrería, se expresa que:

> "Bien es cierto que directamente el ruido lo genera la actividad de serrería y no la Administración demandada pero es la conducta omisiva de ésta, al no seguir el procedimiento legalmente establecido para la concesión de licencias de actividades molestas, la que posibilita que se genere un nivel de ruido superior a lo permitido dado que el procedimiento de los artículos 29 y siguientes del Reglamento de Actividades Molestas establece una serie de controles y garantías que debían evitar que esta situación se produjese. Por ello, puede afirmarse que la omisión del procedimiento por parte de la Administración demandada es causa generadora del daño sufrido al actor. De ahí que sea procedente declarar la responsabilidad de la Administración municipal demandada (...)".

DEBE HABER UN FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO MUNICIPAL DE CONTROL DE ACTIVIDADES RUIDOSAS, BIEN PORQUE EXISTIÓ UNA DEJACIÓN ABSOLUTA, BIEN PORQUE LA PRESTACIÓN LOCAL FUE INCOMPLETA

Pero quizás la respuesta más interesante a esta cuestión sea la contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. En la misma se recurre la licencia de apertura otorgada por la Alcaldía de Nonaspe (Zaragoza) para un local destinado a almacén de pescado fresco y congelado que generaba un elevado nivel de ruido. Dicha autorización fue anulada por la Sala al entender que la misma se había concedido incurriendo en el vicio de "desviación de poder". El Tribunal considera que dicha actividad venía desarrollándose ilegalmente

(17) En el FJ 5º de la misma se considera que "(...) esta Entidad Local (Ayuntamiento de Callus) deberá indemnizar al actor por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las molestias generadas por la actividad de taller de carpintería ebanistería, que no debió autorizarse en los términos solicitados (...)".

(18) El fallo de esta sentencia es, no obstante, desestimatorio por falta de pruebas.

(19) Para el Tribunal, los actos administrativos que permitían la actividad musical de las carpas instaladas en una zona lúdica durante la temporada estival son ilegales, habiendo generado los mismos unos daños a los vecinos, consistentes en los ruidos producidos durante toda la noche en los días de verano que han sido verdaderamente insoportables, y que son objeto de indemnización.

desde el año 1994, careciendo de la pertinente licencia municipal y ello ante la pasividad más absoluta del Consistorio de la localidad, que por esa causa hacía dejación de la obligación específica que al mismo alcanza de velar por la tranquilidad de los vecinos.

Por ello, en el FJ 6º, se entiende que:

> "(...) procede, asimismo, su acogimiento (de la pretensión indemnizatoria), ya que es de apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/1992, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, para entender incursa a la citada Entidad Local demandada en la obligación de indemnizar a los mismos por los daños morales inferidos a consecuencia de su actuar negligente en el desempeño de sus obligaciones en orden a garantizar su derecho a no verse afectados en su tranquilidad por la actividad desarrollada en el almacén de referencia, actividad calificada como molesta por razón de ruidos y olores emitidos.
>
> De lo anteriormente expuesto ha quedado acreditado el anormal funcionamiento de los servicios públicos de la competencia de dicho Ayuntamiento, atenientes a los deberes de policía para evitar el desarrollo de una actividad molesta ejercida sin la necesaria licencia municipal; la realidad de un daño moral causado a los actores, consistente en tener que soportar, sin estar jurídicamente obligados a ello, unos niveles de ruido en su vivienda que han afectado negativamente a su tranquilidad, dificultando el uso normal de aquélla y ello durante un lapso considerable de tiempo, daños efectivos, individualizados y evaluables económicamente, por lo que procede declarar la responsabilidad patrimonial del citado Ayuntamiento (...)".

Ahora bien, y desde la segunda perspectiva enunciada, el deber municipal de atender a la tranquilidad vecinal a través del control de las actividades molestas no termina con el otorgamiento del título autorizatorio que habilita la instalación de las mismas, sino que se extiende más allá, alcanzando a la vigilancia e inspección de su correcto ejercicio durante todo su ciclo vital. Esta situación deriva, precisamente, de la consideración del permiso habilitante para la realización de estas actividades como una autorización de funcionamiento o "de tracto sucesivo", lo cual exige una continua supervisión por parte de la autoridad local, a efectos de comprobar el constante ajuste de la misma a las medidas correctoras en su día impuestas, a las Ordenanzas locales vigentes en cada momento, así como a las mejores tecnologías disponibles tendentes a evitar la producción del perjuicio.

En este sentido se expresa el FJ 5º de la Sentencia del TSJ de Murcia de 29 de octubre de 2001, al indicar que:

> "(...) Respecto de las licencias (...) no basta con que haya una licencia otorgada para concluir que no hay posibilidad de daño; de hecho las propias normas municipales prevén medidas a pesar de la licencia concedida; además de que la Jurisdicción de los Tribunales

no puede quedar limitada, en lo que se refiere a la protección de los intereses individuales, por la existencia de una licencia administrativa, la cual, en casos como éste, no constituye garantía alguna de la evitacion de un daño (...)".

Igualmente, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 1999 señala, en su FJ 8º, que:

"Como recuerda la S de 27 de febrero de 1996, RA 1858, 'el derecho al ejercicio de la actividad que la licencia habilita, surge a partir de la existencia y en las condiciones que la misma establece, y mucho más en el caso de autos, en el que por tratarse de actividad molesta, las condiciones, las medidas correctoras, tratan de compatibilizar el derecho a la libertad de empresa con el derecho de los ciudadanos al descanso, al disfrute de su vivienda, a una convivencia adecuada y a no percibir más ruidos que los autorizados'. El Tribunal Supremo ha declarado, con reiteración y uniformidad (Cfr. por todas, STS de 4 de julio de 1995, RA 5448), que '(...) los fines asignados a la Administración, a través de la licencia y concretamente en la materia de que se trata –industrias que inciden o pueden incidir en la calificación de molestas, insalubres, nocivas y peligrosas–, dentro de las previsiones generales del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (...) justifica que esta actividad de control se ejerza, no sólo en la fase previa al inicio de la actividad industrial, sino también una vez iniciada ésta, en cualquier momento posterior'; o, en términos de la STS de 22 de septiembre de 1995, RA 6845, 'la licencia municipal obtenida no es una especie de pasaporte que consagre definitivamente la actividad ni enerve el ejercicio posterior de facultades de inspección por los agentes locales'.

Hay aquí, como indica la STS de 11 de febrero de 1993, RA 551, una relación permanente acercándose las licencias de este tipo en cuanto a su calificación jurídica a las autorizaciones de tracto continuo que no se agotan en la producción del acto administrativo y suponen un sometimiento permanente a las potestades públicas, en este caso municipales; 'Iniciado el curso de la actividad no por ello queda despojada la Administración de posibilidades de actuación respecto de aquélla (artículos 35 y siguientes RAM), pues las licencias reguladas en este Reglamento constituyen un supuesto típico de autorización de funcionamiento, en cuanto que autorizan el desarrollo de una actividad a lo largo del tiempo y genera una relación permanente con la Administración, que en todo momento podrá acordar lo preciso para que la actividad se ajuste a las exigencias del interés público –condición siempre implícita en este tipo de licencias–' (STS de 14 de julio de 1995, RA 5999).

Esta misma jurisprudencia establece cuál es la finalidad que el ordenamiento jurídico atribuye a la actividad administrativa de comprobación que se articula a través del cauce de una licencia de apertura (STS de 2 de octubre de 1995, RA 7700): 'La licencia de apertura para el funcionamiento de una determinada actividad clasificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa tiene por objeto el evitar que cualquiera de estas actividades clasificadas, a realizar en un determinado edificio o conjunto de ellos, produzca incomodidades o altere las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente o impliquen riesgos graves para las personas y los bienes'."

Asimismo, la jurisprudencia ha precisado que la inactividad administrativa que está en el origen del perjuicio ha de ser palpable, bien porque se ha superado con creces el número de decibelios permitido por las Ordenanzas locales, bien por las reiteradas denuncias de los vecinos, expresadas en los correspondientes escritos desatendidos dirigidos al Ayuntamiento –STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2001–. Dicha circunstancia es especialmente exigible cuando el recurso viene fundamentado en la vulneración de un derecho fundamental y la vía judicial que se utiliza para la reclamación del daño originado es el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, supuesto en el que se requiere que las inmisiones sean relevantes y reiteradas y que la ineficacia de la Administración se concrete en una abusiva dejación, de notable entidad, de sus deberes de control, como han exigido la STSJ de Baleares de 11 de diciembre de 2001 o la STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 1999.

Como acertadamente señala JORDANO FRAGA, esta línea jurisprudencial se ve respaldada por las sentencias que descartan la responsabilidad de la Administración en el supuesto de que no existan denuncias anteriores, como la seguida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1995 (Ar. 3598), de 17 de marzo de 1993 (Ar. 2037) o de 7 de octubre de 1997 (Ar. 7393), aunque no referidas a la omisión del deber de controlar los ruidos[20].

También ha sido requisito necesario para apreciar la deficiencia en el funcionamiento del servicio público municipal el hecho de que la autoridad local haya tenido la posibilidad jurídica de evitar el daño. Sobre esta exigencia se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia de la Sala de Murcia de 2001, al señalar que:

> "(...) es evidente que, teniendo a su disposición recursos legales para evitar aquellos daños, el Ayuntamiento demandado rehusó hacerlo, con una clara dejación de su deber de velar por el cumplimiento del deber general de respeto de la persona (...)" (FJ 4º).

B) Relación de causalidad

a) Causalidad mediata, indirecta o concurrente

Hay que tener en cuenta que en los supuestos que nos ocupan, la responsabilidad patrimonial que se imputa al Ayuntamiento no tiene su origen en un daño causado directamente por el mismo, sino que éste se deriva de la conducta de un tercero: el titular de la actividad molesta. La relación de causalidad que se aprecia entre el perjuicio y la desatención de la entidad local de su deber de proteger la tranquilidad vecinal, que constituye el título de imputación del daño a la misma es, por consiguiente, mediata, indirecta o concurrente, en lugar de la conexión "directa, inmediata y exclusiva" que se exige nor-

(20) J. JORDANO FRAGA, "Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en el Derecho Público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y contra *lege ferenda*", pág. 359.

malmente para afirmar el nacimiento de la garantía resarcitoria a cargo de la Administración.

Para explicar eficazmente en estos casos el nexo de causalidad y poder afirmar que el mismo no se interrumpe por la intervención del tercero es preciso acudir a la relación especial que se produce entre este sujeto, promotor de la actividad generadora del perjuicio, y la Administración local, vínculo especialmente intenso, sujeto al poder de policía de esta última, que hace a la misma participar del daño, porque tiene poderes para evitarlo.

Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 1999 considera la correspondencia directa que se produce entre el perjuicio sufrido por la víctima y la inactividad administrativa, rechazando en este punto el argumento del Ayuntamiento demandado conforme al cual la intervención de un tercero rompe el nexo de causalidad que media entre la inactividad municipal y el daño causado a los actores:

> "No coincide este Tribunal, en absoluto, con tal tesis dado que el ordenamiento jurídico –se insiste– asigna de forma específica y explícita a las Administraciones Locales la potestad, y el correlativo deber, de ejercer una actividad de control de las actividades calificadas como nocivas, insalubres, molestas o peligrosas, sin que ese control pueda quedar excluido por el hecho de que el estricto cumplimiento de la normativa en cuestión parta de la afirmación de voluntad mantenida por la dirección empresarial o de los medios con que ésta cuente para hacer frente a las medidas garantistas vigentes en el ordenamiento jurídico. Es la propia Administración Local la responsable de asegurar a los ciudadanos que residen en las inmediaciones del establecimiento o de la industria de que se trate y a los terceros el ineludible respeto de las íntegras condiciones ambientales que constriñen esa actividad y que compatibilizan su ejercicio con el reconocimiento del derecho de los otros el de disfrutar de un medio ambiente adecuado (...)
>
> No existe aquí, en primera instancia, una simple responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de un servicio público sino, básicamente, un incumplimiento ordinamental que ha ocasionado un perjuicio (...)"

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL PERJUICIO Y LA DESATENCIÓN DE LA ENTIDAD LOCAL ES MEDIATA PORQUE INTERVIENE LA CONDUCTA DE UN TERCERO: EL TITULAR DE LA ACTIVIDAD MOLESTA

Ciertamente, cuando no se produce esta relación de especial intensidad, como en el caso resuelto en la Sentencia del

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de abril de 1996, Ar. 848, la garantía resarcitoria a cargo de la corporación local no puede admitirse[21].

b) La posible modulación de la responsabilidad de la Administración pública en estos casos por la intervención de un tercero

No obstante, a partir de la premisa anterior, cabría preguntarse si el deber de compensación pecuniaria que incumbe a la Administración quedaría de alguna manera atenuado o moderado por esta participación de un tercero en la producción del resultado dañoso.

Hasta la fecha, la tesis mayoritaria que han manejado los Tribunales de Justicia para atender la obligación reparatoria a cargo de la Administración en los supuestos como los que analizamos, en los que, junto con la intervención administrativa en la producción del daño se produce la de un tercero, ha sido la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que lleva a estimar como solidaria la obligación resarcitoria, pudiéndose exigir de la Administración Pública en exclusiva la totalidad del pago de la deuda. Así, por ejemplo, se considera en la Sentencia del TSJ de Baleares de 11 de diciembre de 2001, en la que se establece que la responsabilidad ha de ser solidaria entre los dos codemandados –Ayuntamiento de Palma y don Jorge C.C.–, dada la dificultad de discernir el grado de responsabilidad en que ha incurrido cada uno en la producción del daño[22].

No obstante, convenimos con BETANCOR en afirmar que la tesis que debe ser aplicada en estos casos ha de ser la moderación de la responsabilidad de la Administración en atención al incumplimiento del propietario del establecimiento causante de las molestias[23],

(21) La sentencia desestima la pretensión indemnizatoria del recurrente de obtener la reparación económica sufrida por la muerte de su caballo al precipitarse el mismo a un pantano tras romper el recinto en el que se hallaba encerrado debido al ruido producido por la celebración de unos fuegos de artificio y a la falta de medidas de salvamento en el pantano y de defensa en el camino lindante con el mismo. Entiende la Sala que el resultado lesivo producido se derivó de actos de terceros, –celebración de fuegos artificiales en las proximidades de la cerca en la que se encontraba el animal y falta de adopción de la persona encargada de su custodia de medida preventiva alguna–, y no del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, en relación directa, inmediata y exclusiva, que constituye el presupuesto indispensable para la atribución de responsabilidad patrimonial a la Administración.

(22) FJ 5º, apartado 4º.

(23) Para A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "(...) ni esta Sentencia (la de 28 de febrero de 1998) refleja el parecer mayoritario, ni tampoco en el caso de los ruidos sería posible atribuir en exclusiva a la Administración la responsabilidad aun cuando su inactividad supusiera culpa *in vigilando* respecto del cumplimiento de los deberes relativos a los valores límite de emisión. En los casos de ruido nos encontramos ante un supuesto de concurrencia de causas [la actividad de P1 (promotor de la actividad o establecimiento ruidoso) y la inactividad de la Administración] que ha de dar lugar, como se afirma con carácter general en la jurisprudencia, al reparto de la obligación de la reparación entre las distintas causas. Hemos considerado que las causas son de naturaleza distinta: la actividad de P1 es la causa del daño mientras que la inactividad de la Administración es la condición imprescindible que hace que la causa pueda desplegar sus efectos. Esto significa que las dos causas han de darse al mismo tiempo para que el daño se pueda producir; la actividad de P1 no es suficiente para producir los daños, se precisa, además, de la inactividad de la Administración. Si esto es así, como nos lo parece desde un punto de vista lógico, la concurrencia de causas debe dar lugar al reparto de la carga de la reparación" ("El ruido: normas de emisión, contenido ambiental de los derechos fundamentales afectados y responsabilidad patrimonial de la Administración", *Revista interdisciplinar de Gestión Ambiental*, 4, 2002, pág. 28).

postura más adecuada a la tesis de la causalidad eficiente o adecuada, que fue la considerada, entre otras, en la Sentencia de 28 de noviembre de 1998, Ar. 9967[24].

Finalmente, hemos de recordar que asiste a la Administración pública la facultad de ejercitar la acción de regreso frente al causante directo de la molestia. No obstante, como ha señalado GARCÍA ÁLVAREZ, "… cuando el Tribunal Supremo aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones sin hacer referencia explícita a la interferencia de la culpa de un tercero, hace prácticamente imposible el ejercicio de la acción de regreso de la Administración, ya de por sí bastante azarosa en circunstancias normales"[25].

C) Obligación de reparar el perjuicio causado

Como en cualquier supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, la reparación que se ha de atender en los casos de daños producidos por actividades ruidosas debe ser integral[26], por lo que la misma debe comprender la satisfacción de los siguientes conceptos:

En primer lugar, y como más abundantes, los daños morales, que son en la actualidad perfectamente cuantificables. Entre los mismos destaca la falta de sosiego, la ausencia de descanso, el detrimento de la calidad de vida generado por la actividad ruidosa, etc. La reparación más elevada que de estos perjuicios se ha obtenido en la jurisprudencia que analizamos ha sido la expresada en el fallo de la Sentencia del TSJ de Murcia de 2001, que ha cifrado los mismos en 1.000.000 de pesetas. Asimismo, la decisión del TSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997 estimó estos costes en 600.519 pesetas.

En segundo lugar, también se han considerado dignos de compensación económica conceptos tales como los derivados de la aparición de enfermedades, tanto físicas como psíquicas, la pérdida del valor de la vivienda, la disminución del rendimiento laboral provocado por el ruido, etc. Estos perjuicios se valoran en atención a las siguientes circunstancias: continuidad de los ruidos, incluso durante años, valor del exceso de contaminación, incumplimiento de horarios de apertura, vibraciones, perjuicios físicos que aparecen en la normativa sectorial aplicable, etc. La más alta cantidad estimada por esta partida ha sido la fallada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que ha interpretado este valor en 1.825.000 pesetas por año de lesión, lo cual, a su entender, abarca las cantidades de 150.000 pesetas por cada uno de los meses que se consideran de vacaciones, más uno que comprendería la Navidad y la Semana Santa, y otras de 225.000 pesetas anuales, por el resto de fines de semana al año, ya que la vivienda no es habitual.

(24) El fallo de la misma resuelve a favor de un reparto de la carga indemnizatoria entre la Administración del aeropuerto cuyos servicios autorizaron el vuelo de una avioneta destinada a aerotaxi a pesar de que este servicio no estaba permitido y la propietaria de la aeronave, que no había pasado por el obligado control del vehículo.

(25) G. GARCÍA ÁLVAREZ, "Responsabilidad patrimonial de la Administración", en el vol. col. *Derecho administrativo. Parte especial*, Direcc. BERMEJO VERA, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pág. 1.224.

(26) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo II*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1988, pág. 364.

Por último, quebraría la regla de la integridad de la compensación si la misma no tuviera en consideración el reintegro *in natura* del perjuicio producido. En este sentido, nuestros Tribunales han estimado como tales la necesidad que impone a la víctima la realización de la actividad molesta de adquirir o arrendar una vivienda de las mismas condiciones de las que disfrutaba con anterioridad al disturbio, tal y como ha reconocido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de mayo de 1997; o la imposición a la Administración municipal de adoptar las medidas necesarias que impidan el consumo de bebidas alcohólicas fuera de establecimientos públicos, importante fuente de agresiones ruidosas; o la prohibición de utilizar aparatos musicales que sobrepasen los límites de emisión permitidos (STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2001) o la imposición de las correspondientes medidas de insonorización en la vivienda (STSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997), etc.

D) Jurisdicción competente para el conocimiento de estas cuestiones

La Intervención de la Jurisdicción civil para solucionar los posibles conflictos entre colindantes por realización de actividades ruidosas es, en la actualidad, ampliamente admitida en la importante aplicación que de los artículos 590, 1902 y 1908 del Código Civil han realizado tanto la dogmática como la jurisprudencia más consolidada de nuestros Tribunales ordinarios[27].

Entre los numerosos ejemplos de esta consideración se pueden citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2001, –en la que se falló sobre la responsabilidad civil por los daños derivados de una industria de transformación de áridos, cuyos ruidos afectan al rendimiento agrícola de una finca colindante y a la calidad de vida de sus propietarios–, o la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2001, –que, aunque desestimatoria de la pretensión indemnizatoria de los daños morales sufridos, condena a la propietaria de una empresa a "abstenerse de realizar las actividades que causan inmisiones de ruidos en la vivienda de la actora, para lo cual se le prohíbe llevar a cabo actividades de carga y descarga por la boca del almacén colindante con la susodicha vivienda y por la boca situada a 16 metros de distancia de la misma fachada–, o las de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de diciembre de 1991, de la Audiencia Provincial de Lleida de 15 de septiembre de 2000, o de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2000, de la de la Audiencia de León de 29 de octubre de 1992, o la de la Audiencia de Barcelona de 12 de junio de 2002, la de la Audiencia de Baleares de 1 de diciembre de 1994 o la del mismo Tribunal de Asturias de 28 de febrero de 2000.

(27) La situación de reconocimiento de la responsabilidad civil entre colindantes por la realización de actividades ruidosas se ha producido recientemente, como ha puesto de manifiesto R. MARTÍN MATEO, quien señaló, en 1992, que "son escasas las Sentencias sobre relaciones de vecindad que parecerían el cauce adecuado para resolver estos conflictos", al contrario de lo que sucede en otros Ordenamientos jurídicos, como en Francia o Inglaterra (*Tratado de Derecho ambiental*, Vol. II. Trivium, Madrid, 1992, págs. 621 y 622).

Por consiguiente, en estos supuestos que consideramos, en los que se produce un claro ejemplo de concurrencia de responsabilidad entre el promotor de la actividad ruidosa y la entidad municipal encargada de velar por la protección de la tranquilidad vecinal, y en los que la víctima prefiriera recurrir a la jurisdicción ordinaria, incluso pretendiendo en dicha vía la condena pecuniaria contra la Administración municipal, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, expresada, entre otras, en sus Sentencias de 3 de diciembre de 1987, 15 de marzo de 1993 y 24 de mayo de 1993, mantiene la *vis atractiva* de la jurisdicción civil en la solución de estos conflictos cuando interviene una Administración pública.

Ejemplo de esta corriente es la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de mayo de 1997, que ha interpretado a favor de la Jurisdicción Civil la competencia para examinar y fallar sobre la responsabilidad patrimonial concurrente del empresario y de la Administración local, ya que entiende que "la competencia exclusiva sólo es aplicable cuando sea demandada de forma exclusiva la Administración conforme a la LJCA (...), pero no en los supuestos en que, junto a la Administración, se demanda a un particular y existe una relación de corresponsabilidad en los hechos (...)". Concluye el fallo estimando la responsabilidad solidaria de la empresa que realizaba los ruidos y el Ayuntamiento que consentía los mismos.

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Cáceres en su Sentencia de 21 de noviembre de 1996, que considera que:

> "Tratándose tanto de cuestiones entre particulares que atañen a la propiedad privada y a su protección, como de conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones de vecindad, de culpa extracontractual o de abusos de derecho o ejercicio antisocial del derecho, corresponde conocer a la jurisdicción civil por ser el ordenamiento privado el que puede y debe intervenir máxime cuando los demandantes no encontraron protección en el ámbito de la Administración local a la que acudieron previamente en denuncia de infracciones y omisiones patentes, por la actividad molesta de los demandados y con el fin de impedir o atajar dicha situación dañina."

Disentimos, junto con nuestra más reconocida doctrina, encabezada por los profesores PANTALEÓN PRIETO y MUÑOZ MACHADO, de esta línea jurisprudencial, de cuyo arrumbamiento ya no cabe la menor duda tras la publicación de los artículos 142.6 y 144 de la Ley 30/1992, y 2.e) de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa[28].

E) Conclusiones

En definitiva, esta nueva jurisprudencia que acabamos de comentar va a significar un importante punto de inflexión en el tratamiento jurídico de una de las agresiones más

(28) Esta dualidad jurisdiccional mantenida por los Tribunales ordinarios ha sido ampliamente criticada por nuestra más reconocida doctrina, particularmente por A.F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 52, 105 y ss. y S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 114 y ss.

impactantes que en la actualidad se producen en el medio ambiente: la protección frente a los ruidos.

Significativamente, esta nueva corriente doctrinal está provocando ya las siguientes situaciones:

En primer lugar, la recepción de esta jurisprudencia evidenciará la definitiva consideración de la contaminación acústica como una auténtica agresión ambiental y no como una mera o simple molestia, como en numerosas ocasiones ha sido calificada, capaz, por tanto, de generar verdaderos perjuicios, tanto físicos como morales, todos ellos valorables económicamente y dignos de compensación monetaria.

En segundo término, la recepción por la totalidad de Jueces y Tribunales de esta corriente supondrá la plena integración del atentado producido por el ruido como un elemento conformador del núcleo esencial de determinados derechos constitucionales, como son el derecho a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15 de nuestro Texto fundamental, y el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de domicilio proclamado en el artículo 18 del mismo, y habilitando, como inmediata consecuencia a favor de la víctima, la posibilidad que asiste a la misma de ejercitar tanto el recurso de amparo como la vía especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, acciones hasta ahora, la mayor parte de las ocasiones, vetadas para la protección de las agresiones molestas.

Como tercer mérito, esta doctrina, además de suponer un relanzamiento de la acción de exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración pública como una de las técnicas jurídicas más eficaces para vencer la pasividad de la misma, va a significar, asimismo, una mejora en la prestación de los servicios públicos. A nuestro entender, la posibilidad que se brinda a los ciudadanos de acudir a la vía judicial reclamando frente a la inactividad administrativa y las cada vez más frecuentes condenas judiciales a la Administración por esta causa, habrá de redundar en un mayor de efectividad en la puesta en marcha de las tareas públicas y en el correcto funcionamiento de la actuación de las autoridades y agentes encargados de su ejecución.

Finalmente, es necesario destacar la posibilidad que se advierte de extender los fallos judiciales estimatorios a los que hemos hecho referencia a la reparación de otros daños ambientales hasta ahora exentos de tratamiento jurídico adecuado, como los olores, los atentados visuales o a la estética, la atención a los cuales puede ser objeto, asimismo, de preocupación y obligación municipales.

La revisión jurisdiccional de las infracciones al derecho a la tutela judicial efectiva y el carácter subsidiario del recurso de amparo

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Magistrado de lo Contencioso-administrativo
Doctor en Derecho

Sumario:

I. Planteamiento general. II. La tesis propuesta: el recurso de amparo en sede judicial. III. Posiciones doctrinales. A) El debate en torno a la naturaleza jurídica –casacional– del recurso de amparo. B) Pronunciamientos a favor de la tesis propuesta. C) Planteamientos opuestos a la tesis propuesta. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El artículo 52.2 CE establece que:

> "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia."

El procedimiento judicial al que alude este precepto se regula en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Esta Ley es anterior en un día a la Constitución y su ámbito de aplicación no coincidía exactamente con el mencionado en el artículo 53.2 CE. Por eso, la Disposición Transitoria Segunda.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) lo amplió y extendió a todos los derechos y libertades a que se refiere dicho precepto constitucional[1].

(1) Debe tenerse presente que la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ha derogado la Sección Segunda de la Ley 62/1978, referente a la garantía Contencioso-administrativa, y que en Capítulo I de su Título V se regula un nuevo procedimiento para la protección de los derechos de la persona en el orden contencioso-administrativo.

Por su parte, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se regula en los artículos 161.1.b) y 162.1.b) CE, y en los artículos 41 a 58 de la citada LOTC. En concreto, este recurso se puede interponer contra actos de órganos del Poder Judicial vulneradores de los derechos fundamentales y libertades públicas. Esta modalidad de recurso de amparo no figura explícitamente prevista en la regulación de nuestra Constitución y, por tanto, se incluye *ex novo* en el artículo 44 de la LOTC, cuyo tenor es el siguiente:

> "1. Las violaciones de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:
>
> a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial[2].
>
> b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional[3].
>
> c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello.
>
> 2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 20 días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial."

Debe señalarse que el precepto constitucional que ha originado la más abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en vía de recurso de amparo, hasta el punto de poderse afirmar que la inmensa mayoría de dichos recursos, de una u otra manera, tratan fundamentalmente sobre él, es el artículo 24 CE[4], a cuyo tenor:

(2) Para GARCÍA MORILLO esta previsión presenta dos inconvenientes. Primero, el de confundir un mecanismo procesal, el del recurso judicial ordinario, encaminado a garantizar la corrección de la resolución sobre el fondo, con la necesaria y rápida preservación de un derecho fundamental cuya violación ha podido tener lugar por cuestiones ajenas al fondo de la cuestión debatida, colocando así en el mismo plano dos cuestiones claramente desequilibradas puesto que una de ellas, al referirse a un derecho fundamental, merece una protección cualificada. Y segundo, se abre al actor una cadena de actuaciones judiciales previas al amparo constitucional que dilatan la resolución final. Frente a ello, propone ofrecer al interesado la opción de agotar la vía judicial o de acudir directamente al amparo constitucional (GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, 1985, págs. 93 y 94).

(3) CASCAJO CASTRO señaló que el artículo 44.1.b) LOTC es uno de los problemas más difíciles en la estructuración del amparo, entre otras razones, porque no le va a resultar sencillo al Tribunal Constitucional respetar siempre el *factum* origen de la actuación del órgano judicial *a quo*. El referido articulo 44.1.b) LOTC aparece así como uno de los límites más hábiles del amparo (CASCAJO CASTRO, "La tutela judicial reforzada de los derechos y libertades públicas: los primeros recursos de amparo constitucional", en la obra colectiva *El Poder Judicial*, Tomo I, Madrid, 1983).

(4) El número de recursos de amparo presentados ante el Tribunal Constitucional fue creciendo ininterrumpidamente, desde su inicio. Así, de 218 en el año 1980, se pasó a 2.893 en 1990. En los terminados por sentencia entre 1981 y 1990, el artículo 24 CE fue invocado en un 56,2 por ciento de los casos. Concretamente, de los 2.893 recursos presentados en 1990,

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 24 DE LA CE ES UNA CONCULCACIÓN ESPECIAL, ESPECÍFICA Y PARTICULAR DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Una de las mayores disfunciones de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, –y ahora de la LJCA de 1998– es que no articula recurso alguno contra las violaciones de derechos fundamentales que procedan de órganos de uno de los poderes públicos: el Poder Judicial. Esto es especialmente relevante por cuanto, si bien los órganos judiciales pueden, desde luego, violar en su actuación cualquier derecho fundamental o libertad pública, –en la misma medida en que pueden incurrir en tal actuación cualesquiera órganos de los demás poderes del Estado–, la de los derechos previstos en el artículo 24 CE es una conculcación especial, específica y particular de los órganos jurisdiccionales.

La normativa vigente, sin embargo, no articula recurso "sumario y preferente" alguno contra las actuaciones de los órganos judiciales que violen derechos fundamentales, ya sean los reconocidos en el artículo 24 CE o cualesquiera otros. Esta

2.293 lo invocaron (LAPUENTE ARAGO, R., "Las dificultades del recurso de amparo en cifras", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario,* núm. 2, 1990, págs. 141 y ss.) Sobre el versátil contenido jurisprudencial del artículo 24 CE resultan de interés los trabajos de SOLSONA I CAMPS, J., "El derecho fundamental al proceso sin dilaciones indebidas: el carácter prestacional del derecho y la naturaleza objetiva de la responsabilidad derivada", en la obra colectiva *La Constitución y la práctica del derecho,* Tomo III, Aranzadi, BCH, Madrid, 1998, págs. 3.351 3.362, centrado en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que configuran el derecho al proceso sin dilaciones indebidas como derecho autónomo e independiente del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con su carácter prestacional y su posible vinculación con una deficiente estructura organizativa; de ROMERO COLOMA, A.M., *El artículo 24 de la Constitución Española análisis y valoración. El acceso del ciudadano a la justicia,* Barcelona, 1993, págs. 64 a 98, sobre la presunción de inocencia y los derechos a que no se produzca indefensión, a un proceso sin dilaciones indebidas, a un proceso penal público, acusatorio y con todas las garantías, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación y al juez predeterminado por la ley; de MOYA GARRIDO, A., *El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional. Normas procesales y derechos protegidos,* Bosch, Barcelona, 1983, págs. 16 a 27 y 127 a 163, quien también analiza la jurisprudencia sobre los artículos 44 LOTC y 25 CE, y de AROZAMENA SIERRA, J., "Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional", *Revista del Poder Judicial,* núm. 35, 1994, págs. 21 a 42, que estudia la jurisprudencia constitucional en relación con el Derecho comparado y con la jurisprudencia del TEDH.

laguna legislativa produce un evidente vacío de protección al ser totalmente ineficaz en este punto el artículo 53.2 CE. Lo único que se puede argumentar es que contra las actuaciones de los órganos judiciales cabrán siempre los recursos jurisdiccionales procedentes y, tras ellos, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, tal cosa, como señala GARCÍA MORILLO, no es del todo cierta y, en todo caso, es insatisfactoria. No del todo cierta porque ningún recurso cabe contra las omisiones, esto es, la pasividad de los órganos judiciales. E insatisfactoria porque, ni los recursos judiciales ni el amparo constitucional ofrecen una solución rápida y preferente[5].

II. LA TESIS PROPUESTA: EL RECURSO DE AMPARO EN SEDE JUDICIAL

La tesis que se mantiene en este estudio es que existe un defectuoso desarrollo legislativo del artículo 53.2 CE, en concreto, a través del artículo 44 LOTC, ya que en los supuestos en los que la vulneración de los derechos contenidos en los artículos 24 (en especial, de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas) y 25 CE (principio de legalidad en relación con cuestiones penales) se produzca por resoluciones judiciales firmes[6] o por la inactividad del órgano jurisdiccional, contra las que no cabe recurso judicial alguno, se puede acudir directamente, según la configuración legal actual, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Esta situación no parece la más idónea. Por el contrario, debería articularse algún mecanismo para que en estos casos no fuese posible acudir directamente ante el Tribunal Constitucional, sino que se debería poder recurrir en el ámbito del procedimiento jurisdiccional. No se olvide, en apoyo de esta afirmación, que la protección general de los derechos fundamentales y libertades públicas configurados en la Constitución corresponde al Poder Judicial (artículo 53.2, primer inciso, CE) y que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes "salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" (artículo 123.1 CE).

La solución podría estar, quizás, en la creación de unas Salas Especiales en los Tribunales Superiores de Justicia y en el Tribunal Supremo para conocer, en vía de amparo judicial, de las vulneraciones que, de los artículos 24 y 25 CE, se produzcan por las resoluciones firmes de los órganos judiciales o como consecuencia de dilaciones indebidas de éstos. Esta vía de recurso se configuraría como previa al acceso al Tribunal Constitucional, y supondrían la posibilidad de ventilar estas cuestiones dentro de la vía jurisdiccional. Las

(5) Por consiguiente, este autor propone una regulación urgente de dicha cuestión si no se desea que los derechos reconocidos en el artículo 24 CE queden carentes de la garantía estipulada en el artículo 53.2 del mismo texto (GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales, op. cit.*, págs. 88 a 93).

(6) Como sucede, por ejemplo, con las sentencias del Tribunal Supremo, o con las sentencias no apelables en vía contencioso-administrativa por referirse a asuntos cuya cuantía es menor a tres millones de pesetas –artículo 81.1.a) LJCA de 1998–.

Salas de los Tribunales Superiores de Justicia conocerían de los recursos, por estos motivos, contra las resoluciones firmes o la inactividad de los Juzgados unipersonales o de las Audiencias Provinciales. En tanto que la Sala Especial del Tribunal Supremo conocería de los recursos contra las resoluciones firmes o la inactividad de los Tribunales Superiores de Justicia o del propio Tribunal Supremo.

III. POSICIONES DOCTRINALES

Las posiciones doctrinales sobre esta cuestión son, como se verá, muy divergentes.

A) El debate en torno a la naturaleza jurídica –casacional– del recurso de amparo

Conviene comenzar por señalar la existencia de un debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del recurso de amparo[7]. XIOL se ha referido al Tribunal Constitucional como un órgano cuya función, a semejanza de los viejos tribunales de casación respecto de la ley, es también la de garantizar que los tribunales ordinarios adecuen sus decisiones a la Constitución[8]. GARCÍA MORILLO afirma que la función real del Tribunal Constitucional puede considerarse semejante a la que fuera la función originaria de los Tribunales de Casación[9]. GIMENO SENDRA, aunque comparte esta posición, la matiza al considerar que la función del Tribunal Constitucional se ciñe única y exclusivamente a la Constitución, sin inmiscuirse en la legalidad ordinaria[10]. Y para PÉREZ TREMPS, en los amparos del artículo 44 LOTC, contra violaciones imputables a órganos judiciales por su actividad *in procediendo* o *in indicando*, la pretensión no consiste ya en una reproducción de las demás planteadas ante la jurisdicción ordinaria, sino que se asemeja más bien a una institución de tipo casacional en el sentido clásico del término[11].

(7) Aunque el carácter casacional del recurso de amparo fue negado por la STC 11/1982, de 29 de marzo, al afirmar que "el Tribunal Constitucional no es una tercera instancia a la que corresponde revisar, con carácter general, los hechos declarados probados y el derecho aplicado por la resolución judicial impugnada", en otros muchos pronunciamientos se ha dicho que "ello no obsta para que, en determinados supuestos, pueda estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razonamiento pueda traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental" (SSTS 184/1992, de 16 de noviembre; 46/1983, de 27 de abril; 201/1987, de 16 de diciembre; 36/1988, de 3 de marzo; 63/1990, de 2 de marzo; 138/19892, de 13 de octubre; 55/1993, de 15 de febrero; 63/1993, de 1 de marzo; y 37/1995, de 7 de febrero).

(8) XIOL RÍOS, J.A., "Crisis de la jurisprudencia y Tribunal Constitucional", en la obra colectiva *Constitución y Derecho Público*, Estudios en Homenaje a Santiago Varela, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. pág. 534.

(9) GARCÍA MORILLO, J. (coord.), *La Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, pág. XXII.

(10) GIMENO SENDRA, V., en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en España*, pág. 184.

(11) PÉREZ TREMPS, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, págs. 222 a 224. En el mismo sentido parece pronunciarse RUBIO LLORENTE, F., "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1981, pág. 66.

Por el contrario, para SÁNCHEZ AGESTA y PÉREZ LUÑO el recurso de amparo constitucional no es, ni puede considerarse en general, como un recurso de casación, ya que sólo puede fundarse en la infracción o errónea interpretación de preceptos constitucionales, ni como un recurso de revisión cuando sea motivado por un acto judicial que desconozca o vulnere estos derechos y libertades, ya que el Tribunal Constitucional no podrá hacer consideraciones sobre los hechos que dieron lugar al objeto ni sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales[12].

De igual manera, para CARRILLO el recurso de amparo es un proceso distinto, extraordinario e independiente de los jurisdiccionales, por lo que no es un recurso especial equivalente al modelo de la casación. Aunque no dejen de haber similitudes con el recurso de casación, el recurso de amparo tiene sustantividad propia. Para este autor, la labor de protección de los derechos y libertades por una instancia especial se ha hecho necesaria por las especiales disfuncionalidades personales y materiales que la Administración de Justicia ha planteado en la España democrática[13].

Esta diversa consideración tendrá, como veremos, su importancia a la hora de admitir o no la solución propuesta.

B) Pronunciamientos a favor de la tesis propuesta

Entrando ya en el núcleo de la cuestión, no han faltado opiniones en apoyo de la solución que se propone. Así, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en sus intervenciones como senador constituyente, señaló, sobre la innecesariedad del recurso de amparo, lo siguiente[14]:

> "hoy, en cambio, parece más efectiva la vía de los tribunales ordinarios, apurando todas las exigencias necesarias y cuidando de los principios de preferencia y sumariedad que el propio precepto consagra (...) cuidando también por supuesto el grado de apelación (...) si se cumplen estas exigencias, el recurso de amparo no sólo no parece necesario sino que podría resultar aun inconveniente desde el prisma de la seguridad jurídica, dada la prolongada duración que podrían alcanzar los litigios; aparte que parece razonable no sobrecargar de cometidos al Tribunal Constitucional".

Por ello, no es de extrañar que, en relación con el recurso de amparo previsto en el artículo 44 LOTC, este mismo autor haya sostenido que lo normal y lo deseable es que los tribu-

(12) SÁNCHEZ AGESTA, L. "Sistema Político de la Constitución Española de 1978", *Revista de Derecho Privado*, 1983, pág. 464; PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 92.

(13) CARRILLO, M., "La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios", BOE, CEC, Madrid, 1995, págs. 76 a 77. En idéntico sentido se pronuncia SÁNCHEZ MORÓN, M., *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*, CEC, Madrid, 1987, pág. 30.

(14) Diarios de Sesiones –Senado–, núm. 46, de 30 de agosto de 1978, págs. 2.113 a 2.114.

nales ejerciten la *independencia*, que con toda intención vino a atribuirles el texto constitucional[15].

En términos generales, también CRUZ VILLALÓN, muestra cierto excepticismo sobre la virtualidad del recurso de amparo, al considerar que debe haber "menos amparo frente al juez, más amparo frente al legislador"[16]. Y GONZÁLEZ PÉREZ evidencia igualmente ciertas reticencias ante la actual configuración del recurso de amparo al afirmar que[17]:

> "el ciudadano podrá encontrar una más eficaz defensa en el juez ordinario que en el alto –y, por tanto, más alejado de la realidad– Tribunal Constitucional".

XIOL considera al recurso de amparo, en base a su carácter subsidiario, como un recurso de casación. Sin embargo, parece rechazar la discusión sobre cuál de los dos Tribunales –el Supremo o el Constitucional– es realmente supremo, sobre todo si, para forzar una contraposición entre los tribunales ordinarios en su conjunto, por una parte, y el Tribunal Constitucional, por otra, se acude a caracterizaciones inadmisibles del poder judicial como órgano o complejo orgánico que ejerce jurisdicción.

PARA XIOL RÍOS SE HA PRODUCIDO UNA DESVIRTUACIÓN DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL RECURSO DE AMPARO, YA QUE SE CONCIBE COMO UNA PROLONGACIÓN NATURAL DEL PROCESO ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

Afirma, en lo que aquí nos interesa, que, como consecuencia de la inadecuación al día de hoy de unas normas que tuvieron su justificación en el momento de entrar en vigor la CE, en la actualidad prácticamente cualquier resolución de un tribunal ordinario, incluido el Tribunal Supremo, puede ser impugnada mediante el recurso de amparo constitucional, lo que, en su opinión, supone una desvirtuación del carácter subsidiario del amparo, ya que:

> "la concepción de éste como una prolongación natural del proceso ante los tribunales ordinarios hace perder en gran medida el sentido de la necesidad de que la violación del derecho fundamental haya sido realmente planteada como tal ante un tribunal ordinario, antes de acudir al Tribunal Constitucional".

(15) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales", en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 618.

(16) CRUZ VILLALÓN, P., "El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador", en la obra colectiva *Los procesos constitucionales (Segundo Simposio de Derecho Constitucional)*, CEC, Madrid, 1992, pág. 117.

(17) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 281.

Denuncia lo incomprensible que resulta que el filtro que establece el artículo 44.1.a) LOTC sea inoperante en ocasiones por falta del adecuado desarrollo legislativo, ya que es posible y frecuente que una decisión de un tribunal ordinario se recurra en amparo ante el Tribunal Constitucional sin haber existido la oportunidad de un examen previo por parte de los tribunales ordinarios de la infracción procesal alegada (resulta paradigmático el caso de violaciones *in fraganti* del principio de audiencia puestas de manifiesto después de dictada sentencia firme *ex* artículo 240 LOPJ).

Se deben, por tanto, en su opinión, introducir las necesarias modificaciones legales para restablecer y equilibrar el carácter subsidiario del recurso de amparo mediante la configuración de la vía previa. Sin embargo, existen diferencias doctrinales. Así, alude XIOL a la tesis defendida por PECES BARBA, PAREJO y GÓMEZ BENÍTEZ, que propugnan la creación de Tribunales o Salas dedicados exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales mediante un proceso especial o a través de la introducción de medidas específicas de protección en los procesos ordinarios. Cuando se trata de vulneraciones no judiciales de derechos fundamentales, acude a la tesis de BORRAJO, quien defiende, sobre el modelo del *habeas corpus* y del proceso contencioso en materia de derecho de reunión, un proceso incidental, de carácter cuasi-cautelar y posesorio, sin efectos de cosa juzgada; es decir, un verdadero proceso sumario y preferente en los términos del artículo 53.2 CE, que se asemeje a un interdicto de amparo. Por último, cuando se trate de vulneraciones durante el proceso, el remedio para XIOL no es la nulidad de actuaciones, sino la protesta y el recurso de carácter interlocutorio si se dan situaciones irreversibles o resultan afectados derechos fundamentales sustantivos, no procesales[18].

Por otra parte, y a favor de la reducción competencial del Tribunal Constitucional, se ha pronunciado CASTEDO al reconocer que el amparo constitucional por violaciones de los derechos y libertades motivadas por actos u omisiones del Poder Judicial es el más arduo y difícil de los supuestos de actuación de este recurso porque en él aparece frontalmente la trascendente cuestión de la ubicación o incardinación del Tribunal Constitucional en nuestro sistema judicial y por ende en el esquema de los poderes del Estado. En el problema no sólo subyacen aspectos y consecuencias judiciales, o jurídicas en general, sino que también se connota de consideraciones y efectos políticos.

La solución, para este autor, radica en reducir la procedencia del recurso de amparo constitucional contra acciones u omisiones judiciales sólo respecto de violaciones entroncadas con los derechos fundamentales proclamados en el artículo 24 CE, ya que, de lo contrario, si el Tribunal Constitucional funciona extensivamente, estará avocado a intervenir en más asuntos de los que corresponde al Tribunal Supremo, dañándose así su alcance y significado[19].

(18) XIOL RÍOS, J. A., "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo", en la obra colectiva *La sentencia de amparo constitucional*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEC, Madrid, 1996, págs. 76 a 81.

(19) CASTEDO ÁLVAREZ, F., "El recurso de amparo constitucional", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen I, DGCE, IEF, Madrid, 1981, págs. 199 a 208.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, por su parte, considera que la culminación de la tutela configurada en el artículo 53.2 CE en el Tribunal Constitucional supone un desplazamiento o sustitución de la máxima jerarquía que, sobre los Tribunales ordinarios, corresponde al Tribunal Supremo en todos los órdenes. La plenitud jurisdiccional para resolver en profundidad y con todas las garantías el recurso de amparo frente a la actuación de un órgano judicial, sólo podría tenerla a su alcance el Tribunal Supremo, tanto por razones orgánicas como procesales, ya que, en tal caso, ningún problema ofrecería que esa última instancia controlase lo resuelto por los Jueces y Tribunales inferiores de la propia jurisdicción, pues no pugnaría ni perjudicaría la independencia judicial, diversamente de lo que acontece cuando la supervisión se confiere a un Tribunal político ajeno a esa jurisdicción. Por este motivo, mantiene que:

> "la normativa más adecuada y coherente hubiese sido atribuir tanto la petición de amparo, como el recurso, a la propia jurisdicción ordinaria, asignando la competencia de la primera al inmediato superior jerárquico del órgano judicial implicado por tal petición; encomendando el último a una Sala especial del Tribunal Supremo, a la que, en su caso, se elevaría *per saltum* todo lo actuado, si el presunto agraviado interpusiera dicho recurso frente a lo resuelto en la fase de petición de amparo"[20].

Para PERA VERDAGUER, siempre que el acto u omisión denunciados como causantes de las violaciones de derechos o libertades hayan consistido en vicios o defectos de procedimiento perseguibles por la vía de los llamados incidentes de nulidad de actuaciones, deberá previamente acudirse a este remedio, y no a la culminación de los recursos jurisdiccionales, para poder accionar luego la vía del recurso de amparo constitucional[21]. Tras manifestar su insatisfacción ante la institucionalización de una super instancia a la que no escapa ninguna decisión de los órganos del Poder Judicial, reconoce que:

> "hubiera sido pretensión exorbitante la consagrada en otras legislaciones que encomiendan precisamente al más alto órgano judicial estos temas, más puede también ser excesiva la de signo contrario, reductora de esos mismos órganos judiciales, y de cualesquiera de rango inferior, a la condición de potenciales violadores de derechos fundamentales y libertades públicas. Puede solemnemente afirmarse que si existe alguna legislación en la que los derechos del ciudadano, frente a los posibles errores o extralimitaciones de los órganos

(20) Toda esta problemática se deriva, según DOMÍNGUEZ MARTÍN, de que el trasplante del amparo mejicano, verificado por la Constitución Republicana de 1931, mantenido en la actual de 1978, pretendió realizarse desconociendo que la Suprema Corte de Méjico, equivalente al Tribunal Supremo español, es el órgano jurisdiccional al que corresponde la última palabra en dicho recurso, por lo que la normativa establecida quebranta su estructura orgánica y, según la interpretación y uso que de ella se haga, los principios cardinales de independencia judicial, seguridad jurídica y responsabilidad (DOMÍNGUEZ MARTÍN, S., "Análisis crítico sobre la juridicidad del Tribunal Constitucional Español", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen I, DGCE, IEF, Madrid, 1981, págs. 743 y 778).

(21) De forma inversa, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ señaló que, para dar efectividad a las sentencias resolutorias de los recursos constitucionales de amparo respecto de actos u omisiones de un órgano judicial, y proceder a una reposición de las actuaciones con su devolución al Juez para su subsanación, lo más adecuado es un incidente de nulidad de actuaciones, con reposición de éstas al momento adecuado para continuar el proceso hasta su subsanación (JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J.I., "El recurso de amparo constitucional respecto de resoluciones judiciales", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen II, DGCE, IEF, Madrid, 1981, págs. 1.326 y 1.327).

> judiciales, gocen de adecuada protección, es precisamente en la nuestra, en la que las cadenas de recursos son frecuentemente inagotables"[22].

SÁNCHEZ AGESTA, tras aludir al sistema mejicano de recurso de amparo frente a defectos procesales que entrañen el desconocimiento de una garantía constitucional, señaló que:

> "en España la casación existe ya para cubrir 'todas las garantías de un proceso público' y, especialmente, las referentes a los medios de prueba. Con esta constitucionalización como derecho de las formas de procedimiento vamos a establecer, pues, un nuevo juicio que puede comprender la anulación de sentencias del Tribunal Supremo al reponer el procedimiento al momento en que se cometió la infracción"[23].

Para FRIGINAL, el tercero de los supuestos del que se ocupa el artículo 44 de la LOTC carece de un sólido fundamento para ser articulado como objeto propio del recurso de amparo, máxime cuando por la vía de los recursos judiciales correspondientes, pueden perfectamente corregirse las supuestas violaciones cometidas por actos u omisiones de un órgano judicial, siendo, por otro lado, un grave error residenciar la última instancia para la correspondiente corrección en un órgano que no pertenece, ni menos se incardina, dentro de la organización del Poder Judicial, por lo que, en buena lógica, es a la última instancia dentro de ésta, es decir, al Tribunal Supremo, a quien debería haberse referido la depuración de tales posibles violaciones[24].

Esta misma idea ha sido reiterada por SALA SÁNCHEZ que propugna arbitrar un procedimiento que consistiría en una comparecencia de las partes, con intervención del Ministerio Fiscal e informe del Juez o Tribunal a quien se atribuya la lesión, que se residenciaría en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso del recurso de amparo frente a resoluciones de los órganos jurisdiccionales del correspondiente territorio que no fueran susceptibles de ulterior recurso, o bien sería de conocimiento por el Tribunal Supremo cuando sí cupiese recurso de casación. Y, en el supuesto caso de que la violación proviniese de éste, la cuestión de amparo debiera encargarse a la Sala que prevé el artículo 61 LOPJ[25].

(22) PERA VERDAGUER, F., "Violación de derechos y libertades por órganos judiciales", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen III, DGCE, IEF, Madrid, 1981, págs. 2.107 y 2.116.

(23) SÁNCHEZ AGESTA, L., "El artículo 24 de la Constitución y el recurso de amparo", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen III, DGCE, IEF, Madrid, 1981, pág. 2.494.

(24) FRIGINAL FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, L., "Aproximación a una tesis articuladora de los recursos de amparo y contencioso-administrativo", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, DGCE, IEF, Madrid, 1981, pág. 1.141.

(25) SALA SÁNCHEZ, P., "La delimitación de competencias entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales", *Discurso de apertura del año judicial, Memoria 1994 sobre situación y funcionamiento de salas y servicios y movimiento de personal en el Tribunal Supremo*, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 30 y 31. JIMÉNEZ DE PARGA también planteó la solución de que cuando el Tribunal Constitucional dicte una sentencia estimando una demanda de amparo por vulneración del artículo 24 CE, se considere que tal sentencia es un motivo de revisión junto a los ya previstos en las leyes pro-

En contra del papel ocupado por el Tribunal Constitucional, el *ex* Presidente del Tribunal Supremo señaló que:

> "parece como si, pese a las cautelas adoptadas, al constituyente y al legislador ordinario les hubiera resultado un sistema de justicia constitucional de amparo completamente distinto al que previeron. En vez de 'en su caso', 'en los casos', sería 'en todo caso' cuando de no haberse otorgado el amparo en la vía judicial, procedería el amparo constitucional".

También indicó que la amplitud en la configuración del contenido del artículo 24 CE "ha hecho posible que cualquier cuestión o problema de índole procesal haya sido relacionada positivamente con el derecho a la tutela judicial y con la indefensión", por lo que propuso la posibilidad de limitar legislativamente el acceso de los derechos reconocidos en el artículo 24 CE al amparo constitucional, con lo que las vulneraciones de derechos fundamentales que se produjesen por órganos constitucionales tendrían su protección última en la vía ordinaria[26].

EL EX PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO, PASCUAL SALA, PROPUSO LA POSIBILIDAD DE DELIMITAR LEGISLATIVAMENTE EL ACCESO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 24 CE AL AMPARO CONSTITUCIONAL

SERRA, por su parte, pone en evidencia las difíciles relaciones que se producen entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, y más en concreto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo[27]. Tras reconocer que la amplia instrumentalización del artículo 24 CE, además de justificar la revisión en amparo por el Tribunal Constitucional de un elevado porcentaje de actuaciones judiciales, permite a los particulares apelar al mismo en un último intento de encontrar una revisión de su caso[28] descarta la posibilidad de atajar este problema mediante la exclusión del referido artículo de la protección del recurso de amparo constitucional, ya que esta

cesales y que, por lo tanto, el asunto se remita siempre a la Sala especial prevista en el artículo 61 LOPJ para que resuelva definitivamente el asunto (JIMÉNEZ DE PARGA, M., en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979 a 1994 (Coloquio Internacional, Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, CEC, Madrid, 1995, pág. 188).

(26) SALA SÁNCHEZ, P., "La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales", *op. cit.*, págs. 19, 23 y 24.

(27) También evidenciadas por LÓPEZ GUERRA, L., "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional", en la obra colectiva *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 29.

(28) La STS de 3 de noviembre de 1987, Sala Primera, señaló que el afán de recurrir es una "ética cuando menos equivocada, pero tan frecuente hoy en día que puede afirmarse, con benevolencia, que constituye una simple y viciosa realidad social".

solución no es constitucionalmente posible[29] y supondría un traspaso de trabajo del Tribunal Constitucional al Tribunal Supremo.

Señala que una posible solución al problema se encuentra en la conversión del recurso de casación en filtro del recurso de amparo. Tomando como base el principio de subsidiariedad –que consiste en dar la oportunidad a los propios tribunales de enmendar las vulneraciones de derechos fundamentales que ellos hayan producido–, propone que el recurso de casación se convierta en un filtro que alivie de trabajo al Tribunal Constitucional, especialmente al impedir recurrir en amparo toda sentencia cuya constitucionalidad no hubiera enjuiciado antes el Tribunal Supremo. Es decir, propone la creación de una Sala especial en el seno del Tribunal Supremo con la denominación de "Sala de amparo" y que se encargaría de conocer principalmente de los casos relacionados con la vulneración de la tutela judicial efectiva o, en general, de las violaciones de derecho producidas por los órganos jurisdiccionales[30].

En términos similares, GABALDÓN afirma que un medio para otorgar protección rápida para las infracciones procesales causantes de indefensión y demás vulneraciones del artículo 24 CE consistiría en atribuir su conocimiento y remedio al Tribunal inmediato superior al que las produjo: mediante los recursos ordinarios, si éstos son posibles; mediante una queja especial y sumaria, si la sentencia es ya firme; mediante la denominada audiencia al rebelde en los casos de falta de presencia en el proceso, y mediante los recursos de casación y revisión, cuando procedan. Considera, precisamente en la línea que se propone, que:

> "sería necesaria cierta reforma legislativa, a partir de un doble principio: atribuir a las Salas de lo Civil y Penal una preeminencia procesal dentro de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma otorgándoles una nueva competencia: la de conocer de los recursos de amparo frente a resoluciones de aquellos órganos que no fueran susceptibles de ulterior recurso, es decir, aquellas con las que se hubiera agotado la vía judicial previa exigida por el artículo 44.1.a) de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Las Salas de referencia, mediante la articulación de un procedimiento sencillo, se convertirían así en la instancia jurisdiccional resolutoria de los recursos de amparo a los que se refiere el artículo 53.2 CE. La limitación a las resoluciones de órganos jurisdiccionales no susceptibles de otro recurso en la vía judicial no les restaría un ápice de importancia, porque son precisa-

(29) RUBIO LLORENTE, si bien considera que no existe prohibición constitucional alguna que impida la supresión del artículo 24 CE del recurso de amparo, cree que esa exclusión sería un error gravísimo porque alteraría de manera radical la imbricación ya establecida entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria (RUBIO LLORENTE, F., "El recurso de amparo constitucional", en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979 a 1994, op. cit.*, págs. 168 y 169).

(30) SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 26, 112 a 113 y 169-170. Esta solución ya fue apuntada anteriormente en los trabajos de GARCÍA RUIZ, L., *El recurso de amparo en el derecho español*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pág. 167, y GIL ROBLES, A., *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, CEC, Madrid, 1996, pág. 102.

mente estas resoluciones judiciales las que con mayor fuerza están reclamando una vía resolutoria del amparo rápida e inmediata (...) La tutela de todos los derechos configurados en el artículo 24 podría ser planteada, según lo dicho, a las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Superior, en un recurso de amparo cuyo objeto se circunscribiría estrictamente a esa pretensión y en un procedimiento tan simple y sumario que, en la mayoría de los casos, pudiera reducirse al escrito de interposición, su contestación por la parte contraria y la remisión de las actuaciones a la Sala, quien decidiría inmediatamente de oír al Fiscal (también al Abogado del Estado en caso de procesos contencioso-administrativos"[31].

Sin embargo, también reconoce lo necesario de la existencia de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por imperativo constitucional y por la carga que, para el Tribunal Supremo, supondría su eliminación. Por ello propone unas soluciones alternativa. Según la primera, el Tribunal Constitucional seguiría conociendo de todos los recursos subsidiarios de amparo interpuestos contra la resolución judicial que agotase esta vía. La segunda alternativa consistiría en limitar el acceso del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional a la vulneración del párrafo primero del artículo 24 CE, es decir, a las resoluciones judiciales que priven de acceso a los tribunales, determinen una clara denegación de justicia incluso por omisión inmotivada, o por resolución que, sin fundamento, no entró en el fondo, o dilaciones indebidas no resueltas en la sentencia, etc., encomendando a los tribunales ordinarios o al Tribunal Supremo el conocimiento del amparo en relación con los derechos procesales del artículo 24.2, si bien a este último sólo en resolución de los recursos ordinarios y extraordinarios admitidos ante el mismo[32].

Para CASTILLO RIGABERT la atribución de una materia eminentemente jurisdiccional, como es el recurso de amparo, a un órgano no encuadrado en el orden jurisdiccional plantea problemas teóricos y prácticos al suponer, a la postre, un signo de desconfianza hacia el Poder Judicial y una contraposición entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Por otra parte, la configuración legal del objeto del recurso de amparo, esto es, de los derechos y libertades que se sitúan en esta zona de especial protección, es errónea, ya que "no son todos los que están". En concreto, considera que los derechos de carácter procesal (artículo 24 CE) están suficientemente protegidos por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y, por consiguiente, la labor del Tribunal Constitucional puede solaparse con la de aquéllos. Sin embargo, más adelante sostiene que, para evitar posibles conflictos entre ambos órdenes jurisdiccionales, quizás hubiera sido mejor solución limitar la posibilidad de recurrir en amparo a los supuestos de eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter procesal.

En cualquier caso, señala este autor que lo cierto es que existen dos objetos procesales distintos y claramente diferenciados: el del proceso ordinario en el que se produce la posible violación de un derecho fundamental, y el proceso constitucional originado en

(31) GABALDÓN LÓPEZ, J., "¿Hacia un amparo judicial?", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XXVII, págs. 26, 27, 31 y 40.

(32) GABALDÓN LÓPEZ, J., "¿Hacia un amparo judicial?", *op. cit.*, págs. 40 y 41.

un acto u omisión del órgano jurisdiccional que ha vulnerado un precepto de carácter formal. Dado el tenor literal del artículo 44.1.b) LOTC no existe ningún problema cuando lo que se denuncia en amparo constitucional es un quebrantamiento de forma con infracción de las normas constitucionales que consagran determinados derechos procesales. Eso sí, la vía del artículo 44 LOTC debe quedar reducida al supuesto de acciones u omisiones de los órganos jurisdiccionales que no guarden relación con los hechos que son objeto del proceso previo. De esta forma, lo que se excluye del recurso de amparo son las violaciones que, *error in udicando,* en relación al juicio de fondo, puedan cometer los jueces y tribunales ordinarios.

Sin embargo, ésta no ha sido la tesis del Tribunal Constitucional que ha interpretado torcidamente este precepto al abrir la vía del amparo constitucional precisamente cuando los órganos judiciales en sus resoluciones de fondo presuntamente violan algún derecho fundamental (error *in indicando*).

Esto es gravemente contraproducente, en la medida que, en la práctica, se produce una efectiva desjerarquización del Tribunal Supremo, al ser sus resoluciones recurribles en amparo ante el Tribunal Constitucional. Se ataca así el adecuado equilibrio entre las instituciones del Estado y la propia regulación que, sobre el poder judicial, mantiene la Constitución[33].

Todas estas propuestas han recibido serias críticas por cuanto se piensa que con ellas se volvería a suscitar la difícil tarea de la delimitación entre constitucionalidad y legalidad al encomendarse al Tribunal Supremo una competencia en la que no es supremo, y se crearía una instancia judicial más con el consiguiente efecto dilatorio en los procedimientos[34].

SERRA ha reconocido así que "nos encontraríamos con dos instancias constitucionales: una ante el TC y la otra, cuando las vulneraciones proviniesen de los tribunales ordinarios, ante el TS, lo cual, a nuestro parecer, vendría a perturbar aún más la situación".

La solución, a su juicio, no está en la eliminación del amparo constitucional sino en intentar que, dando efectividad al principio de subsidiariedad, la protección de derechos pueda encontrarse en la vía ordinaria sin acudir a dicho recurso. Para ello, es indispen-

(33) CASTILLO RIGABERT, F., *La admisión del recurso de amparo,* Universidad de Murcia, 1991, págs. 23, 69 a 80, 91 y 153 y 154. En sentido similar DE LA OLIVA señaló que "en un plano práctico, no técnico, hay que admitir que los litigios y las causas judiciales ya no se acaban, como mucho, en el Tribunal Supremo. En otro sentido, es necesario reconocer que, funcional o materialmente, el Tribunal Constitucional, al ejercer su alta misión en ciertos casos, –nadie, insistimos, pretende que se esté comportando ilegal o inconstitucionalmente–, se constituye, por encima del Tribunal Supremo, en una instancia de fiscalización de la actividad constitucional, con enorme trascendencia práctica (directa o indirecta) sobre ésta" (DE LA OLIVA SANTOS, A., "El Tribunal Constitucional como última instancia jurisdiccional", *RDPI,* 1982, págs. 338 y 339).

(34) PÉREZ TREMPS, P., "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", pág. 431. CRUZ VILLALÓN señaló al respecto que "es bastante con un Tribunal Constitucional" (CRUZ VILLALÓN, P., "El recurso de amparo constitucional, el juez y el legislador", en la obra colectiva *Los procesos constitucionales (Segundo simposio de Derecho Constitucional),* CEC, Madrid, 1992, pág. 119).

sable llevar a cabo la tan solicitada modificación de la vía ordinaria de amparo existente actualmente, sustituyéndola por otra que dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 53.2 CE, que establezca una garantía de los derechos fundamentales en todos los órdenes jurisdiccionales, y que prevea la posibilidad de recurrir dentro de la jurisdicción ordinaria las decisiones de los jueces y tribunales presumiblemente vulneradoras de algún derecho fundamental. La solución, en cualquier caso, no se encuentra en la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales y, en concreto, del artículo 24 CE[35].

C) Planteamientos opuestos a la tesis propuesta

Aunque para DÍEZ-PICAZO la discusión acerca de si el recurso de amparo constituye verdaderamente un recurso o si más bien es un proceso autónomo, tiene un carácter bizantino e inoperante, retoma la espinosa cuestión de la verdadera naturaleza de este recurso constitucional, ya que, si bien en los casos del recurso de amparo encauzado en base a los artículos 42 y 43 LOTC, el recurso constitucional funciona como una verdadera y propia instancia jurisdiccional, de cognición limitada a la tutela de derechos fundamentales, sin embargo, en los recursos de amparo encauzados a través del artículo 44 LOTC, en los que realmente se imputa la vulneración de forma inmediata y directa a una acción u omisión de un órgano judicial, la naturaleza del amparo se vuelve más oscura, habiéndose llegado a afirmar que, en estos casos, el amparo asemeja a un recurso de casación[36].

EL ARTÍCULO 44 LOTC PERMITE AL TRIBUNAL REALIZAR UNA APRECIACIÓN FÁCTICA, NO DE LOS HECHOS QUE ORIGINARON EL PROCESO SINO DE LOS HECHOS PROCESALES, DE LOS ACAECIDOS EN EL PROCESO

DÍEZ-PICAZO cuestiona esta afirmación al entender que el artículo 44.1.b) LOTC no impone al Tribunal Constitucional el límite típico de la casación en todos aquellos casos –la mayoría– en que el Tribunal, para apreciar la vulneración imputada a un órgano judicial, no necesita entrar a conocer los hechos. En la mayoría de los casos –básicamente aquellos en que la vulneración que se imputa es de derechos fundamentales "procesales"– el Tribunal no necesita variar el relato fáctico; ni siquiera en los supuestos de la vulneración de la presunción de

(35) SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo, op. cit.*, págs. 170 y 196 a 197.

(36) Así, el artículo 4.1.b) LOTC prohíbe al TC entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso en que la vulneración se produjo, lo que parece una técnica típicamente casacional pensada para alejar al Tribunal en estos casos del papel de un órgano de instancia.

inocencia. En estos casos el Tribunal Constitucional no realiza un enjuiciamiento fáctico, no declara probado o no un hecho, sino que se limita a declarar que la apreciación fáctica realizada por el tribunal ordinario ha vulnerado un derecho fundamental, lo que es distinto. Es decir, el Tribunal Constitucional no se transforma en un tribunal de casación. En los casos del artículo 44 LOTC, lo único que puede realizar es una apreciación fáctica, no de los hechos que dieron lugar a los hechos del proceso, sino de los hechos procesales, de los acaecidos en el proceso. Por ello, este autor concluye que los artículos 44.1.b) y 54 LOTC son un signo de desconfianza hacia el Tribunal Constitucional en su deber de respeto a su delimitación competencial respecto de los demás órganos judiciales.

Los únicos amparos del artículo 44 LOTC en que el amparo funciona como una casación de preceptos sustantivos, son aquellos en que el derecho fundamental que se invoca como vulnerado es sustantivo y no procesal (por ejemplo, el derecho a la igualdad del artículo 14 CE o el derecho a la legalidad en materia sancionadora). Por el contrario, la inmensa mayoría de los amparos frente a decisiones u omisiones judiciales se fundan en vulneraciones de derechos fundamentales de contenido procesal, por lo que el recurso de amparo funciona como una *querela nullitatis,* como un recurso por quebrantamiento de forma, como lo evidencia, por lo demás, el hecho de que no sea un proceso entre partes. Así, DÍEZ-PICAZO afirma que:

> "el amparo se superpone en estos casos a aquellos recursos a través de los cuales lo que normalmente se pone de manifiesto son infracciones procesales y no de fondo y cumple, por tanto, la misma función que los mismos. Dicho gráficamente, no es que el amparo se *asemeje* a un recurso de casación por quebrantamiento de forma, sino que es un recurso de casación por quebrantamiento de forma con algunas peculiaridades (...) En suma, lo que oscurece la naturaleza de los amparos del artículo 44 LOTC es que resulta difícil combinar la visión del recurso de amparo como un proceso autónomo especial de tutela de *derechos* con su funcionamiento real como medio de impugnación de infracciones objetivas de la legalidad procesal".

Y concluye con una importante reflexión relacionada con nuestra propuesta. Si el amparo no existiera y:

> "atribuyéramos al Tribunal Supremo las funciones que actualmente cumple el Tribunal Constitucional, veríamos cómo la tutela de los derechos fundamentales encajaría exactamente con el cuadro descrito: unas veces dicha tutela de los derechos fundamentales se intentaría a través de un proceso en única instancia, otras veces a través de un recurso de casación por infracción de normas sustantivas y otras veces, en fin, a través de recursos de casación por quebrantamiento de forma"[37].

(37) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo", en la obra colectiva *La sentencia de amparo constitucional,* Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEC, Madrid, 1996, págs. 19 a 25. Este autor ha alertado también sobre cómo "resulta totalmente desproporcionada la ingente masa de resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre el artículo 24 CE con el escasísimo número de preceptos legales que han sido declarados inconstitucionales por ser contra-

Aunque también reconoce que:

> "el problema no tiene fácil solución, porque la existencia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violaciones de derechos garantizados en el artículo 24 CE es una exigencia impuesta por el artículo 53.2 CE. De este modo, con ese presupuesto constitucional, difícilmente ninguna configuración del sistema de recursos resultará enteramente satisfactoria. Una posibilidad es que el Tribunal Supremo deje de conocer de recursos basados en infracciones procesales y se centre exclusivamente en infracciones sustantivas (...) creándose un recurso ante los Tribunales Superiores de Justicia por infracciones de tipo procesal. Este sistema tiene obviamente el inconveniente de que el Tribunal Supremo deja de ser tal en cuestiones procesales. Ahora bien, el problema, rectamente entendido, es que configurar un sistema de recursos que garantice la supremacía del Tribunal Supremo en todos los órdenes –y, por tanto, también en cuestiones procesales– y que a la vez garantice la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales –y, por tanto, también en lo que respecta al artículo 24 CE– resulta prácticamente imposible. Por decirlo gráficamente, la amplitud del artículo 24 CE conduce a que en nuestro ordenamiento haya dos tribunales supremos en materia procesal, lo que plantea una notoria contradicción y, en definitiva, un problema para el que no cabe una solución definitiva y para el que, por tanto, habrá que buscar la menos mala de las soluciones posibles"[38].

Más explícito se muestra este autor al abordar la sugerencia doctrinal de que la reforma procesal para dar actuación al procedimiento preferente y sumario vaya acompañada de una reforma orgánica: la creación de órganos judiciales ordinarios, o al menos de una nueva Sala del Tribunal Supremo con jurisdicción especializada. Frente a ello, y parafraseando a CRUZ VILLALÓN, afirma que "la constitucionalidad debe ser patrimonio de todos los Tribunales de Justicia por igual, es bastante un Tribunal Constitucional"[39]. Por lo que cabe entender que su postura es contraria a la que se propone en este estudio.

A esa misma conclusión llegan BORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO y FERNÁNDEZ FARRERES. Este sector doctrinal, ha propuesto una solución radical y contundente al problema del excesivo número de demandas de amparo en relación con las garantías procesales consagradas

rios a dicho artículo. Parece como si nuestro ordenamiento procesal fuese en términos generales conforme con el artículo 24 CE y que lo que resulta contrario al mismo fuesen las interpretaciones de dicho ordenamiento procesal sostenidas por los juzgados y tribunales. Que a este fenómeno, sin embargo, subyace algo anormal lo prueba el hecho de que a menudo el Tribunal Constitucional no se atreve a extraer las mismas consecuencias cuando se enfrenta a la constitucionalidad de una Ley procesal que cuando se enfrenta a una determinada interpretación de dicha Ley procesal, es decir, por decirlo más llanamente, cuando se resuelve un recurso o cuestión de inconstitucionalidad que cuando se resuelve un recurso de amparo. Así, no han faltado casos en que el Tribunal Constitucional ha estimado un buen número de recursos de amparo por considerar contrarias al artículo 24 CE ciertas interpretaciones de un precepto procesal y, sin embargo, cuando ulteriormente se le ha planteado –o, incluso, se ha autocuestionado– la constitucionalidad de dicho precepto, ha llegado a la conclusión de que el mismo es constitucional" (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.–, "El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital", en la obra colectiva, *La Constitución y la práctica del Derecho*, Tomo I, Aranzadi, BCH, Madrid, 1998, pág. 348).

(38) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "El articulo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital", *op. cit.*, págs. 350 y 351.

(39) DÍEZ-PICAZO, L.M., "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *REDC*, núm. 40, 1994, pág. 14; CRUZ VILLALÓN, P., "El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador", *op. cit.*, pág. 14.

como derechos fundamentales en el artículo 24 CE. Esta solución se cifra en la eliminación de esas garantía procesales –o al menos de las que resultan de la tutela judicial efectiva y de la prohibición de la indefensión– del amparo material de la Constitución y de la LOTC. Sin embargo, estos autores descartan tal solución por no ser, ni es posible, ni conveniente.

No es viable por los propios términos en que se expresa la Constitución. El enigmático "en su caso" del artículo 53.2 CE, así como la expresión concordante de "en los casos y formas que la ley establezca" del artículo 161.1.b), no permiten flexibilizar la explícita referencia constitucional a los derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo. Tampoco es conveniente ya que, a pesar de los excesos expansivos al analizar el contenido de estos derechos –que han hecho que, en ocasiones, el Tribunal Constitucional haya actuado, de hecho, como una instancia revisora más de la forma y manera en que los órganos judiciales interpretan y aplican las leyes procesales–, la jurisprudencia constitucional ha propiciado una auténtica renovación de las garantías procesales y del propio ordenamiento rituario.

Si reconocen, al menos, que la inexistencia de un cauce procesal específico en la vía judicial ordinaria para atender las alegaciones relativas a la vulneración por los órganos judiciales de las garantías procesales constitucionalizadas, tal vez pueda considerarse como un déficit del sistema de protección, necesitado aun por ello de completarse para su completa efectividad. En ese marco encuadran las propuestas de constituir Tribunales especializados en la salvaguardia de los derechos fundamentales frente a las vulneraciones de los mismos causadas por los propios órganos judiciales. Tribunales que habrían de configurarse como una Sala del Tribunal Supremo y como Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, aprovechando, quizás, en este caso, las Salas de lo Civil y de lo Penal, dada su menor carga competencial. De este modo, al actual procedimiento de dilucidar las vulneraciones causadas por los propios Jueces y Tribunales a través del sistema de recursos previstos contra sus resoluciones, se añadirían nuevos procedimientos ante los señalados Tribunales.

No obstante, consideran, refiriéndose al desarrollo del artículo 53.2 CE, que la articulación de un procedimiento preferente y sumario no es concebible respecto de las presuntas vulneraciones de derechos fundamentales que se produzcan en el seno de un proceso, ya que es absurdo que ese tipo de infracción dé lugar, ni aun por vía incidental, a un proceso autónomo y paralelo al principal, por lo que, en estos casos, la vía judicial previa al amparo no ha de ser distinta de la que ofrezcan los recursos previstos en las leyes procesales.

A su juicio, la solución a los problemas indicados radica en dos líneas de actuación. En primer lugar, mediante una reforma legislativa que propicie una mejor prestación por los Juzgados y Tribunales ordinarios del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (fortalecimiento de la audiencia al rebelde, simplificación del sistema de recursos, fortalecimiento de la posición institucional del Tribunal Supremo a través del recurso de casación, potenciación de los juicios orales, etc.) En segundo lugar, es necesario que el Tribunal Constitucional reconsidere su propia jurisprudencia a propósito del contenido maximalista del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que, aunque plasma un ideal enco-

miable, no puede seriamente ser declarado como derecho fundamental por la Constitución.

Por lo demás, resulta de particular interés el prolijo análisis que estos autores realizan del contenido del párrafo 1 del artículo 24 CE y los problemas que suscita el artículo 44 de la LOTC cuando el recurso de amparo se fundamenta en una supuesta violación del citado precepto constitucional[40].

BORRAJO, ya en solitario, considera que:

> "la mejor protección de los derechos y libertades fundamentales exige la simplificación de los cauces procesales y la simplificación del organigrama judicial. Todo lo contrario, por tanto, de la idea de introducir nuevas complicaciones: ya sea bajo la forma de procesos especiales de protección de los derechos fundamentales, en general, ya sea estableciendo Salas específicas para dispensar dicha protección".

QUADRA-SALCEDO ENTIENDE QUE SÓLO CABRÍA ACCEDER A LA VÍA DE AMPARO CUANDO HUBIESE UNA RELACIÓN CAUSAL DIRECTA ENTRE LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL Y LA LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Propone así, soluciones individuales como el fortalecimiento de la audiencia al rebelde, la simplificación del sistema de recursos, la conversión de los juicios declarativos escritos en orales, la reforma de la oficina judicial o una mayor adopción de medidas disciplinarias. A pesar de su postura, reconoce la necesidad de una limitación del Tribunal Constitucional a la hora de analizar el derecho de motivación y congruencia de las sentencias, ya que con una interpretación extensiva de los mismos se puede llegar, erróneamente, a considerar que el artículo 24.c) CE consagra el derecho a una sentencia justa y a que los Tribunales pronuncien resoluciones acertadas y perfectamente adecuadas a Derecho[41].

DE LA QUADRA señala que no hay distorsión ni menoscabo a la labor del poder judicial en la llamada jurisdicción constitucional de la libertad, sino que es la lógica consecuencia del rango, carácter y función que cumplen los derechos fundamentales en la Constitución. No tiene por qué analizarse en este sentido el papel del Tribunal Constitucional con un prejuicio reduccionista en cuanto al alcance de sus funciones en el recurso de amparo.

(40) BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., "El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional", *BBV*, Civitas, Madrid, págs. 15 a 24.

(41) BORRAJO INIESTA, I., "El amparo judicial: la innecesariedad e inconveniencia de encauzarlo mediante procedimientos específicos, y de confiárselo a órganos especializados", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XXVII, págs. 77 a 99; también publicado como "Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes", *REDC*, núm. 43, 1995, págs. 25 a 49.

Considera que el apartado b) del artículo 44 LOTC exige que haya una relación directa e inmediata entre la lesión del derecho y la actuación del Tribunal, no desde una perspectiva temporal, sino causal: la relación de imputación directa e inmediata entre la decisión judicial y la lesión producida. Con ello se pretende evitar el libre acceso a través de la vía de amparo contra todas las resoluciones de los Tribunales que, de forma indirecta o mediata, puedan afectar o lesionar un derecho fundamental. Por ese medio indirecto se podría acabar por hacer del amparo un superrecurso de casación en todas las materias y ramas del Derecho[42].

PÉREZ TREMPS reconoce que, respecto de las lesiones causadas directamente por un órgano judicial cuya resolución no es recurrible por agotar la correspondiente línea de recursos, el Tribunal Constitucional no tiene la posición subsidiaria que le caracteriza, sino que actúa como garante jurisdiccional único de los derechos fundamentales. No obstante, parece rechazar ciertas líneas propuestas por la doctrina para modificar las vías de impugnación de las lesiones de derechos fundamentales ocasionadas por los órganos judiciales.

Así, señala que la rehabilitación del recurso de nulidad de actuaciones y la extensión del recurso de casación por infracción de derechos fundamentales implican ciertos riesgos para los órganos judiciales. Tan sólo admite la apertura tasada y con amplias potestades de inadmisión, de una nulidad de actuaciones por infracción de derechos fundamentales únicamente frente a vulneraciones directa y exclusivamente imputables a la resolución que ha puesto fin a la vía judicial. Se trata, en definitiva, de permitir la reparación de posibles lesiones producidas por órganos judiciales sólo cuando esas posibles lesiones no han sido ni han podido ser reparadas ante dichos órganos.

Por lo que respecta a la creación de una Sala de lo Constitucional en el Tribunal Supremo, considera que:

> "esta idea plantea bastantes dificultades técnicas y teóricas. En primer lugar, se suscita en términos radicales la difícil tarea de delimitar constitucionalidad y legalidad. Ello no es una cuestión solamente doctrinal, sino también procesal: ¿ante quién sustanciar la impugnación de un acto viciado legal y constitucionalmente?, ¿serían impugnables ante esa Sala las decisiones de las demás?, ¿tiene encaje lógico-constitucional el que en el Tribunal Supremo se cree una Sala del único orden que no es supremo, en el de las garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución)? Por otra, aunque pudiera aliviarse algo el trabajo del Tribunal Constitucional, sería a costa de crear una especie de nueva instancia judicial, de casi seguras consecuencias dilatorias en las causas"[43].

(42) QUADRA-SALCEDO, T., "El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1981, págs. 16,17, 42 y 89 a 97.

(43) Por estos motivos, sostiene que una reforma legal para establecer un sistema de selección libre de asuntos por parte del Tribunal Constitucional –similar al sistema del *writ of certiorarí* del Tribunal Supremo norteamericano–, aunque pueda ser conveniente, no es necesario ya que éste puede aumentar sus facultades de inadmisión a partir de la actual redacción

Por último, TOMÁS Y VALIENTE señala que el hecho de que el constituyente no haya atribuido el control de constitucionalidad a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, sino que haya optado por una jurisdicción constitucional concentrada en el Tribunal Constitucional se debe, por un lado, al escaso valor normativo de nuestras Constituciones, que históricamente ha propiciado que los Jueces españoles no hayan tenido encomendada la tarea interpretativa de la ley fundamental, y por otro, a cierta desconfianza política y técnica hacia éstos.

Si bien reconoce que el recurso de amparo contra actos jurisdiccionales se parece más a una amplia institución de tipo casacional, considera incuestionable que la posición del Tribunal Constitucional respecto de los órganos judiciales en estos supuestos confirma su supremacía frente a ellos. La articulación entre ambas jurisdicciones, que no es fácil, ha de ser resuelta partiendo siempre del principio de supremacía formal y funcional del Tribunal Constitucional, que se deriva, tanto de la supremacía normativa de la Constitución como del carácter de intérprete supremo de aquélla atribuido al Tribunal. Separación orgánica, articulación competencial y supremacía formal y funcional del Tribunal Constitucional son los tres principios que deben orientar la interrelación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional[44].

BIBLIOGRAFÍA

AROZAMENA SIERRA, J., "Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional", *Revista Poder Judicial*, núm. 35, 1994.

BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., "El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional", *BBV*, Civitas, Madrid.

BORRAJO INIESTA, I., "El amparo judicial: la innecesariedad e inconveniencia de encauzarlo mediante procedimientos específicos, y de confiárselo a órganos especializados", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XXVII; también publicado como "Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes", *REDC*, núm. 43, 1995.

del artículo 50.1.c) LOTC. La actual dicción de ese precepto posibilita no sólo el rechazo de demandas que planteen cuestiones estrictamente no constitucionales a través del concepto de "falta de contenido constitucional"; la norma añade aún un dato: para que la demanda sea viable debe poseer contenido constitucional que "justifique una decisión sobre el fondo de la misma por pare del Tribunal Constitucional" (PÉREZ TREMPS, "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, págs. 98 a 100 y 102). En sentido similar parece pronunciarse REVENGA SÁNCHEZ, M., "Las paradojas del recurso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional (1981-1991)", *REDC*, núm. 41, 1994, pág. 32.

(44) TOMÁS Y VALIENTE, F., "Poder Judicial y Tribunal Constitucional", *Revista Poder Judicial*, núm. especial XI, CGPJ, 1989, págs. 13 a 30.

CARRILLO, M., "La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios", *BOE*, CEC, Madrid, 1995.

CASCAJO CASTRO, "La tutela judicial reforzada de los derechos y libertades públicas: los primeros recursos de amparo constitucional", en la obra colectiva *El Poder Judicial*, Tomo I, Madrid, 1983.

CASTEDO ÁLVAREZ, F., *El recurso de amparo constitucional*, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen I, DGCE, IEF, Madrid, 1981.

CASTILLO RIGABERT, F., *La admisión del recurso de amparo*, Universidad de Murcia, Murcia, 1991.

CRUZ VILLALÓN, P., "El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador", *en* la obra colectiva *Los procesos constitucionales* (Segundo Simposio de Derecho Constitucional), CEC, Madrid, 1992.

DE LA OLIVA SANTOS, A., "El Tribunal Constitucional como última instancia jurisdiccional", *RDPI*, 1982.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo", en la obra colectiva *La sentencia de amparo constitucional*, Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEC, Madrid, 1996.

– "El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital", en la obra colectiva, *La Constitución y la práctica del Derecho*, Tomo I, Aranzadi, BCH, Madrid, 1998.

– "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *REDC*, núm. 40, 1994.

– *Poder Judicial y Responsabilidad*, La Ley, 1990.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, S., "Análisis crítico sobre la juridicidad del Tribunal Constitucional Español", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen I, DGCE, IEF, Madrid, 1981.

FRIGINAL FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, L., "Aproximación a una tesis articuladora de los recursos de amparo y contencioso-administrativo", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, DGCE, IEF, Madrid, 1981.

GABALDÓN LÓPEZ, J., "¿Hacia un amparo judicial?", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, XXVII.

GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, 1985.

– *La Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, pág. XXII.

GIL ROBLES, A., *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, CEC, Madrid, 1996.

GARCÍA RUIZ, L., *El recurso de amparo en el derecho español*, Editora Nacional, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J. I., "El recurso de amparo constitucional respecto de resoluciones judiciales", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen II, DGCE, IEF, Madrid, 1981.

JIMÉNEZ DE PARGA, M., en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en España*: "La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994" (Coloquio Internacional, Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994), CEC, Madrid, 1995.

LAPUENTE ARAGO, R., "Las dificultades del recurso de amparo en cifras", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 2, 1990.

LÓPEZ GUERRA, L., "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional", en la obra colectiva *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales", en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991.

MOYA GARRIDO, A., *El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional. Normas procesales y derechos protegidos*, Bosch, Barcelona, 1983.

PERA VERDAGUER, F., "Violación de derechos y libertades por órganos judiciales", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen III, DGCE, IEF, Madrid, 1981.

PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.

PÉREZ TREMPS, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985.

– "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39.

QUADRA-SALCEDO, T., "El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", *Cuadernos*, Civitas, Madrid, 1981.

REVENGA SÁNCHEZ, M., "Las paradojas del recurso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional (1981-1991)", *REDC*, núm. 41, 1994.

ROMERO COLOMA, A.M., *El artículo 24 de la Constitución Española: análisis y valoración. El acceso del ciudadano a la justicia*, Barcelona, 1993.

RUBIO LLORENTE, F., "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1981.

– "El recurso de amparo constitucional", en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, CEC, Madrid, 1995.

SALA SÁNCHEZ, P., "La delimitación de competencias entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales", *Discurso de apertura del año judicial, Memoria 1994 sobre situación y funcionamiento de salas y servicios y movimiento de personal en el Tribunal Supremo*, CGPJ, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ AGESTA, L., "El artículo 24 de la Constitución y el recurso de amparo", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Volumen III, DGCE, IEF, Madrid, 1981.

– "Sistema Político de la Constitución Española de 1978", *Revista de Derecho Privado*, 1983.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis* CEC, Madrid, 1987.

SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999.

SOLSONA I CAMPS, J., "Sobre el derecho fundamental al proceso sin dilaciones indebidas: el carácter prestacional del derecho y la naturaleza objetiva de la responsabilidad derivada", en la obra colectiva *La Constitución y la práctica del derecho*, Tomo III, Aranzadi, BCH, Madrid, 1998.

TOMÁS Y VALIENTE, F., "Poder Judicial y Tribunal Constitucional", *Revista Poder Judicial*, núm. especial XI, CGPJ, 1989.

XIOL RÍOS, J. A., "Crisis de la jurisprudencia y Tribunal Constitucional", en la obra colectiva *Constitución y Derecho Público, Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

– "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo", en la obra colectiva *La sentencia de amparo constitucional*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEC, Madrid, 1996.

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. a) Libre prestación de servicios. b) Libertad 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

En relación con el alcance del principio general del Derecho de seguridad jurídica se pronuncia el TJCE en su Sentencia de 12 de febrero de 2004, en el asunto C-236/02, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 TCE, por el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Países Bajos), sobre la interpretación del artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (CEE) núm. 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 (DO L 57, p. 12).

Para el Tribunal, una posible insuficiencia del mecanismo de control previsto en el del Reglamento núm. 536/93 en un caso como el del litigio principal no puede subsanarse mediante una interpretación extensiva del Derecho comunitario que imponga al productor una obligación derivada de la contabilidad material, con efectos retroactivos y

consecuencias económicas importantes que éste no podía prever. En efecto, tal interpretación extensiva iría en contra del principio de seguridad jurídica. Este principio, que constituye un principio fundamental de Derecho comunitario, exige en particular, que una normativa como la controvertida, que puede llevar a imponer cargas a los agentes económicos afectados, sea clara y precisa, con el fin de que éstos puedan conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (véanse, en este sentido, las Sentencias de 13 de febrero de 1996, Van Es Douane Agenten, C-143/93, Rec. p. I-431, apartado 27, y de 17 de julio de 1997, National Farmers' Union y otros, C-354/95, Rec. p. I-4559, apartado 57).

Las consideraciones anteriores llevan al TJCE a concluir que procede responder a la cuestión planteada que la primera frase y la letra f), del artículo 7, apartado 1, del Reglamento núm. 536/93 deben interpretarse en el sentido de que en la contabilidad material que el productor tiene la obligación de llevar, únicamente ha de indicarse el volumen, por mes y por producto, de la leche y/o los productos lácteos vendidos.

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica, únicamente hemos de destacar la **STJCE de 12 de febrero de 2004, As. C-218/01, Henkel KgaA,** que declara de nuevo que los Estados miembros han de interpretar el Derecho interno aplicable a un caso concreto, en la medida de cuanto sea posible, según la letra y finalidad de las Directivas comunitarias, para poder así alcanzar el resultado en éstas previsto.

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se subscribe la presente crónica el número de sentencias recaídas sobre los recursos de anulación y de omisión han aumentado considerablemente. No obstante, no se han producido novedades substanciales respecto del número anterior de la revista. Sin embargo hay que reseñar, entre otras sentencias, la STPI de 18 de diciembre de 2003, asunto T-326/99, Nancy Fern Olivieri/Comisión, en la cual el Tribunal de Primera Instancia admitió la pretensión de la anulación de un dictamen revisado de la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos, pues ese dictamen formaba parte de la motivación de la decisión impugnada. Y la STPI de 3 de diciembre de 2003, asunto T-16/02, Audi/OAMI, en cuyo fundamento jurídico nonagésimo séptimo el Tribunal de Primera Instancia dispuso que un demandante no tiene interés legítimo en la anulación por vicios de forma de una decisión si la anulación de ésta sólo puede dar lugar a que se adopte una nueva decisión, idéntica en cuanto al fondo, a la decisión anulada. Con lo cual el Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) desestimó el recurso de Audi. Igualmente, hay que recordar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta)

de 28 de enero de 2004 recaída en los asuntos acumulados T-142/01 y T-283/01, OPTUC/Comisión, en cuyo fundamento jurídico trigésimo el Tribunal de Primera Instancia recordó que "los plazos para interponer recurso son una cuestión de orden público y no constituyen un elemento discrecional para las partes ni para el juez, sino que se establecen para garantizar la claridad y la seguridad de las situaciones jurídicas". Una cuestión que fue retomada también por este tribunal en el posterior fundamento jurídico cuadragésimo cuarto de esta sentencia al disponer que "según reiterada jurisprudencia, la aplicación estricta de las normas comunitarias relativas a los plazos procesales responde a la exigencia de seguridad jurídica y a la necesidad de evitar cualquier discriminación o trato arbitrario en la administración de la justicia". Una especial importancia recae en la STPI de 28 de enero de 2004, asunto T-180/01, Euroagri, en la cual el Tribunal de Justicia analizó la diferencia existente entre las normas de procedimiento y las normas materiales a la hora de la aplicabilidad o no de la irretroactividad en el supuesto concreto. En su fundamento jurídico trigésimo sexto el Tribunal de Justicia dispuso que:

> "si bien se considera que, en general, las normas de procedimiento se aplican a todos los litigios pendientes en el momento de su entrada en vigor, no ocurre lo mismo con las normas materiales. Normalmente estas últimas se interpretan en el sentido de que no se refieren a situaciones que existen con anterioridad a su entrada en vigor salvo en la medida en que su tenor, finalidades o sistema se desprenda claramente que debe atribuírseles tal efecto. Las condiciones de concesión de la ayuda, las obligaciones del beneficiario y las condiciones en las que puede suprimirse una ayuda pertenecen a las normas materiales. Estos aspectos del presente litigio se rigen, por tanto, por los Reglamentos núms. 2052/88, 4253/88 y 4256/88 en su versión inicial. En cambio, por lo que se refiere a los controles realizados por la Comisión y las obligaciones de la Comisión y de los Estados miembros relativas al seguimiento de los proyectos, se trata de normas de procedimiento, que resultan aplicables en su nueva versión, a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos de 1993, a las ayudas concedidas con anterioridad".

Otra sentencia que conviene recordar es la STJ de 13 de enero de 2004, asunto C-453/00, Kühne & Heitz NV, en cuya parte dispositiva el Tribunal de Justicia determinó que el principio de cooperación que deriva del artículo 10 CE obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del derecho comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia cuando, en primer lugar, este órgano jurisdiccional nacional, según el derecho nacional, dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución; en segundo lugar, cuando la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; en tercer lugar, cuando dicha sentencia está basada en una interpretación del derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, y finalmente, cuando el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia. Por su parte, la STPI de 13 de enero de 2004, asunto T-67/01, JCB

Service, ha continuado con la jurisprudencia constante relativa a que la observancia de un plazo razonable en la resolución de procedimientos administrativos en materia de política de competencia constituye un principio general de Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el juez comunitario aunque, por lo que nos importa a los efectos de nuestra crónica, la vulneración del principio de plazo razonable, aun suponiéndola probada, sólo justificaría la anulación de una decisión adoptada a resultas de un procedimiento administrativo en materia de competencia en caso de que implicase también una violación de los derechos de defensa de la empresa afectada. Respecto los problemas lingüísticos a la hora de la traducción y transcripciones de las sentencias da noticia la STJ de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P y C-219/00P, no revistiendo importancia estos errores lingüísticos en la medida en que el contexto y los otros apartados de la sentencia recurrida conduzcan a una interpretación concorde con el tenor de la sentencia (FJ 284º).

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 recursos por omisión, el recurso de anulación, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

Ninguna cuestión prejudicial de validez ha sido planteada ante el TJCE en el período que comprende esta crónica. Otro tanto cabe decir, en cuanto a las medidas cautelares de aplicación del Derecho Comunitario. Por lo que, una vez más, son las condiciones de admisibilidad el aspecto que mayor interés tiene para nuestro estudio.

Han sido cuatro las SSTJCE que abordan esta materia. En dos de ellas, el Tribunal comunitario declara la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas, mientras que en los dos restantes se decanta por la inadmisión.

Al primer grupo pertenecen la **STJCE de 18 de noviembre de 2003, Budejovicky Budvar, As. C-216/01** (en adelante, Budejovicky) y la **STJCE de 7 de enero de 2004, Rolex y otros, As. C-60/02** (en adelante, Rolex).

En la primera de ellas, el Gobierno austriaco presenta la alegación de inadmisibilidad con base en el presunto carácter hipotético de una de las cuestiones planteadas, mientras que una de las partes en el litigio (Budejovicky) añade a este motivo, el hecho de que las cuestiones presentadas versan sobre la interpretación del Derecho interno y, en su virtud, no resultan aplicables al caso.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia al respecto (apdo. 47 de la Sentencia), dejando claro que el procedimiento prejudicial tiene por objeto el auxiliar al órgano judicial nacional en la interpretación del Derecho Comunitario y que, por tanto, la regla general que rige en esta materia es la de la admisibilidad. Ahora bien, excepcionalmente, podrá declararse la inadmisión de una cuestión prejudicial cuando concurra alguno de los siguientes motivos señalados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: falta de competencia, carácter hipotético de la cuestión planteada, inexistencia de relación con el litigio principal o insuficiencia de motivación e información, en la resolución de remisión.

Como se puede comprobar las alegaciones de inadmisibilidad presentadas tanto por el Gobierno austriaco (carácter hipotético) como por Budejovicky Budvar (inexistencia de relación con el litigio principal) constituyen motivos de inadmisión aceptados por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, ninguno de los dos es apreciado en este caso.

En cuanto al primero, la Corte Comunitaria señala (apdo. 49):

> "(...) basta con hacer constar, en primer lugar, que las cuestiones tercera y cuarta se refieren precisamente a la interpretación del artículo 307 CE en relación con las circunstancias del asunto principal, mientras que las cuestiones primera y segunda versan sobre la interpretación de disposiciones de Derecho Comunitario, a saber, los artículos 28 CE y 30 CE, así como el Reglamento n. 2081/92, a fin de permitir que el órgano jurisdicional remitente examine la compatibilidad de las normas nacionales en cuestión con el Derecho comunitario. No cabe poner en duda la pertinencia de tal examen con vistas a una eventual aplicación del artículo 307 CE al asunto principal."

En lo que concierne al segundo, el Tribunal de Justicia indica expresamente (apdo. 20) que:

> "(...) es preciso hacer constar que el asunto principal versa sobre la reivindicación por Budvar de un derecho que supondría para Ammersin la prohibición de comercializar determinadas mercancías bajo una denominación protegida y cuya compatibilidad con el régimen instaurado por el Reglamento n. 2081/92 se ha cuestionado, con independencia de una existencia de un eventual registro al amparo del régimen de dicho Reglamento. Por lo tanto, esta, esta cuestión no tiene en modo alguno carácter hipotético."

En bases a lo anterior, y puesto que ninguno de los motivos de inadmisión ha sido acogido, la decisión final no puede ser otra (apdo. 52):

> "(...) procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial".

En cuanto a la segunda de las sentencias propuestas, esto es, la Sentencia Rolex, resulta especialmente atrayente. Primero, porque aborda un aspecto pocas veces tratado por la jurisprudencia comunitaria, como es el del momento procesal oportuno para el planteamiento de la cuestiones prejudiciales. Y segundo, porque está referido a un proceso penal, algo también poco frecuente.

Rolex (parte en el procedimiento) sostiene que no se puede plantear una cuestión prejudicial en la fase de apertura de diligencias previas de un proceso penal, pues la decisión de incoar diligencias previas no tiene carácter jurisdiccional y, por tanto, no puede ser éste el momento procesal oportuno (apdo. 24).

Recuérdese a este respecto, de una lado, que el carácter antiformalista del procedimiento prejudicial hace que el Tribunal de Justicia deje en manos del órgano judicial nacional la decisión acerca del momento procesal adecuado para presentar la cuestión prejudicial; y de otro, que el Derecho Comunitario también tiene cabida en el marco de un proceso penal, no siendo causa de inadmisión la mera conexión de la respuesta prejudicial con la resolución de un proceso penal interno. Es más, al hilo de la construcción teórica del efecto útil de las directivas, el Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de declarar que, pese a que la Unión Europea no tiene atribuidas competencias normativas en materia penal, el Derecho Comunitario puede influir decisivamente en la interpretación y aplicación de normas penales internas (así por ejemplo, la STJCE de 5 de abril de 1979, Ratti, As. C-148/78, apdo. 24, en la que un particular, cuyo comportamiento se había ajustado a una Directiva comunitaria pero no a la normativa penal interna, terminó no siendo sancionado), lo que viene a demostrar que también en el marco de un proceso penal cabe el planteamiento de una cuestión prejudicial. La valoración de cuál debe ser el momento procesal oportuno, corresponderá al juez interno.

La apreciación del Tribunal de Justicia sigue esta línea de argumentación, y va a ser del todo distinta a la mantenida por Rolex, basándose para ello en los siguientes motivos (apdos. 25 a 28 de la Sentencia):

> "El Tribunal de Justicia tuvo ya ocasión de declarar la admisibilidad de una remisión prejudicial en el ámbito de un procedimiento penal previo que podía desembocar en una resolución de archivo de las actuaciones, de citación para comparecer en juicio o de sobreseimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò, 14/86, Rec. p. 2545, apartados 10 y11).
>
> Además, en la sentencia de 21 de abril de 1988, Pardini (338/85, Rec. p. 2041), el Tribunal de Justicia aceptó responder a cuestiones planteadas en el marco de un procedimiento sobre medidas provisionales que podían ser confirmadas, modificadas o revocadas.
>
> Por otra parte, en el procedimiento pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, este último adoptará en cualquier caso, como señala acertadamente el Abogado General en el punto 22 de sus conclusiones, una resolución de carácter jurisdiccional, ya sea sobre la eventual aplicación de sanciones penales, o sobre el decomiso y destrucción de mercancías de las que se sospecha que constituyen una usurpación de marca, o, en su caso, sobre el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones.

> Por último, la elección del momento procesal más oportuno para plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia es competencia exclusiva del juez nacional (véanse, en particular, las sentencias de 10 de marzo de 1981, Irish Creamery Milk Suppliers Association y otros, asuntos acumulados 36/80 y 71/80, Rec. p. 735, apartados 5 a 8; de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros, 72/83, Rec. p. 2727, apartado 10; de 19 de noviembre de 1998, Høj Pedersen y otros, C-66/96, Rec. p. I-7327, apartados 45 y 46, y de 30 de marzo de 2000, JämO, C-236/98, Rec. p. I-2189, apartados 30 y31)."

En base a estos argumentos, la solución final del Tribunal de Justicia no difiere de la dada anteriormente (apdo. 29):

> "Por consiguiente, la petición de decisión prejudicial es admisible".

Al contrario sucede en la **STJCE de 14 de diciembre de 2003, EVN y Wienstron, As. C-448/01** (en adelante, Wienstrom) y la **STJCE de 5 de febrero de 2004, Schneider, As. C-380/01** (en adelante, Schneider), en las que el Tribunal de Justicia, sí va a apreciar la existencia de motivos de inadmisión.

En la Sentencia Wienstron, el Tribunal de Justicia aprecia de oficio la inexistencia de motivación y de información mínima suficiente en la resolución de remisión. Así en los apdos. 78 y 79 se afirma:

> "(..) para que el Tribunal de Justicia pueda cumplir su misión con arreglo al Tratado CE, es indispensable que los órganos jurisdiccionales nacionales expliquen las razones por las que consideran necesaria una respuesta a sus cuestiones para resolver el litigio, cuando dichas razones no se desprendan inequívocamente de los autos (véase, en particular, la sentencia Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins, antes citada, apartado 43).
>
> Ahora bien, en el caso de autos, el Tribunal de Justicia no dispone de ningún elemento en ese sentido".

Las razones que llevan a Tribunal a tal decisión quedan recogidas en los apdos. 80 a 82:

> "En efecto, por una parte, como se ha señalado en el apartado 23 de la presente sentencia, el recurso principal tiene por objeto fundamentalmente la anulación del procedimiento de licitación en su totalidad así como la de una serie de disposiciones del pliego de cláusulas administrativas particulares y de una serie de decisiones de la entidad adjudicadora relativas a los requisitos exigidos por los criterios de adjudicación y de aptitud establecidos.
>
> Así pues, si se tienen en cuenta las indicaciones contenidas en la resolución de remisión, se observa que todas las decisiones cuya anulación se solicita en el procedimiento principal tienen un efecto determinante sobre el resultado del procedimiento de adjudicación.
>
> Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente no ha facilitado explicación alguna sobre los motivos concretos que le llevan a considerar que una respuesta a la cuestión de la com-

> patibilidad del requisito establecido en el artículo 117, apartado 1, número 2, del BvergG con la normativa comunitaria en materia de contratación pública es necesaria para permitirle resolver el litigio del que conoce."

A la luz de tales consideraciones, y ante la falta de elementos que indiquen que para la solución del litigio principal, resulta necesario pronunciarse sobre las cuestiones segunda y tercera que deben considerarse hipotéticas. Por consiguiente, el Tribunal declara su inadmisibilidad.

Por su parte, en la Sentencia Schneider, el Tribunal acoge las alegaciones presentadas por el Gobierno autriaco y por la propia Comisión Europea, en el sentido de que la cuestión presentada debe ser inadmitida por poseer un carácter hipotético.

Se discute en el presente asunto, si la regulación procedimental austriaca de responsabilidad extracontractual de la Administración, respeta lo preceptuado en el artículo 6 de la Directiva 76/207.

A la vista de los datos facilitados al Tribunal, y ante el hecho cierto de que la parte actora había iniciado una acción procesal civil de responsabilidad en vez utilizar la vía administrativa, el planteamiento de la cuestión acerca de si el procedimiento administrativo se ajusta o no a lo querido por el artículo 6 de la mencionada Directiva resulta irrelevante para la resolución del proceso principal. En su virtud:

> "(...) la cuestión prejudicial tiene naturaleza hipotética. Como resulta de los apartados 22 y 23 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia no es, por tanto, competente para responder a dicha cuestión.
>
> Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede declarar la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial".

Todavía dentro de los condiciones de admisibilidad, también la **STJCE de 13 de noviembre de 2003, Christoph-Dornier-Stiftung für Klinische Psychologie, As. C- 45/01** (en adelante, Christoph), presenta algún aspecto de interés, fundamentalmente, por lo que tiene de aparente contradicción.

En efecto, es de sobra conocido que el TJCE mantiene que las sentencias prejudiciales tienen alcance general y que, por tanto, no es posible el planteamiento de una cuestión prejudicial sustancialmente idéntica a otra ya resuelta anteriormente. La excepción la constituyen aquellos supuestos en los que el órgano judicial de remisión invoque motivos distintos a los entonces invocados. Pues bien, algo parecido aunque no idéntico ocurre en el presente caso.

El Tribunal de Justicia, pese a afirmar que la cuestión planteada es sustancialmente igual a otra ya resuelta con anterioridad, y a que este hecho facultaría al propio Tribunal para su inadmisión de plano, entiende que ésta resulta de interés para dar solución a otra de

las preguntas ahora planteadas. Siguiendo esta argumentación, el Tribunal de Justicia procede a dar respuesta a la misma. Veamos el apdo. núm. 17 de la Sentencia:

> "Procede comenzar señalando que la tercera cuestión planteada, relativa a la interpretación del artículo 13, parte de A, apartado 1, letra c), de la Sexta Directiva, es esencialmente idéntica a una cuestión sobre la que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado. La respuesta a esta pregunta reviste interés para el examen de la primera cuestión, que se refiere a la interpretación de la letra b) del mismo apartado. En estas circustancias, procede responder en primer lugar a la tercera cuestión."

Se trata de un supuesto peculiar, en tanto en cuanto, la Corte Comunitaria, aun a sabiendas de la identidad de la cuestión prejudicial planteada con otra anterior ya resuelta, procede a dar respuesta a la misma. Pero, lo realmente interesante de esta sentencia, es que lo hace, no en base a la formulación de nuevos argumentos relativos al precepto o preceptos discutidos, sino por la conexión existente entre dichos preceptos y los ahora interpretados. Esta suerte de cuestión prejudicial de interpretación por conexión no es frecuente en la jurisprudencia del Tribunal.

En resumen, podemos augurar que las condiciones de admisión de las cuestiones prejudiciales seguirán planteando problemas interpretativos, lo que, a buen seguro, obligará al Tribunal de Justicia a seguir pronunciándose acerca de este controvertido aspecto del mecanismo prejudicial.

Dejando a un lado los supuestos de inadmisión, al contrario que la anterior, en la **STJCE de 13 de noviembre de 2003, Granarolo, As. C-294/01,** el Tribunal de Justicia se limita a recordarnos algo de sobra conocido por todos: la apreciación de la necesidad de la pertinencia del planteamiento de una cuestión prejudicial corresponde, exclusivamente, al órgano judicial interno.

Así, y en respuesta a las alegaciones presentadas por el Gobierno italiano en cuanto a que el planteamiento de la cuestión prejudicial en dicho asunto era impertinente por presunta inaplicación de la norma discutida, la Corte Comunitaria responde lo siguiente (apdos. 30 a 32 de la Sentencia):

> "Debe recordarse al respecto que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación y aplicabilidad de disposiciones nacionales ni determinar los hechos pertinentes para la solución del litigio principal.
>
> En efecto, en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales, incumbe al Tribunal de Justicia tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se inserta la cuestión prejudicial, tal como lo define la resolución de remisión (Sentencia de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, apartado 10).
>
> Por consiguiente, debe examinarse la cuestión prejudicial en el marco normativo definido e interpretado por el Tribunale civile di Bologna en su resolución de remisión."

En términos similares y ante parecidas circunstancias se expresa el TJCE en la **STJCE de 13 de noviembre de 2003, Neri, As. C-153/02**, respecto de una alegación formulada también por el Gobierno Italiano, afirmando por enésima vez que (apdo. núm. 35):

> "(...) en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales, incumbe al Tribunal de Justicia tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se inserta la cuestión prejudicial, tal como lo define la resolución de remisión (Sentencia de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, apartado 10).
>
> Por consiguiente, deben examinarse las cuestiones prejudiciales dentro del marco fáctico y normativo definido por el Giudice di pace di Genova en su resolución de remisión".

Es ya tradicional que dediquemos un último apartado de esta crónica al estudio de alguna sentencia comunitaria, en la que se resuelva una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español.

En este caso, se trata de la **STJCE de 20 de noviembre de 2003, ACOR, C-416/01** (en adelante, ACOR), en la que el órgano interpelante es, ni más ni menos, que el Tribunal Supremo.

Quizás sea éste el único dato reseñable, pues el Tribunal Supremo no se caracteriza precisamente por utilizar en demasía este mecanismo. En cuanto a la sentencia en sí, en nada se aparta de la ya reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en lo que concierne al planteamiento de cuestiones prejudiciales.

En todo caso, y sin perjuicio de que la misma sea objeto de un estudio más minucioso en otras partes de esta revista, no nos resistimos ahora a hacer un breve resumen de la misma.

Los antecedentes de hecho de la Sentencia aparecen sucintamente recogidos en su encabezamiento. Mediante Auto de 3 de octubre de 2001, recibido en el Tribunal de Justicia el 22 de octubre siguiente, el Tribunal Supremo planteó, con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los Reglamentos (CEE) núm. 1785/81 del Consejo, de 30 de junio de 1981, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar (DO L 177, p. 4; EE 03/22, p. 80), (CEE) núm. 193/82 del Consejo, de 26 de enero de 1982, por el que se adoptan las normas generales relativas a las transferencias de cuotas en el sector del azúcar (DO L 21, p. 3; EE 03/24, p. 175), y (CE) núm. 1260/2001 del Consejo, de 19 de junio de 2001, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar (DO L 178, p. 1).

Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) y la Administración General del Estado. Intervienen también en el litigio principal la sociedad Ebro Puleva, SA, anteriormente denominada Azucarera Ebro Agrícolas, SA, y la sociedad Azucareras Reunidas de Jaén, SA (en lo sucesivo, ARJ).

La cuestión de fondo gira en torno a la transferencia de cuotas de producción de azúcar mediante pública subasta. En otras palabras, la posibilidad de un Estado miembro de llevar a cabo una reasignación de las cuotas resultantes de una fusión de empresas a título oneroso.

El Tribunal Supremo español pregunta a este respecto: 1) si esa redistribución de cuotas llevada a cabo por el Estado español puede realizarse mediante pública subasta (esto es, a título oneroso) o, necesariamente, debe llevarse a efecto sin que medie contraprestación económica, y 2) si la normativa comunitaria aplicable al caso en la actualidad, debe seguir siendo interpretada en sentido negativo, teniendo en cuenta que desde la fecha de la fusión de las empresas azucareras implicadas la normativa comunitaria se ha visto modificada en varias ocasiones.

A continuación, el Tribunal de Justicia analiza en detalle y da respuesta a cada una de las cuestiones planteadas.

En lo que concierne a la primera, el Tribunal considera que, si bien nada se puede objetar a la finalidad inmediata de la reasignación de cuotas llevada a cabo por el Estado español (reestructurar globalmente el sector, reconversión del mismo y transferencia de ganancias entre empresas), ni a la finalidad mediata de la misma (favorecer la competencia entre sociedades y una mayor eficiencia a favor de los consumidores y usuarios), el hecho de llevarla a cabo a título oneroso (subasta pública) contraviene el Derecho Comunitario, aun cuando éste no se pronuncia explícitamente al respecto.

A juicio del Tribunal Comunitario, el silencio de la normativa comunitaria en torno a esta cuestión no debe ser interpretado en sentido favorable, y ello por cuatro razones principales: a) si se hubiese querido que la redistribución de cuotas se llevase a cabo mediante venta de las mismas, el Derecho Comunitario hubiese legislado al respecto; b) en las normas comunitarias que resultan de aplicación al caso, se emplea constantemente el término "asignación", lo que parece indicar que la normativa comunitaria se decanta por la no existencia de contraprestación económica en tales supuestos; c) si la asignación de cuotas se llevase a cabo a título oneroso, ello incidiría en la propiedad de las mismas y, por ende, en las facultades de los Estados Miembros sobre aquéllas, lo que en ningún caso es querido por el Derecho Comunitario, y d) los supuestos ejemplos de casos similares citados, tanto por el Gobierno Español, como por las empresas beneficiarias de la reasignación, no son de aplicación al presente asunto o, de serlo, no lo son en la misma forma y con el mismo alcance que el supuesto ahora discutido.

En respuesta a la segunda pregunta, esto es, en lo que concierne a si la interpretación hasta ahora mantenida es de aplicación al momento presente, pues las normas invocadas han sido posteriormente modificadas por otras, el Tribunal de Justicia responde afirmativamente, ya que:

> "De los partados 6 a 11 de la presente sentencia se desprende que el contenido de las disposiciones pertinentes del Reglamento núm. 1785/81 se ha incorporado de hecho sucesivamente a las normas del Reglamento núm. 2038/1999, y posteriormente a las del Reglamento núm. 1260/2001. De igual modo, el contenido de las normas pendientes del Reglamento

núm. 193/82 se ha incorporado a las normas del Reglamento núm. 1260/2001, que lo sustituyó.

En estas circustancias, procede responder (...) de la interpretación de la normativa comunitaria es la misma tras la entrada en vigor del Reglamento núm. 1260/2001".

En su virtud, la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia resulta desfavorable a la postura sostenida por el Gobierno Español, y debería ser decisiva en cuanto al sentido y orientación de la decisión final del Tribunal Supremo Español.

"1) Si al ejercer el control administrativo sobre una operación de fusión de empresas cosidera necesaria la autoridad del Estado miembro, por razones de defensa de la competencia, una nueva distribución de las cuotas de producción de azúcar entre las empresas establecidas en su territorio, las normas del Reglamento (CEE) núm. 1785/81 del Consejo, de 30 de junio de 1981, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar, y las del Reglamento (CEE) núm. 193/82 del Consejo, de 26 de enero de 1982, por el que se adoptan las normas generales relativas a las transferencias de cuotas en el sector del azúcar, se oponen a que dicha autoridad disponga que tal transferencia o reasignación de cuotas se realice a título oneroso.

2) La interpretación de la normativa comunitaria es la misma tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1260/2001 del Consejo, de 19 de junio de 2001, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar"

Como ya anticipábamos al inicio, nada cabe decir en cuanto a las cuestiones prejudiciales de validez, ni en lo que respecta a las medidas cautelares, pues ninguna cuestión prejudicial de validez ha sido planteada en el período que comprende esta crónica.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tampoco ha variado en lo que concierne a las medidas cautelares internas de garantía de aplicación del Derecho Comunitario.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

No se han publicado sentencias sobre este tema en el período objeto de análisis (diciembre de 2003 a febrero de 2004).

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

Con carácter previo y como ya hiciéramos 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 2 ("Libre circulación de personas y servicios") del Capítulo I ("Mercado Interior") del Título III ("De la acción y las políticas interiores") de la Parte III del Proyecto de Constitución Europea (relativo a "De las Políticas y el funcionamiento de la Unión"), o lo que es lo mismo, los artículos III-29 a III-35 del Proyecto de Constitución. Consideramos por ello conveniente empezar a hacer una doble remisión (que se indicará entre paréntesis) que permita al lector, cuando analicemos alguna Sentencia, localizar el artículo enjuiciado en el nuevo Proyecto de Constitución Europea (que abreviaremos como PCE, en espera de que este u otro acrónimo acabe por arraigar).

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	**Proyecto de Constitución Europea**
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 (diciembre de 2003 a febrero de 2004) tan sólo se ha promulgado la **STS 7 de enero de 2004, (Sala Quinta), Comisión contra Reino de España (asunto C-58/02),** en el que de nuevo la Comisión vuelve a llevar a España ante el TJCE. Esta vez el asunto enjuiciado fue el presunto incumplimiento por parte de España de la obligación de transponer la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, sobre la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros relativas a las medidas en contra de dispositivos ilícitos que permiten el acceso no autorizado a servicios protegidos (DO L 230, p. 54).

Por su parte, España alegó que estaba pendiente de una modificación en el Código Penal que sufrió demora por causa de las elecciones Generales de 2000, y que Gobierno considera que los artículos 248, apartado 2, 255 y 270 del Código Penal garantizan la adap-

tación del Derecho interno a la Directiva, especialmente en lo que se refiere a la represión de las actividades que han de prohibirse con arreglo a su artículo 4. Alega, con carácter supletorio, que los artículos 28 y 29 del Código Penal son aplicables, con carácter general, a la persona que informe públicamente sobre el sitio donde obtener el programa y los medios necesarios para descodificar fraudulentamente la señal. Dicho Gobierno afirma además que el artículo 127 del Código Penal prevé, con carácter accesorio, el comiso de los medios utilizados para cometer la infracción. Señala asimismo que los artículos 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la adopción de medidas cautelares y que los artículos 334 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autorizan la retención y depósito de los instrumentos y efectos del delito. Por último, afirma que el artículo 1902 del Código Civil, sobre responsabilidad civil, es aplicable al usuario que disfrute de servicios de acceso condicional de manera fraudulenta o a la persona que elabore o coloque en la red un programa de ordenador destinado a eludir las medidas tecnológicas destinadas a proteger el servicio de una utilización no autorizada.

Sin embargo, España fue nuevamente condenada. Para el TJCE, contrariamente a lo defendido por el Gobierno español, las dos resoluciones judiciales que invoca no pueden probar, por sí solas, la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva.

> "27. Por lo que se refiere a las disposiciones invocadas por el Gobierno español, basta con señalar, que el artículo 270 del Código Penal se refiere únicamente a la violación de los derechos de propiedad intelectual, mientras que la Directiva no se refiere a tal violación, sino a los dispositivos ilícitos. El artículo 248 de dicho Código exige una transferencia patrimonial, mientras que la Directiva tan sólo contempla la mera posesión de dichos dispositivos. El artículo 255 del mismo Código se refiere, por su parte, a la defraudación, mientras que la Directiva prohíbe conductas objetivas. Asimismo, con arreglo al artículo 4, letra c), de ésta, los Estados miembros tienen que prohibir la promoción de dispositivos ilícitos, lo que no ocurre en Derecho español. Como ha señalado certeramente la Comisión, no pueden subsanar estas deficiencias las disposiciones del Código Civil y del Código Penal y de las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, invocadas por el Gobierno español con carácter supletorio.
>
> 28. De lo anterior se deduce que la normativa española no prohíbe todas las actividades infractoras mencionadas en la Directiva y que las disposiciones invocadas por el Gobierno español son insuficientes para garantizar una adaptación correcta y completa del ordenamiento jurídico español a los artículos 4 y 5 de la Directiva. Aunque se interpretara el Derecho penal a la luz de la Directiva, no se podrían colmar las lagunas e insuficiencias puestas de manifiesto por la Comisión sin conculcar los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que impiden castigar comportamientos que no han sido definidos con claridad y calificados expresamente de infracciones por el Código Penal."

b) Libertad de establecimiento

No se han promulgado sentencias sobre este tema durante el período analizado en este número (diciembre de 2003 a febrero de 2004).

C) Libre circulación de trabajadores

Durante el período analizado no se ha producido jurisprudencia de interés en relación con esta libertad comunitaria.

D) Libre circulación de capitales

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 11 de diciembre de 2003, Barbier, As. C-364/01.** Dicha sentencia reviste interés porque, por un lado, analiza el ámbito de aplicación de la Directiva 88/361 y, por otro, declara que las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de capitales se oponen a la normativa nacional controvertida.

En relación con el primer aspecto, la sentencia señala que las inversiones inmobiliarias constituyen manifiestamente "movimientos de capitales" en el sentido del artículo 1, apdo. 1, de la Directiva 88/361. Y, en relación con ello, se añade que:

> "el disfrute de los derechos conferidos por la citada Directiva no está supeditado a la existencia de otros elementos transfronterizos. El mero hecho de que una disposición nacional restrinja los movimientos de capitales de un inversor, nacional de un Estado miembro, en función de su residencia basta para que sea aplicable el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 88/361" (apartado 59)."

Por otro lado, como hemos adelantado, la sentencia estima que la norma nacional controvertida restringe los movimientos de capitales. El supuesto de hecho versa sobre una disposición de la legislación luxemburguesa del impuesto de sucesiones, disposición que permite determinada deducción si el causante reside, en la fecha del fallecimiento, en Luxemburgo, pero no si en la fecha del fallecimiento reside en otro Estado miembro. Según el TJCE, la vulneración del Derecho comunitario se produce porque normas como la descrita pueden disuadir de la compra de bienes inmuebles situados en el Estado miembro en cuestión y, además, provocan una disminución del valor de la herencia de un residente de un Estado miembro distinto de aquel en el que se sitúan los bienes (apartado 62).

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 constitucional. a) Guerra de las Cortes: según la Sala Primera del Tribunal Supremo, la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1902 CC) permite revisar las decisiones de inadmisión de recursos de amparo que sin embargo no son recurribles según la LOTC (artículo 50, apartados 2 y 4, y artículo 4). La Sala invade la jurisdicción del Tribunal Constitucional en la inadmisión de los asuntos al extrapolar la regla civil fuera de sus fines normales y provoca una antinomia. b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a España por dilaciones indebidas en la tramitación de un amparo constitucional (artículo 6.1 CEDH). c) Agotamiento de recursos: no es procedente el incidente de nulidad cuando no se aprecie claramente incongruencia omisiva. d) Necesidad, a tenor del artículo 44.1. c) LOTC, de invocación formal del derecho vulnerado en el procedimiento sancionador. e) Artículo 44.1.c) LOTC: La exigencia de invocación formal del derecho no exige ni la cita expresa ni la reproducción de la calificación jurídica. f) Plazo recurso de amparo: se computa desde que tuvo conocimiento de la resolución judicial y no desde los edictos (artículo 44.2 LOTC). g) La taxatividad de la demanda de amparo impide que se introduzcan en el trámite de alegaciones nuevas vulneraciones de derechos (artículo 49.1 LOTC). B) Conflictos positivos de competencias. a) Concordancia entre el requerimiento previo y la demanda (artículo 63.3 LOTC): buscar una interpretación flexible de la adecuación entre ambos escritos que facilite la cooperación. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Ejecución en materia laboral: gestión de las ayudas para planes de formación continua (artículo 149.1.7ª). B) Ejecución en materia de régimen estatutario de los funcionarios autonómicos: gestión de las ayudas para planes de formación continua (artículo 149.1.18ª). C) Régimen estatutario de los funcionarios: consolidación de grado personal máximo (artículo 149.1.18º CE).

1. INTRODUCCIÓN

En materia de procesos constitucionales, hay dos decisiones importantes aunque curiosamente no hayan sido dictadas por el propio Tribunal Constitucional. Una muy discutible sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la que se revisa una decisión de inadmisión de un amparo mediante la regla de la responsabilidad civil manifiestamente sacada fuera de su ubicación natural. Y una muy preocupante –y desde hace tiempo esperada– Sentencia en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apreciado dilaciones indebidas exclusivamente en la solución de un recurso de amparo sin necesidad de unirlo al período anterior de proceso ordinario. El Tribunal Constitucional parece hostigado desde arriba y desde abajo. Pero, mientras la sentencia que enjuicia las dilaciones estructurales parece cargada de lógica jurídica y debe suponer una llamada de atención al legislador para que reforme con rigor el recurso de amparo, actualmente desbordado por la cifra de los asuntos, como ha denunciado recientemente en un documentado libro la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), no encontramos justificación alguna en Derecho Procesal Constitucional ni en la lógica de la división de poderes para la decisión de los Magistrados de la Sala de lo Civil, que probablemente sólo puede comprenderse desde las tensiones psicológicas de cualquier relación.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Guerra de las Cortes: según la Sala Primera del Tribunal Supremo, la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1902 CC) permite revisar las decisiones de inadmisión de recursos de amparo que sin embargo no son recurribles según la LOTC (artículo 50, apartados 2 y 4, y artículo 4). La Sala invade la jurisdicción del Tribunal Constitucional en la inadmisión de los asuntos al extrapolar la regla civil fuera de sus fines normales y provoca una antinomia

Una extravagante decisión de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **STS de 23 de enero de 2004, número 51/2004,** Magistrado Ponente D. Ignacio Sierra, ha producido una situación procesal con riesgos futuros no desdeñables. La crítica de extravagancia se funda en que tal Sentencia se ubica "fuera del camino" dispuesto en la Constitución, que mantiene la superioridad del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Supremo en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), en que la misma traspasa la reserva a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 165 CE) al inventarse una responsabilidad de los Magistrados constitucionales que no se prevé allí, y en que viola la lógica procesal de la subsidiariedad, que conforma el amparo y que obliga a que las decisiones de cualquier Tribunal Constitucional en el mundo sean inevitablemente finales [arts. 44.1.a) y 50 LOTC], así como en que ignora el mandato

de que nadie pueda revisar las decisiones de este órgano constitucional sobre los límites de su propia jurisdicción (art. 4 LOTC).

Y el problema que innecesariamente crea esta sentencia no tiene una fácil solución jurídica de no calmarse las aguas, prevalecer la prudencia en los titulares de los órganos jurisdiccionales, en vez de alentar una absurda Guerra entre Cortes de la que esta decisión es un episodio más y que no tiene justificación racional alguna. Sería absurdo que el legislador recordase en el Código Civil que la responsabilidad civil no está para esto. Entendemos que la propia Sala Primera debería proceder a abrogar prudente y sensatamente esta decisión, o cuando menos a olvidarla y mantenerla como una simple decisión aislada que no puede llegar a configurar una doctrina consolidada. De lo contrario y de perseverar en esta nueva función que la Sala de lo Civil se atribuye a sí misma, revisar las decisiones de inadmisión de los amparos constitucionales, una competencia que ni la Constitución ni ley alguna le da, corre ella misma el riesgo de recibir varios millares de demandas entre los recursos de amparo inadmitidos cada año por providencia y cuya motivación y corrección técnica se vería obligada a revisar.

Veamos los hechos. El recurrente, Abogado en ejercicio y recurrente habitual, interpuso dos recursos ante el Tribunal Supremo denunciando la lesión por el Tribunal Constitucional del art. 97.1 de la LOTC, que manda que este órgano esté asistido por un Cuerpo de Letrados constituido por medio de concurso-oposición según las normas que establezca el reglamento interno del Tribunal, a causa de la inactividad del Pleno gubernativo que no sacaba a concurso-oposición todas las plazas de Letrado cubiertas por libre designación temporal. La Sala de lo Contencioso-Administrativo desestimó ambos recursos por una sentencia, de 24 de junio de 2002, que albergaba dos votos particulares. Interpuesto recurso de amparo contra la misma, el actor pedía que todos los Magistrados del Tribunal Constitucional se abstuvieran por tener interés directo y que instaran al Presidente del Gobierno para que solicitara del Parlamento la aprobación de un proyecto de ley que garantizase mediante sustitutos el derecho a un Juez imparcial. El Pleno inadmitió la demanda por providencia razonando únicamente "que el recurso no se dirige contra este Tribunal Constitucional sino a otro hipotético que le sustituya".

A nuestro juicio puede ciertamente considerarse poco prudente el laconismo de la motivación de inadmisión, y más a la vista de lo luego acaecido, pero adviértase de que el art. 50.1 de la LOTC no obliga a la motivación de las decisiones de inadmisión y que precisamente por eso la ley emplea la expresión tradicional de "providencias", a diferencia de los "autos" que en el apartado 3º se prevén. Motivar sucintamente las providencias de inadmisión fue una decisión generosa del propio Tribunal Constitucional tras la reforma legal de 1988, que le daba mayores poderes, y que ahora se vuelve contra él. A nuestro juicio también, incluso el Tribunal Constitucional pudo haber dictado una providencia de falta de jurisdicción (art. 4.2 LOTC) pues no es un *petitum* ni una *causa petendi* posible de una demanda de amparo instar al Tribunal Constitucional a que eleve una petición de iniciativa legislativa.

No obstante, el actor persistió e interpuso entonces una forzada demanda de responsabilidad civil por dolo o culpa grave ante la Sala Primera del Tribunal Supremo que ha sido extra-

ñamente estimada. La motivación de la Sentencia recaída es insuficiente e inadecuada. Señala la Sala que debe admitirse la responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional "siguiendo moderna doctrina constitucionalista alemana" (*sic*) –que ni resume ni cita con curiosa técnica jurisprudencial– y aludiendo que debe disentirse del brocardo "*the king can do no wrong*" –que nada tiene que ver en este asunto– (FD 3º). Se descarta luego que pueda aplicarse a los Magistrados del Tribunal Constitucional el "art. 441" (*sic*, parece que quiso citarse con precipitación el art. 411) de la LOPJ, como el recurrente pretendía, sobre la responsabilidad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones, y, en vez de detenerse ahí, se decide sorpresivamente acudir a la responsabilidad extracontractual común del art. 1902 del Código Civil, pese a reconocer que en la LOTC no se han introducido previsiones –una deliberada omisión del legislador de la que no se extraen consecuencias–. Una responsabilidad –afirma– para la que es menester la presencia de tres requisitos: una conducta antijurídica impregnada de culpabilidad, un daño, y un nexo o relación causal (FD 4º). Con esta pobre base argumental, se afirma que la providencia recurrida constituía "una conducta absolutamente antijurídica" al negarse a resolver una pretensión de amparo como era obligado; que existe una culpa o negligencia a causa de una actuación sin la diligencia debida; que se produjo un daño o perjuicio a un particular que justifica una indemnización por daños morales "a quien se ha privado de un derecho tan esencial como es el amparo constitucional"; y que el nexo causal es incuestionable. Obsérvese que la Sala yerra de nuevo pues no existe un derecho a la admisión de un recurso de amparo. Finalmente y sin mayores razonamientos se determina una indemnización de 500 euros a cada uno de los Magistrados demandados.

Al parecer de estos cronistas, la regla de la responsabilidad civil extracontractual se alarga aquí y se aleja notablemente de los fines que justifican la propia regla en la ley para, en manifiesto abuso, erigirla en una competencia para revisar las decisiones de inadmisión de los recursos de amparo. El desvío respecto de los fines de la regla debió impedir su aplicación a los hechos. Del mismo modo, la Sala Primera debió plantearse previamente que, según el art. 50 de la LOTC, las providencias de inadmisión de recursos no son susceptibles de recurso alguno por expreso mandato legal que ahora se desvirtúa; y que el art. 4 de la LOTC impide plantear cuestiones de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. En suma entendemos que la Sala Primera debió declinar su jurisdicción para conocer del asunto.

Afortunadamente, un sensato y sobrio **Voto Particular** que formula D. Francisco Marín Castán refuerza la deteriorada solvencia de la Sala Primera en materia de procesos constitucionales con razones que deben ser compartidas. Se subraya la carga retórica de la demanda repleta de términos "peyorativos y vejatorios", poniendo de manifiesto que "no es fácilmente comprensible que se impetre justicia por quien tanto desprecio muestra (...) hacia un órgano constitucional cuya condición de pieza clave de nuestro estado de Derecho nunca cabría cuestionar desde este Tribunal Supremo". Y de forma cabal se pone de manifiesto que difícilmente puede generar daño alguno la inadmisión de un recurso de amparo que era en verdad "radicalmente inadmisible". Un sólido argumento que estimamos echa por tierra toda la argumentación de la mayoría: no motivar sufi-

cientemente lo inadmisible, por discutible que a los ojos de algunos –no de todos– resulte, no puede generar un "daño indemnizable" si razonamos con una lógica material y no con otra formalista. No había pues daño alguno generador de responsabilidad civil.

Un **Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 3 de febrero de 2004,** dictado a raíz de esta sentencia, recuerda que las resoluciones dictadas en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial y que, en concreto, el realizado por vía de la acción de responsabilidad civil constituye una invasión de la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a España por dilaciones indebidas en la tramitación de un amparo constitucional (artículo 6.1 CEDH)

El **TEDH** ha resuelto el **Caso Soto Sánchez contra España, de 25 de noviembre de 2003,** en el que se aprecian dilaciones indebidas en la tramitación de un amparo constitucional (art. 6.1 CEDH) y del cual damos noticia detallada en la crónica de este número 23 de Derechos fundamentales. Baste aquí con resultar que el recurso se basó en la excesiva duración del procedimiento de amparo, cinco años, cinco meses y dieciocho días, y que el TEDH condena al Estado español a indemnizar al recurrente con 6.000 euros y 1.500 de gastos de defensa.

La condena es preocupante porque no es un supuesto excepcional antes bien refleja unas dilaciones estructurales del Tribunal Constitucional nada lejanas a la duración normal de los recursos de amparo, demasiado a menudo sobre los cuatro años. Algo debe hacer el legislador procesal para evitar futuras condenas. Claro está que el propio Tribunal de Estrasburgo se encuentra en una semejante situación de desbordamiento y dilaciones estructurales.

c) Agotamiento de recursos: no es procedente el incidente de nulidad cuando no se aprecie claramente incongruencia omisiva

En la **STC 188/2003, de 27 de octubre,** Sala Primera, se estima parcialmente amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Galicia que desestimó demanda contra la Agencia Tributaria (apremio por liquidaciones de licencia fiscal). Se plantea tacha procesal a instancias del Ministerio Fiscal de falta de agotamiento de la vía judicial previa por no haber acudido al incidente de nulidad de actuaciones *ex* art. 240.3 LOPJ frente a una Sentencia que puede tildarse de incongruente. Desde el momento en que la parte actora no plantea el vicio de incongruencia omisiva ni tampoco que ésta sea el sustrato argumental de la demanda, lo que plantea en realidad es un problema de exigencia a obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión. No hay en este caso una incongruencia omisiva, cuando la falta de respuesta a la cuestión de fondo se debe al incumplimiento de presupuestos procesales (fruto de la propia inadmisión del recurso contencioso-administrativo), luego era improcedente el planteamiento del incidente de nulidad, dándose cumplimiento por la parte actora al requisito del art. 44.1.a) LOTC (FJ 2º).

Se mantiene similar fundamentación en la **STC 192/2003, de 27 de octubre,** Sala Primera, que estima amparo contra Autos y Sentencias de la jurisdicción laboral (desestimación de demanda de despido) al considerar (FJ 2º) que no es una excepción al principio de agotamiento de recursos cuando no se ha interpuesto incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia del TSJ de Murcia, cuando el reproche del demandante no es de incongruencia omisiva, aunque la denomine incorrectamente, pues más que denunciar la incongruencia de la Sentencia, se limita a expresar su mera discrepancia que, desde luego, no incurre en vicio de incongruencia alguno.

d) Necesidad, a tenor del artículo 44.1.c) LOTC, de invocación formal del derecho vulnerado en el procedimiento sancionador

En la **STC 186/2003, de 27 de octubre,** Sala Primera, se otorga recurso de amparo contra Autos de la Audiencia Provincial de Castellón y un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por vulneración de la tutela judicial. Sin embargo, por motivos materiales y formales se inadmite vulneración por dilaciones indebidas. En el aspecto formal, que aquí es el que nos interesa, la inadmisión viene dada por el hecho de que no había sido planteada en su debido momento, esto es, cuando el procedimiento sancionador (un preso sancionado por dos faltas graves) aún no había concluido. La genérica denuncia que se hace en la demanda acerca de la excesiva duración del procedimiento incumple de modo insubsanable un requisito que impide atender la solicitud que se formula, pues cuestiona en abstracto la duración de la causa, pero no se acredita en la demanda haber denunciado ante los órganos judiciales encargados de la instrucción y tramitación del procedimiento sancionador, con el fin de que pudieran repararlas, la existencia de las dilaciones indebidas de las que ahora se queja el actor (FJ 2º).

e) Artículo 44.1.c) LOTC: La exigencia de invocación formal del derecho no exige ni la cita expresa ni la reproducción de la calificación jurídica

En la **STC 220/2003, de 15 de diciembre,** Sala Primera, se estima amparo promovido por Ferrovial, SA contra Sentencias del TSJ de Extremadura y TS que inadmiten recurso contra Resolución del Ayuntamiento de Mérida respecto a una liquidación del impuesto de construcción. Ante la invocación de falta de requisito del art. 44.1.c) LOTC, el TC, en su FJ 3º, reitera la doctrina de que hay que hacer una interpretación flexible "al reconocer que no es exigible la cita del precepto constitucional concreto que se estima vulnerado, ni tampoco la reproducción de su *nomen iuris* o calificación jurídica de la norma fundamental vulnerada, siendo lo realmente relevante, para entenderlo cumplido, el hecho de haberlo planteado en términos tales que pueda identificarse como descripción de la violación de un derecho fundamental".

f) Plazo recurso de amparo: se computa desde que tuvo conocimiento de la resolución judicial y no desde los edictos (artículo 44.2 LOTC)

En la **STC 191/2003, de 27 de octubre,** Sala Segunda, se otorga amparo contra Sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de Valencia en un proceso de ejecución de costas procesales. Se plantea óbice procesal de extemporaneidad *ex* art. 44.2 LOTC en la presentación de la demanda de amparo. El TC lo inadmite (FJ 2º), pues la presentó dentro del plazo que se inicia, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional (por todas STC 78/2003, de 28 de abril, FJ 4º), en la fecha en la que el demandante de amparo se le notifica o tiene conocimiento suficiente o fehaciente de la resolución que ha puesto fin a la vía judicial, al margen de su desconocimiento de la existencia de procesos conexos en un momento anterior notificados al demandante por edictos.

g) La taxatividad de la demanda de amparo impide que se introduzcan en el trámite de alegaciones nuevas vulneraciones de derechos (artículo 49.1 LOTC)

En la **STC 229/2003, de 18 de diciembre,** Pleno, se deniega un amparo avocado (Asunto "Gómez de Liaño") donde se plantea vulneración del principio de legalidad y tutela judicial. Posteriormente, en el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC, se alega vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal, expresando que ha sido juzgado en única instancia, sin posibilidad de segunda instancia o casación. Para el TC, en su FJ 1º, "esta nueva pretensión supone una ampliación extemporánea del objeto del proceso que no puede ser tomada en consideración, pues de conformidad con nuestra conocida y reiterada doctrina, las únicas quejas que pueden ser atendidas en esta vía de amparo son las que la parte actora deduce de su demanda, al ser ésta la rectora del proceso, lo que acota, define y delimita las pretensiones a las que hay que atenerse para resolver el recurso"(por todas SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 1º).

B) Conflictos positivos de competencias

a) Concordancia entre el requerimiento previo y la demanda (artículo 63.3 LOTC): buscar una interpretación flexible de la adecuación entre ambos escritos que facilite la cooperación

En la **STC 175/2003, de 30 de septiembre,** se plantean conflictos competenciales acumulados promovidos por la Generalidad de Cataluña, respecto de las Órdenes del Ministerio de Industria y Energía que aprueban bases reguladoras y convocatorias de ayudas en relación a la iniciativa de apoyo a la tecnología, la seguridad y la calidad industrial. Para el Abogado del Estado no ha existido en ninguno de los dos conflictos la necesaria concordancia entre el requerimiento de incompetencia, previo al planteamiento del conflicto, y el objeto contenido en la demanda (art. 63.3 LOTC). Pues mientras que en los requerimientos formulados por la Generalidad se admite que algunas ayudas se inscriben en el ámbito exclusivo del Estado (art. 149.1.15 CE), en las demandas se impugna la totalidad de las subvenciones sin exceptuar las que corresponden al expresado ámbito.

Para el TC (FJ 2º), reiterando la doctrina sobre el requerimiento encaminada a apurar las posibilidades de resolución convencional o negociada (STC 98/2001), este planteamiento no puede prosperar, ya que "el *petitum* concreto que se formula en ambos requerimientos de incompetencia se extiende a que se deroguen o queden sin efecto en Cataluña ambas Órdenes, con la excepción de la regulación correspondiente a las ayudas que tengan por objeto el fomento a la investigación. Sin embargo, de la lectura completa del texto de los requerimientos se aprecia que la Generalidad no concreta cuáles pueden ser las ayudas relativas a la materia de 'investigación científica y técnica' por considerarlas absolutamente excepcionales. De modo que se deduce sin dificultad que si la respuesta del Gobierno de la Nación hubiera aceptado este planteamiento, el requerimiento hubiera satisfecho la finalidad que el mismo tiene, es decir, la posible solución del conflicto por la vía de la cooperación. Pero también se deduce del requerimiento que si la respuesta fuera la afirmación de la competencia estatal, como efectivamente ocurrió, de ello se derivaría la impugnación total de ambas Órdenes".

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En el período analizado, se han dictado dos Sentencias sobre controversias competenciales en las que se retoman cuestiones relativas a la formación continua de los trabajadores y se reitera la doctrina expuesta en las SSTC 95/2002, de 25 de abril, y 190/2002, de 17 de octubre (comentadas en *JA*, núms. 17 y 19).

A) Ejecución en materia laboral: gestión de las ayudas para planes de formación continua (artículo 149.1.7ª)

La **STC 230/2003, de 18 de diciembre,** añade un epílogo a las dos Sentencias citadas. En aquéllas, Cataluña y Galicia impugnaron las normas que regían las convocatorias de ayudas dirigidas a financiar programas de formación continua. El TC anuló parcialmente esta normativa porque consideró que la atribución a órganos de la Administración del Estado de las competencias para instruir y resolver la solicitud de estas subvenciones vulneraba la competencia autonómica sobre ejecución laboral.

Justo después de que el TC dictara la Sentencia 95/2002, la Dirección General del INEM prorrogó para 2003 la convocatoria de ayudas publicada el año anterior. En consecuencia, los expedientes se tramitaron conforme al procedimiento que había sido declarado inconstitucional. La STC 230/2003 resuelve el recurso planteado por la Generalidad de Cataluña contra la prórroga de la convocatoria. Tanto el texto de la Sentencia como los dos votos particulares (respaldados por cinco magistrados) reproducen los argumentos utilizados en las dos Sentencias anteriores.

La única novedad es que el Abogado del Estado plantea que la gestión de las ayudas para el año siguiente conforme al modelo declarado inconstitucional resultaba una medida que podía justificarse por la urgencia para poner en marcha los programas correspondientes a 2003 y la imposibilidad de elaborar a corto plazo un nuevo modelo de gestión.

El TC rechaza que el Estado pueda ejercer, ni siquiera transitoriamente, las competencias sobre la tramitación de las ayudas. Considera que la STC 95/2002 se comunicó al Estado con suficiente tiempo para poner en práctica un sistema de concesión para 2003 que fuera respetuoso con las competencias autonómicas.

B) Ejecución en materia de régimen estatutario de los funcionarios autonómicos: gestión de las ayudas para planes de formación continua (artículo 149.1.18ª)

La **STC 228/2003, de 18 de diciembre,** extiende la jurisprudencia citada en el apartado anterior a la gestión de las ayudas para el desarrollo de planes de formación de los funcionarios. Las distintas Administraciones Públicas y los sindicatos suscribieron en 1995 un acuerdo por el que todas las partes se comprometían a promover planes de formación continua. El MAP diseñó un modelo de subvenciones conforme al cual correspondía al INAP resolver todas las solicitudes de ayuda en régimen de concurrencia competitiva. En consecuencia, se atribuía a un órgano de la Administración Central la decisión de otorgar o no las subvenciones solicitadas, también aquellas dirigidas a financiar programas para los funcionarios autonómicos.

El TC considera que este modelo vulnera la competencia de ejecución de la Generalidad de Cataluña sobre el régimen estatutario de sus funcionarios. Según esta Sentencia, el Estado puede establecer las condiciones que deben cumplir los planes de formación del personal de las CCAA pero corresponde a éstas distribuir dichas ayudas entre las solicitudes que concurran.

C) Régimen estatutario de los funcionarios: consolidación de grado personal máximo (artículo 149.1.18º CE)

STC 202/2003, de 17 de noviembre, Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 20 de la ley de Presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para 1991. En dicho artículo se establecía la consolidación de un grado personal máximo en función del complemento de destino para los funcionarios que hubieran detentado el cargo de Director General tanto en la Administración estatal como autonómica, consolidación que el tribunal proponente entendía que incidía en el sistema de grados personales regulado con carácter básico por el legislador estatal en la Ley 30/1984 y que vulneraba el orden constitucional de competencias sancionado en el art. 149.1.18º CE (régimen estatutario de los funcionarios).

La incidencia en el sistema de grados personales sería efectiva siguiendo un criterio de interpretación literal del precepto autonómico que, si bien posible, no es el único que puede seguirse. El TC propone una interpretación correctora del precepto. Tiene en cuenta que los Directores Generales no forman parte de la carrera administrativa, por lo que no puede consolidarse su grado personal, aunque sí se puede equiparar el complemento de destino de los funcionarios al de los Directores Generales como compensación económica por haber desempeñado un puesto de alto cargo. Esta interpretación vendría apoyada en el cambio legislativo realizado por la propia Comunidad de Madrid en la Ley 8/2000, en este sentido y en la propia legislación estatal, que recoge un artículo en el mismo sentido en la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado.

El incremento retributivo sería perfectamente compatible con la legislación estatal y la Constitución ya que la determinación de la cuantía de las retribuciones de los funcionarios no forma parte de las bases del régimen estatutario de la función pública.

Esta sentencia cuenta con dos votos particulares, ambos críticos con la interpretación constitucional que se ha realizado del precepto, ya que piensan que fuerza la literalidad del precepto, por lo que habría de haberse considerado éste inconstitucional.

Javier García Roca
Isabel Perelló
Pablo Santolaya
Raúl Canosa
Alfredo Allúe
Rafael Bustos
Ignacio García Vitoria
María Díaz Crego
Miguel Pérez Moneo

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Introducción. B) Reducción del grado de maltrato necesario para apreciar tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH). C) Derecho a la libertad. a) Requisitos para el internamiento de enfermos mentales en centros médicos [art. 5.1.e) CEDH]. b) Expulsión de extranjeros: mantenimiento en zona de tránsito aeroportuario (art. 5.3 CEDH). D) Garantías en los procesos. a) Dos condenas a España por dilaciones indebidas (art. 6.1 CEDH). b) Acceso a la justicia. Condena a España por el cómputo del plazo de presentación de la casación (art. 6.1 CEDH). E) Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). a) Expulsión de minorías nacionales como consecuencia de la ruptura de la Unión Soviética. b) Discriminación en custodia de hijos por motivos religiosos. F) Varias sentencias sobre libertad de expresión (art. 10 CEDH)). G) Libertad de asociación, terrorismo y disolución de partidos políticos (art. 11 CEDH). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela Judicial Efectiva (art. 24.1 CE). a) Acceso a la jurisdicción: efectos del silencio administrativo negativo. b) Acceso a la jurisdicción: suspensión del plazo para presentación de recurso contencioso-administrativo en caso de asistencia jurídica gratuita. c) Resolución fundada en derecho: interpretación irrazonable de derechos no recurribles en amparo. d) Tutela judicial efectiva e irrazonabilidad de las sentencias: diferencia respecto al error patente. e) Inmodificabilidad de las sentencias firmes: cosa juzgada material y efectos de la jurisprudencia posterior. f) Acceso a los recursos: derecho a disponer de la totalidad de los plazos. g) Tutela judicial efectiva y proceso con todas las garantías en el caso Gómez de Liaño (art. 24.1 y 2 CE). B) Insuficiente cobertura legal de las intervenciones telefónicas (art. 18.3 CE). C) Proporcionalidad de límites al derecho de reunión (art. 21 CE). D) Los miembros de partidos políticos disueltos no carecen de los derechos de sufragio activo y pasivo

(art. 23 CE). E) Derecho a solicitar la comparecencia del Presidente de un órgano constitucional (art. 23.2 CE). F) Al órgano judicial no le corresponde completar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración sino únicamente revisarlo (art. 25.1 CE). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. a) El derecho al honor no se ve vulnerado por la publicación de información veraz sobre materia de interés público. b) Intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen por la publicación de la fotografía de persona equivocada. c) Derecho a la intimidad personal y familiar: personajes de notoriedad pública. d) Vulneración del derecho al honor, la intimidad y la imagen por publicación de la fotografía policial unida al calificativo de asesino del recurrente. e) Vulneración del derecho al honor por remitir una carta imputando un delito de malversación de fondos públicos a un periodista. f) La emisión de juicios de valor, no vejatorios ni insultantes, sobre la conducta del demandante no supone una vulneración del derecho al honor. g) La calificación de enchufado: intromisión ilegítima en el derecho al honor. h) Derecho a la imagen y consentimiento.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1de octubre y el 31 de diciembre de 2003, la del Tribunal Constitucional que va de la STC 176/2003, de 10 de octubre, a la STC 230/2003, de 18 de diciembre, y diversas sentencias del Tribunal Supremo de las Salas Primera y Tercera, dictadas entre julio y diciembre de 2003.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre las fechas indicadas de 2003 el TEDH resolvió un total de 239 asuntos. Sin embargo, 40 de ellas fueron para constatar que se habían eliminado de la lista. Al igual que en crónicas anteriores, hay un importante número de sentencias que constatan la existencia de dilaciones indebidas, siendo en esta ocasión condenados Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal, República Checa, Turquía y España, en dos ocasiones, afectando como

veremos, al propio Tribunal Constitucional. Parece poderse afirmar que los retrasos estructurales de la administración de justicia constituye una lacra en toda Europa y que sería preciso una seria acción para remediar esa situación.

Hay también algo más de una quincena de casos (entre ellos **Ismael Gunes contra Turquía, de 13 de noviembre de 2003**) en los que aplicando los precedentes de los asuntos Özel y Özdemir, que declaran la vulneración del artículo 6.1 por la falta de imparcialidad de la Corte de seguridad del Estado en el contexto de la lucha contra el terrorismo turco. Por último hay una treintena de casos similares, en los que se aplica la doctrina creada en Inmobiliare Saffi contra Italia (entre ellos **D'aloe contra Italia, de 13 de noviembre de 2003**) que declaran la vulneración del derecho de propiedad por la dificultad de los propietarios de recuperar sus viviendas arrendadas.

De las restantes, las más importantes son:

B) Reducción del grado de maltrato necesario para apreciar tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH)

Henaf contra Francia, de 27 noviembre de 2003, y **Yankov contra Bulgaria, de 11 de diciembre de 2003.** Son dos sentencias en las que se pone de manifiesto el considerable avance del tribunal a la hora de apreciar el grado de maltrato necesario para que pueda ser considerado trato inhumano y degradante, al apreciar tal vulneración en el primero de los casos por encadenar durante una noche a la cama de un hospital a un preso multirreincidente y con antecedentes de quebrantamiento de permiso carcelario, y en el segundo el afeitado de la cabeza de un detenido.

Evolución, que, como afirma en la primera de las sentencias citadas, se debe a que la Convención es un instrumento vivo que hay que interpretar a la luz de las circunstancias actuales que el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos implica, y, en paralelo, una mayor firmeza en la apreciación en los atentados contra los valores fundamentales de las sociedades democráticas, lo que hace que entren en el campo de aplicación del artículo 3 conductas que en el pasado se hubieran considerado que no presentan el grado mínimo de gravedad.

C) Derecho a la libertad (art. 5.1 CEDH)

a) Requisitos para el internamiento de enfermos mentales en centros médicos [art. 5.1.e) CEDH]

Son dos las Sentencias a incluir en este apartado, por una parte **Tkacik contra Eslovaquia, de 14 de octubre de 2003,** un supuesto de ausencia de previsión legal del procedimiento– y, por otra parte **Rakevich contra Rusia, de 28 de octubre de 2003,** donde se analiza el concepto de "enajenado" aplicando como precedente **Winterwerp contra Holanda,** para a continuación analizar las condiciones del internamiento y concluir que es contrario al artículo 5 en la medida en que la ley rusa exige una revisión judicial sobre la decisión en el plazo de cinco días y se había retrasado 39.

b) Expulsión de extranjeros: mantenimiento en zona de tránsito aeroportuario (art. 5.3 CEDH)

Shamsa contra Polonia, de 27 de noviembre de 2003. Se trata de dos ciudadanos libios a los que se intenta expulsar de Polonia con una orden que debe ejecutarse en 90 días a partir del 28 de mayo de 1997, fecha en la que son detenidos… no consiguen que la embajada los documente. El último día del período, 24 de agosto, se les conduce a la zona de tránsito del aeropuerto y se intenta expulsarlos por tres vías distintas (Praga. El Cairo y Túnez) sin éxito. Permanecen en el aeropuerto hasta el 3 de octubre y ése es el período objeto de esta sentencia.

La Corte analiza la compatibilidad de esta privación de libertad con el artículo 5.1, señalando que es particularmente importante satisfacer el principio general de seguridad jurídica, que las condiciones de la privación de libertad estén claramente definidas y que la ley sea previsible en su aplicación … que permita al ciudadano prever con un grado razonable las consecuencias que se derivan de un acto … lo que no ocurre con la detención en la zona de tránsito durante un período indeterminado e imprevisible para ejecutar la orden de expulsión, detención no ordenada por un juez y que sobrepasa el período legal para la expulsión, por lo que nos encontramos ante una detención no prevista por la ley y no regular en el sentido del artículo 5.1 de la Convención.

D) Garantías en los procesos (art. 6 CEDH)

a) Dos condenas a España por dilaciones indebidas (art. 6.1 CEDH)

Soto Sánchez contra España, de 25 de noviembre de 2003 y **López Solé y Martín de Vargas contra España, de 28 de octubre de 2003.** En el primero de ellos las dilaciones son achacables de manera directa y exclusivamente al propio Tribunal Constitucional. Se trata de un condenado por la Audiencia Nacional por tráfico de estupefacientes, en el asunto nécora, a cuatro años y dos meses de prisión, pena que es elevada a 9 años por el Tribunal Supremo al apreciar la circunstancia agravante de pertenencia a grupo organizado. El 28 de noviembre de 1994 interpone un recurso de amparo por vulneración de los artículos 24.1 y 2 y 18.3 que es admitido a trámite el 29 de mayo de 1995.

Con posterioridad se dirige al Tribunal el 24 de septiembre de 1997 solicitando una rápida resolución de su recurso al encontrarse en prisión, solicitud que reitera el 29 de diciembre de 1997 y el 29 de junio de 1998. Por fin el 16 de mayo de 2000 otorga el amparo en lo que se refiere al aumento de la pena realizado por el Tribunal Supremo y retrotrae el asunto hasta que el 12 de junio el Supremo dicta una nueva sentencia estableciendo una pena de 7 años.

El recurso se basa en la excesiva duración del procedimiento de amparo, cinco años, cinco meses y dieciocho días. El Gobierno alega que no se han agotado los recursos inter-

nos en cuanto no ha utilizado la vía del artículo 292 de la LOPJ, a lo que el Tribunal responde que, a la vista de las circunstancias, sería excesivo exigir al recurrente que intentara tal recurso, teniendo en cuenta que no existe ningún ejemplo anterior de personas que, en análogas circunstancias, hayan obtenido una reparación de este tipo en un recurso de amparo, y entrando en el fondo del asunto y tras apuntar que el Gobierno no ha aportado ningún elemento concreto por el que se pueda justificar tal duración, constata la vulneración y condena al Estado español a indemnizar al recurrente con 6.000 euros y 1.500 de gastos de defensa.

En López Solé y Martín de Vargas contra España, de 28 de octubre de 2003, el período a tomar en consideración para apreciar las dilaciones en un proceso penal iba de junio de 1985, cuando el actor acude a un Juez de Instrucción, hasta diez años después cuando en febrero de 2000 el Tribunal Constitucional examina su recurso de amparo: algo menos de quince años. Es doctrinalmente significativo, y razonable, que se integre la duración del proceso constitucional en el cómputo tras el proceso penal; aplicando como precedente Eckle contra Alemania, se recuerda que debe tomarse en consideración el período en que una persona "es objeto de repercusiones importantes en su situación". Ni la complejidad del asunto ni la actuación de la parte justificaban esta extensa duración.

b) Acceso a la justicia. Condena a España por el cómputo del plazo de presentación de la casación (art. 6.1 CEDH)

Caso Stone Court Shipping Company, S.A. contra España, de 28 de octubre de 2003. Los recurrentes se quejaban de que el Tribunal Supremo declaró inadmisible su recurso de casación civil por extemporáneo, pese a venir presentado en el Juzgado de Guardia de Madrid dentro del plazo legal de treinta días. El Gobierno demandado sostuvo que dicho recurso debe presentarse únicamente en el Registro General del Tribunal Supremo y en las horas previstas donde llegó el escrito fuera de plazo. La Corte reconoce que no debe sustituir a las jurisdicciones internas, respetando el margen de apreciación nacional. Pero dicho esto concluye que la Sala Primera del Tribunal Supremo hizo una interpretación demasiado rigurosa de las normas que regulan su jurisdicción, teniendo en cuenta que el recurso se presentó la víspera de su finalización, y que hubo problemas de cómputo por tratarse de las vacaciones de Pascua que difieren en las distintas Comunidades Autónomas incluida la de Madrid. La sentencia se aprobó por cinco votos a dos.

Un voto particular del Magistrado español, Sr. Pastor Ridruejo, al que se adhiere otro Magistrado, disiente de la decisión. Se recuerda que la regla general, según el artículo 268.1 de la LOPJ, es que los actos judiciales deben realizarse en la sede del órgano jurisdiccional y que sólo como excepción pueden presentarse en el Juzgado de Guardia. Pero la reglamentación de esta facultad excepcional sólo permite la presentación el último día de plazo y no el anterior como se hizo. La excepción a la regla no es arbitraria, responde a una lógica que es la de impedir incertidumbres, y en todo caso debe existir aquí un margen de apreciación nacional.

Para complicar más las cosas sobre los efectos de esta sentencia en nuestro ordenamiento, recuérdese que el actual artículo 135 de la LEC de 2000 no admite la presentación de los escritos en el Juzgado de guardia y que, en cambio, sí se admite en la secretaría del tribunal hasta las quince horas del día siguiente al vencimiento.

E) Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)

a) Expulsión de minorías nacionales como consecuencia de la ruptura de la Unión Soviética

Caso Slivenko contra Letonia, de 9 de octubre de 2003. Se trata de un asunto derivado de la segregación de la Unión Soviética. La Gran Sala estima violados los artículos 8 y 5.4 CEDH, con una argumentación en el que se evidencian las dificultades del resbaladizo juicio de proporcionalidad y del no menos resbaladizo estándar del margen de apreciación nacional. Las recurrentes (madre e hija) eran miembros de una familia de oficiales rusos y fueron requeridas para abandonar Letonia donde habían vivido prácticamente siempre al acabar el Estado Soviético, a diferencia de otras minorías de habla rusa que sí pudieron obtener la residencia, diferencia que consideraban carente de justificación. El Gobierno letón adujo que la deportación de los antiguos militares soviéticos y de sus familias era esencial para la seguridad nacional. A esta tesis se oponía el Gobierno ruso el cual sostenía que no había prueba alguna de que las actoras supusieran un concreto peligro para el orden público o la seguridad nacional.

La Corte resolvió que si bien la detención de las actoras fue legal (art. 5.1) no obtuvieron una revisión judicial de la misma como requiere el artículo 5.4 CEDH. También se violó el derecho a la vida privada y al domicilio de las actoras (art. 8) que residían en el país con notorio arraigo desde hacía mucho tiempo y, sin embargo, les fue negado el acceso al registro como ex ciudadanas de la URSS en estricta aplicación de unos tratados ruso-letones de desmilitarización y retirada de las fuerzas armadas rusas por su relación con un militar retirado. No era una medida necesaria en una sociedad democrática en este caso, ya que el militar (el abuelo) no estaba activo y por tanto no representaba un riesgo a la seguridad nacional.

Matiza y refuerza el parecer de la mayoría en un voto particular concurrente el Magistrado ruso. El Sr Kovler razona sobre el concepto de vida familiar que entiende no puede ser comprendido de manera restrictiva (la familia nuclear) y legalista sino amplia (familia extensa) y recuerda que en la Constitución rusa y en las de otros antiguos países soviéticos y de la misma región europea está prevista la muy arraigada obligación cultural, moral y también constitucional de los hijos mayores de edad de cuidar a sus ascendientes; y concluye que se lesionó también este derecho. Por diversas razones sostiene que también se lesionó el art. 5.1. En cambio, el Presidente Wildhaber y otros cinco Magistrados disienten de la mayoría. El tratado de 1994 servía a la voluntad de retirar las tropas soviéticas, constituye un fin legítimo en los términos del artículo 8 y no es obje-

table desde el Convenio Europeo. La interferencia no era desproporcionada y las concretas circunstancias del caso no permiten alterar este parecer. La Corte debió ponderar que otras 900 personas se encontraban en situación semejante y que por eso las autoridades letonas no quisieron hacer excepciones. Había un razonable margen de apreciación nacional en la aplicación de un tratado. Por último el Magistrado Maruste disiente igualmente y recuerda además el contexto histórico del problema, desde los pactos entre Hitler y Stalin sobre las esferas de influencia de ambas potencias, quedaron las Repúblicas bálticas en manos de la URSS precisamente en virtud de la fuerza y de la ocupación militar de los territorios irregularmente anexionados. La independencia de Letonia en 1991 llevó a suscribir ese tratado para retirar tal presencia, unas razones que ofrecen una reforzada cobertura al margen de apreciación nacional.

b) Discriminación en custodia de hijos por motivos religiosos

Palau Martínez contra Francia, de 16 de diciembre de 2003. Se trata de una ciudadana francesa que obtiene el divorcio de su marido –que se había ido a vivir con su amante– y la guardia y custodia de los dos hijos del matrimonio. Se traslada a vivir a España, pero los niños se quedan de hecho con el marido que apela la sentencia y en ella obtiene la guardia y custodia por la condición de Testigo de Jehová de la recurrente afirmando que:

> "las reglas educativas impuestas por los Testigos de Jehová a los hijos de sus adeptos son esencialemente criticables por su dureza, su intolerancia y las obligaciones impuestas a los niños de practicar el proselitismo (...) es de interés de los niños evitar los mandatos y prohibiciones de una religión estructurada como una secta".

Sentencia que es confirmada en casación, y que obviamente la Corte considera que produce una vulneración del artículo 8 relacionado con el 14 y fija una indemnización de 10.000 euros, que es lo que pedía la demandante más los gastos de defensa.

F) Varias sentencias sobre libertad de expresión (art. 10 CEDH)

Entre las sentencias sobre libertad de expresión dictadas en el períodos conviene hacer referencia a **Scharsach and news verlagsgesellschaft contra Austria de13 de noviembre de 2003,** en el que el Tribunal reconoce la vulneración del artículo 10 derivada de una condena por difamación a un periodista austriaco condenado a una multa y a veinte días de prisión por acusar de ser un nazi oculto a una diputada del Partido de Jörg Haider, **Krone verlag GmbH & Co KG (nº 3) contra Austria de 11 de diciembre de 2003,** en el que considera contraria al artículo 10 la prohibición de publicidad comparativa ordenada por un tribunal austriaco a un diario y **Kizilyaprak contra Turquía, de 2 de octubre de 2003,** en la que la Corte considera que una crítica acerba de las instituciones no es lo mismo que justificar atentados.

Pero quizá a los efectos de esta revista el asunto más importante dentro de este capítulo sea **Steur contra los Países Bajos, de 28 de octubre de 2003,** que se refiere a la libertad de expresión y al estatuto de la Abogacía, reconociendo la violación de la libertad de

expresión de un abogado. El recurrente discutía la decisión de un "tribunal disciplinario de apelación" que le impidió concluir la exposición de los hechos, por constituir una presión inaceptable en un Estado democrático sobre los derechos de su cliente. La Corte considera que el especial estatuto de los Abogados les da una posición central en la administración de justicia como intermediarios entre el público y los tribunales, que explica las habituales restricciones a su conducta en las vistas y los especiales deberes que se les imponen. El actor estaba criticando en el juicio la conducta de un agente en la investigación de unos hechos durante el interrogatorio a su cliente con la voluntad de desacreditar al funcionario y a la forma en que la prueba se obtuvo; por tanto, los límites a la crítica aceptable a los servidores públicos –sostiene la Corte– deben ser menores cuando están en juego derechos de los individuos. Y aunque no fue sancionado se le impidió ejercer la defensa de los intereses de su cliente, pudiendo tener un *chilling effect* en el ejercicio de sus deberes profesionales. No se considera procedente conceder una indemnización al amparo del artículo 41 CEDH ya que tampoco se pedía por el recurrente.

G) Libertad de asociación, terrorismo y disolución de partidos políticos (art. 11 CEDH)

El **Caso Partido Socialista de Turquía (STP) y otros contra Turquía, de 12 de noviembre de 2003,** analiza la disolución de este partido por el Tribunal Constitucional a la luz de las libertades de ejercicio colectivo previstas en los artículos 10 y 11 CEDH. Tras reiterar su conocida jurisprudencia en materia de disolución de partidos, el TEDH señala que "no encuentra nada en el programa del STP que pueda pasar por una apelación a la violencia", y, aunque no puede excluirse en abstracto que el programa se vea desmentido por las "actuaciones" o tomas de posición de los titulares del partido, tampoco se advierte este extremo. No puede pues concluirse con "la responsabilidad del STP por los problemas del terrorismo en Turquía". Y, en consecuencia, "una medida tan radical" como la disolución, en consecuencia, parece desproporcionada y desprovista de necesidad en una sociedad democrática.

Acaso convenga dar noticia de que la jurisprudencia del TEDH sobre disolución de los partidos turcos –el escrutinio estricto– ha tenido un fuerte impacto en la cultura turca y ya ha provocado la reforma de la Constitución para armonizarla con el CEDH, así como para prever sanciones de los partidos diferenciadas de la disolución y menos radicales como puede ser la privación de financiación pública en todo o en parte.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela Judicial Efectiva (art. 24.1 CE)

a) Acceso a la jurisdicción: efectos del silencio administrativo negativo

La **STC188/2003, de 27 de octubre,** Sala Primera, reitera la obligación de los tribunales de interpretar de forma antiformalista las causas de denegación del acceso a la jurisdic-

ción contencioso-administrativa. En este caso, el TSJ de Galicia inadmitió el recurso interpuesto por un empresario contra una providencia de apremio que reclamaba el pago de la cantidad correspondiente a 1988 en concepto de licencia fiscal de actividades comerciales e industriales. El motivo de la inadmisión era que el particular no había recurrido ante los tribunales de lo contencioso-administrativo en su momento la liquidación del impuesto, por lo que ésta había devenido firme y la providencia de apremio debía entenderse como un acto confirmatorio de otro consentido.

El problema radica en que el acto que según el TSJ de Galicia debió haberse recurrido era un acto presunto. El recurrente en amparo había impugnado en vía administrativa la liquidación, sin recibir más noticias de la Administración durante 4 años y 11 meses. La Administración y el TSJ interpretan que el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (aplicable al caso en virtud de las disposiciones transitorias de la Ley 30/1992) permitía considerar desestimado el recurso de reposición y firme la liquidación.

El TC cita como precedente la Sentencia 204/1987, de 21 de diciembre, para considerar que el acto expreso de ejecución implica una reiteración del acto resolutorio del que trae causa, que no puede entenderse consentido y, en consecuencia, reabre los plazos legales de impugnación. Como recuerda el TC, la doctrina sobre el silencio administrativo negativo ha sido construida para garantizar el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. Por lo tanto, no pesa sobre los ciudadanos la carga de recurrir los actos desestimatorios producidos por silencio negativo. Por el contrario, es incompatible con la finalidad de la institución del silencio administrativo que los poderes públicos puedan beneficiarse del incumplimiento de su obligación de resolver.

El TC anula la Sentencia del TSJ de Galicia porque éste realizó una interpretación excesivamente rigorista y formalista de la legislación administrativa estableciendo un obstáculo desproporcionado del derecho a obtener una resolución judicial que resuelva sobre el fondo.

Poco después, esta doctrina ha sido aplicada nuevamente por la Sala Primera en la **STC 220/2003, de 15 de diciembre.** Aunque los hechos que han dado lugar a esta Sentencia también se produjeron bajo la vigencia de las antiguas Leyes de Procedimiento Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, esta jurisprudencia sigue siendo útil para acotar el círculo de las posibles interpretaciones del artículo 43.3 LRJPAC.

b) Acceso a la jurisdicción: suspensión del plazo para presentación de recurso contencioso-administrativo en caso de asistencia jurídica gratuita

STC 219/2003, de 15 de diciembre, Sala Primera. Recurso de amparo constitucional. Vulneración del acceso a la jurisdicción por la decisión de no suspensión del plazo para la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante la solicitud de asistencia jurídica gratuita. Se rechaza la interpretación del artículo 16 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita realizada por el Tribunal Superior de Andalucía por desproporcionada y rigorista al no considerar necesario interrumpir el plazo porque se había nombrado

Abogado del turno de oficio al recurrente, aunque no se le hubiera notificado. Considera el Tribunal Constitucional que en este caso era necesario suspender el plazo de interposición ya que, al no haberse notificado el nombramiento al recurrente, se le negaba materialmente el acceso a la jurisdicción por no poder preparar el recurso. El plazo de interposición se suspenderá cuando no sea posible nombrar en dicho plazo Abogado y Procurador de Oficio, y se reanudará tal plazo cuando los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita hayan recibido notificación del nombramiento o, cuando no conste fehacientemente la notificación, como en el presente caso, a partir del momento en que los profesionales realicen alguna actuación orientada a la defensa de sus clientes.

c) Resolución fundada en derecho: interpretación irrazonable de derechos no recurribles en amparo

STC 192/2003, de 27 de octubre, Sala Primera. Recurso de amparo constitucional. El TC aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente derecho a una resolución fundada en derecho por la indebida extensión del concepto de lealtad laboral que debe el trabajador al empresario realizada por las resoluciones judiciales recurridas, que consideran que el trabajador que durante su período de vacaciones no recupere las fuerzas para estar en perfectas condiciones para su bien personal y el de la empresa incumple gravemente la buena fe contractual. Considera el TC que tales sentencias no tuvieron en cuenta ni la dignidad humana ni el libre desarrollo de la personalidad al considerar al trabajador un mero factor de producción y sostener que su tiempo libre es un tiempo vinculado al empresario.

d) Tutela judicial efectiva e irrazonabilidad de las sentencias: diferencia respecto al error patente

La **STC 224/2003, de 15 de diciembre,** Sala Primera, puede servir de guía a la hora de decidir cuándo puede impugnarse una resolución judicial por incurrir en error patente y cuándo debe optarse por alegar la existencia de una motivación insuficiente. El recurrente es el propietario de una discoteca que es clausurada por el Ayuntamiento por superar los niveles de ruido permitidos. La Sentencia impugnada anuló el acto administrativo municipal pero no reconoció el derecho del empresario a recibir una indemnización. La fundamentación fue muy escueta, denegó la pretensión del recurrente tras recordar los requisitos para obtener una declaración de responsabilidad patrimonial (se argumenta principalmente que es una carga del recurrente aportar al juicio los elementos que permitan concretar la cuantía de la indemnización).

El recurrente alega que la Sentencia se fundó en un error patente: considerar de forma equivocada que la demanda no contenía las bases necesarias para cuantificar el perjuicio producido por el cierre. Aunque el TC admite que –a la vista del sumario– el recurrente aportó de forma diligente dichos datos, considera que es otro el vicio en el que incurre la Sentencia. Ésta no niega de forma expresa que el recurrente realizara dicha actividad de alegación y prueba, por lo que no habría error. Existe, en cambio, una vicio de razo-

namiento. Se motiva insuficientemente porque no se conecta de forma coherente la enumeración en abstracto de los requisitos que deben cumplirse para que se acceda a la pretensión de reconocimiento de un derecho indemnizatorio con la desestimación de éste en el supuesto concreto. Falta un paso intermedio: señalar cuál de dichos requisitos no se cumple en este caso.

e) Inmodificabilidad de las sentencias firmes: cosa juzgada material y efectos de la jurisprudencia posterior

La **STC 204/2003, de 1 de diciembre,** Sala Primera, aprecia la existencia de una vulneración en el derecho a la tutela judicial en su faceta de intangibilidad de las Sentencias firmes. El supuesto de hecho lo constituye un conflicto entre el Ministerio de Educación y unos profesores que realizaban funciones de apoyo psicopedagógico en colegios públicos sobre la categoría profesional en la que debía incluírseles. Mediante Sentencias firmes fechadas en 1995 y 1996, el TSJ de Cantabria reconoció a los recurrentes el derecho a ser encuadrados en la categoría "A". Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1996, resolvió la cuestión en sentido contrario, inclusión en la categoría "B". El TS estimó el recurso de casación en interés de Ley promovido por el Sr. Abogado del Estado en relación con procedimientos análogos.

El Ministerio de Educación dictó una nueva Resolución, interpretando el tenor del fallo de la primera de las SSTS, en la que se disponía que todos y cada uno de los profesores dejaran de percibir la retribución correspondiente al grupo "A". Los recurrentes, que contaban con una Sentencia firme reconociéndoles este derecho recurrieron de nuevo ante el TSJ de Cantabria. El TSJ desestima su recurso por considerar que el problema podía ser replanteado a la luz de la STS.

El TC acota los efectos que deben reconocerse a la jurisprudencia del TS. Considera contrario al artículo 24 CE que, a través de una aplicación retroactiva de la doctrina dictada en casación, se desconozcan la fuerza de la cosa juzgada material.

f) Acceso a los recursos: derecho a disponer de la totalidad de los plazos

La **STC 222/2003, de 15 de diciembre,** Sala Primera, resuelve un problema que tiene una singular relevancia práctica. Una empresa de telecomunicaciones interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo municipal que denegaba la instalación de una antena de telefonía móvil y le requería para que desmontase la ya emplazada. En la pieza separada de medidas cautelares, el Juzgado correspondiente desestimó la suspensión del acto administrativo. La empresa decidió interponer un recurso de súplica contra esta decisión y trató de presentarlo –primero– en el juzgado de guardia, el último día del plazo y terminadas las horas de audiencia. Como el Juzgado de guardia lo rechazó invocando que el Reglamento del CGPJ sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales le impedía admitir la presentación de escrito alguno dirigido a otros órdenes jurisdiccionales, el recurrente trató de presentarlo al día siguiente ante el Juzgado de lo contencioso. Éste inadmitió el recurso por considerarlo extemporáneo.

El TC considera que esta decisión del Juzgado de lo Contencioso vulnera, por carecer de motivación suficiente, el derecho a acceder a los recursos legalmente previstos. Se señala que debido a las circunstancias del caso el juzgado debió fundamentar más por qué consideraba que el recurso se había interpuesto fuera de plazo. Según el TC, la entrada en vigor de la nueva Ley Procesal Civil (aplicable de forma supletoria al orden contencioso-administrativo) generaba una confianza legítima en que el escrito pudiera presentarse al día siguiente. El artículo 135 de la nueva Ley, que había entrado en vigor poco antes de que se produjeran los hechos enjuiciados por el TC, establecía, como contrapartida de la inadmisión del escrito en el Juzgado de guardia en la tarde del día que finalizaba el plazo, la posibilidad de que el recurso se presentase en la sede del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo antes de las 15:00 horas del día siguiente.

El TC pone como modelo de una interpretación constitucionalmente adecuada de esta nueva normativa el ATC 138/2001, de 1 de junio, relativo a la admisión de una demanda de amparo que había sido presentada al día siguiente de que finalizara el plazo previsto en el artículo 44 LOTC.

g) Tutela judicial efectiva y proceso con todas las garantías en el caso Gómez de Liaño (art. 24.1 y 2 CE)

STC 229/2003, de 18 de diciembre, Pleno. Recurso de amparo. Consideramos interesante traer, en primer lugar, el Voto particular emitido por el Presidente que considera que habiendo sido el recurrente sujeto de un indulto se presupone su culpa y que no cabría pedir a través de un recurso de amparo lo que ya había obtenido graciosamente.

Varios derechos en relación con el artículo 24 CE son recurridos por Gómez de Liaño, *non bis in idem* procesal, arbitrariedad judicial, imparcialidad del juzgador y presunción de inocencia. El TC no concede amparo respecto de ninguno de ellos pues no se han visto vulnerados en ninguno de los supuestos alegados por el ex magistrado.

Las mayores dudas se plantean respecto a la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación formulado por el recurrente frente a los Magistrados del Tribunal Supremo, pues considera que al no admitirse se vulnera su derecho a la tutela efectiva en la vertiente del juez imparcial. El TC considera que el plazo para interponer el recurso fue computado razonablemente por el Tribunal ordinario, al ser posible que los órganos judiciales dicten resoluciones que impidan el examen del fondo apreciando razonablemente la concurrencia de un motivo legalmente previsto. Otorgar el amparo respecto a este punto significaría que no se hubiera dado oportunidad a la jurisdicción ordinaria para reparar las vulneraciones de derechos fundamentales ocurridas en el proceso ordinario. Por otra parte, el recurrente no alega cómo ha sufrido indefensión por la no resolución de la revocación de los Magistrados.

A esta sentencia se acompaña un segundo voto particular que disiente en cuanto a la no presencia de vulneración de un proceso con todas las garantías en la vertiente del dere-

cho al juez imparcial, al considerar que el Tribunal que resolvió estaba contaminado previamente al haber estado en contacto los tres Magistrados que lo formaban con la cuestión litigiosa.

B) Insuficiente cobertura legal de las intervenciones telefónicas (art. 18.3 CE)

En la **STC 184/2003, de 23 de octubre,** Pleno, el TC reitera su posición respecto de la insuficiencia del artículo 579 LECrim como norma legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones en relación con las exigencias impuestas por el artículo 8.1 CEDH (caso Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003). Señala el TC que la declaración de inconstitucionalidad de tal precepto no conllevaría sino la agravación de la situación de falta de previsión legal. Por ello, considera que hasta la necesaria intervención del legislador, el TC habrá de definir los posibles modos de ajuste constitucional, modos que quedaron ya definidos en su STC 49/1999.

El TC declara la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones al determinar que la recepción de un anónimo por el juzgado no puede considerarse un dato objetivo del que se deduzcan indicios de comisión de hechos delictivos, y que justifique, por tanto, la realización de intervenciones telefónicas a los recurrentes. La valoración de pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes supone, igualmente, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, pero, no necesariamente, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ya que podrán existir otras pruebas constitucionalmente legítimas sobre las que sustentar la culpabilidad de los recurrentes. Puesto que tal valoración corresponde al tribunal juzgador el TC retrotrae actuaciones al momento previo a la proposición de la prueba, solución con la que no están de acuerdo los magistrados Roberto García-Calvo y Montiel y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez que consideran que existen pruebas de cargo suficientes para fundar la sentencia condenatoria.

C) Proporcionalidad de límites al derecho de reunión (art. 21 CE)

STC 195/2003, de 27 de octubre, Sala Primera. Se impugnan las limitaciones impuestas –por la autoridad gubernativa y luego confirmadas por la jurisdicción– a la celebración de una manifestación. La reunión-concentración fue convocada en apoyo de la celebración de un referéndum en el Sahara occidental. La autoridad gubernativa prohibió el uso de la megafonía durante los oficios religiosos en la basílica próxima al lugar de concentración, y exigió que su uso se ajustara, en los demás momentos (la concentración tenía previsto durar desde las 9 a las 21:30), a la normativa sobre ruidos. Se prohibió asimismo la instalación de mesas de recogida de firmas de adhesión y de una tienda de campaña. Por lo demás, la resolución gubernativa se comunicó extemporáneamente (transcurrido el plazo de 72 horas fijado en la LODR).

El TC recuerda su doctrina acerca de la conexión entre ejercicio del derecho de reunión y el principio democrático, al que sirve de cauce. Recuerda también que el deber de comunicar no se equipara a una solicitud de autorización (este derecho no es de configuración legal) sino que se trata de una declaración de conocimiento para que la auto-

ridad gubernativa pueda adoptar las medidas pertinentes. Deben interpretarse, además, restrictivamente los límites al derecho.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, el TC destaca la conexión entre el derecho de reunión y la libertad de expresión, de donde resulta lógico –y en cierto modo indispensable– el empleo de megafonía. Sin embargo, en el caso resultan proporcionadas las limitaciones impuestas por la resolución gubernativa: la prohibición de emplear megafonía durante los oficios religiosos en la basílica vecina para asegurar el ejercicio de la libertad de culto (art. 16.1 CE) y la exigencia de respetar la normativa sobre ruidos con el fin de preservar el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1 CE).

Recuerda el TC que el espacio urbano es espacio de participación y no sólo de circulación. Y como la autoridad gubernativa no justificó la proporcionalidad de la prohibición de instalar las mesas y la tienda de campaña, llega el TC a la conclusión de que estas prohibiciones lesionaron el derecho, como asimismo fue vulnerado por el incumplimiento del plazo dentro del cual la autoridad debe notificar la resolución en la que imponga modificaciones; plazo que de no cumplirse compromete la garantía jurisdiccional del derecho de reunión.

D) Los miembros de partidos políticos disueltos no carecen de los derechos de sufragio activo y pasivo (art. 23 CE)

STC 176/2003, de 10 de octubre, Sala Segunda. Recurso de amparo electoral. Ante la negativa de la Junta Electoral de Zona de Pamplona de proclamar la candidatura unipersonal presentada por una agrupación electoral cuyo candidato formó parte, como número 1, de una candidatura excluida en el pasado proceso electoral municipal de 25 de mayo al figurar en esa lista personas que integraron candidaturas del ilegalizado partido político Euskal Herritarrok, y la denegación del recurso contencioso-electoral por la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo, la agrupación electoral presenta recurso de amparo electoral por ver vulnerado su derecho de sufragio pasivo.

El TC concede el amparo solicitado al considerar que tomar sólo en consideración la presencia del candidato único en listas electorales anuladas para garantizar la exclusión de los defensores de la violencia como acción política válida, convierte la presencia en agrupaciones de electores anuladas por suceder a partidos políticos ilegalizados en una inhabilitación para concurrir a procesos electorales. Para que se pueda producir una limitación al derecho de participación en asuntos públicos al amparo de la LOREG habría que tener en cuenta otras circunstancias significativas de la continuidad de los partidos políticos ilegalizados en agrupaciones de electores.

E) Derecho a solicitar la comparecencia del Presidente de un órgano constitucional (art. 23.2 CE)

STC 208/2003, de 1 de diciembre, Sala Segunda. El demandante es el grupo parlamentario socialista del Congreso de los Diputados e impugna dos acuerdos de la Mesa del

Congreso que rechazaron la solicitud de comparecencia del Presidente del CGPJ, pedida por el grupo parlamentario socialista para que informase a una comisión de la Cámara acerca de si el indulto concedido por el Gobierno al un antiguo juez (Gómez de Liaño) podría generar un conflicto entre el CGPJ y el Ejecutivo.

El TC recuerda su doctrina a propósito de los derechos del representante parlamentario que, configurados legalmente (en especial por los reglamentos parlamentarios), forman el *ius in officium*, entre ellos la facultad de solicitar la comparecencia de funcionarios y autoridades (art. 44.3 RCD).

También recuerda el TC que a las Mesas de las cámaras les corresponde no sólo la verificación de la regularidad formal de documentos e iniciativas parlamentarias sino también su calificación, aunque al hacerlo no les esté permitido vulnerar el derecho al ejercicio de las funciones parlamentarias; tampoco pueden invocarse los precedentes parlamentarios con resultado lesivo del derecho. Pero no les corresponde, bajo ningún concepto, llevar a cabo un juicio de oportunidad política.

En este caso la Mesa motivó su rechazo en dos motivos que no pueden, sin embargo, oponerse al ejercicio del derecho: la falta de competencia del CGPJ en materia de indulto e, incluso aunque la hubiera tenido, el respeto al principio de división de poderes que impediría fiscalizar las competencias del CGPJ como órgano constitucional. Para el TC, la Mesa desbordó el ámbito de sus funciones entrando en la aceptación o no que hubiera correspondido a la propia Comisión. Por lo demás, la solicitud era más bien de información y no era su finalidad controlar espúriamente al Presidente del Consejo, figura esta que encaja en el término "autoridades" empleado en el artículo 44.3 RCD. Se estima el amparo y se anulan los acuerdos impugnados.

F) Al órgano judicial no le corresponde completar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración sino únicamente revisarlo (art. 25.1 CE)

STC 193/2003, de 27 de octubre, Sala Primera. Se impugna una resolución administrativa del Ayuntamiento de Madrid que suspendió la licencia de autotaxi del recurrente, invocando exclusivamente una ordenanza municipal de 1980, sin que de forma implícita fuera posible identificar con la mínima seguridad razonable qué normas legales eran desarrolladas por la ordenanza. Fue el juzgado contencioso-administrativo el que identificó, por primera vez, dos preceptos de la LOTT. Para el TC (reiterando su doctrina sentada en la STC 161/2003) este modo de proceder no es de recibo pues a la Administración le corresponde en exclusiva la tarea de sancionar, tras identificar las normas aplicables, sin que a los jueces incumba completar esta función sino protagonizar, en caso de recurso, otra completamente distinta: la de verificar la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora. En este caso el órgano judicial completó una concreta actividad sancionadora de una administración local que carecía de cobertura legal. Se vulneró por ello el derecho a la legalidad sancionadora.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

a) El derecho al honor no se ve vulnerado por la publicación de información veraz sobre materia de interés público

La **STS de 11 de diciembre de 2003,** Sala Primera, ponente D. Clemente Auger Liñán, reitera la jurisprudencia constitucional en virtud de la cual la publicación en medios periodísticos de información suficientemente contrastada sobre la supuesta participación de la empresa recurrente en actividades de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, no puede considerarse una intromisión ilegítima en el derecho al honor. El TS considera que los presupuestos de veracidad exigidos se cumplen al referirse el reportaje a familiares de personas contra las que se sigue un procedimiento por delitos contra la salud pública y contrabando.

b) Intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen por la publicación de la fotografía de persona equivocada

La **STS de 11 de diciembre de 2003,** Sala Primera, ponente D. Román García Varela, reitera la condena al periódico El País y la empresa editora del mismo por la inclusión de la fotografía del actor, no relacionado con los hechos, en un reportaje en que se atribuía a dos policías la comisión de cuatro asesinatos. A pesar de que los hechos narrados en la parte escrita de la noticia cumplieran los requisitos de veracidad exigidos, la información gráfica, insuficientemente contrastada, supuso un descrédito de la persona del actor que en ningún momento se vio involucrado en los hechos.

c) Derecho a la intimidad personal y familiar: personajes de notoriedad pública

La **STS de 6 de noviembre de 2003,** Sala Primera, ponente D. Jesús Corbal Fernández, declara vulnerado el derecho a la intimidad de los demandantes por la publicación de una serie de reportajes sobre distintos aspectos de su vida privada. El TS rechaza la consideración de la información publicada como de interés público y reitera jurisprudencia del TC en virtud de la cual aunque los personajes de notoriedad pública vean reducida su esfera de intimidad, ésta no desaparece y, "por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado".

d) Vulneración del derecho al honor, la intimidad y la imagen por publicación de la fotografía policial unida al calificativo de asesino del recurrente

La **STS de 4 de noviembre de 2003,** Sala Primera, ponente D. Antonio Romero Lorenzo condena al periódico "El Norte de Castilla" por la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del recurrente, cuya fotografía, tomada por funcionarios policiales en el momento de ser detenido, fue reiteradamente publicada en el cita-

do medio de comunicación unida a la calificación de asesino y, en relación con una muerte, de la que posteriormente sería declarado inocente.

e) Vulneración del derecho al honor por remitir una carta imputando un delito de malversación de fondos públicos a un periodista

La **STS de 21 de octubre de 2003,** Sala Primera, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil, declara lesionado el derecho al honor del demandante por la publicación de parte de una carta enviada por el demandado a una corresponsal del periódico "La Voz de Asturias" en la que se atribuyen al demandante varias conductas reprobables, entre ellas, malversación de fondos públicos. Señala el TS que el comportamiento del demandado excede de lo protegido por el derecho a la libertad de expresión y de información, en cuanto las acusaciones no pueden ser calificadas de *crítica constructiva y positiva* y se efectuaron sin ningún tipo de prueba o fundamento con la única finalidad de desprestigiar al demandante.

f) La emisión de juicios de valor, no vejatorios ni insultantes, sobre la conducta del demandante no supone una vulneración del derecho al honor

La **STS de 16 de octubre de 2003,** Sala Primera, ponente D. Clemente Auger Liñán, rechaza la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen del demandante por considerar que la información publicada sobre el mismo en el boletín interno de la empresa demandada no contiene *expresiones injuriosas, vejatorias o insultantes innecesarias,* sino tan sólo opiniones y juicios de valor protegidos por la libertad de información y de expresión.

g) La calificación de enchufado: intromisión ilegítima en el derecho al honor

La **STS 30 de septiembre de 2003,** Sala Primera, ponente D. Román García Varela considera vulnerado el derecho al honor de los demandantes por la aparición de sus nombres en la lista anexa al reportaje titulado "Los 288 enchufados del PSOE en la Diputación" publicado por la entidad demandada. El TS considera que la utilización del término enchufado, claramente vejatorio, supuso una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes que no puede justificarse por el interés público y la veracidad de la información publicada.

h) Derecho a la imagen y consentimiento

STS de 24 de diciembre de 2003, Sala Primera. Publicación en el suplemento 7 días del diario *El Mundo,* de 14 de noviembre de 1993, de una fotografía del demandante en un reportaje sobre juventud, drogas sintéticas, alcohol y velocidad en la conducción de vehículos a motor. El citado diario impugna la Sentencia de instancia que le condenó, junto con los demás demandados, a abonar al demandante la cantidad de 5 millones de pesetas, alegando que este último prestó su consentimiento verbal en el lugar público donde se fotografió su imagen, que posteriormente fue reproducida en el citado suplemento. El TS rechaza tal argumentación por cuanto de los hechos probados se deduce que el actor del proceso autorizó la realización de la fotografía para ilustrar una campaña publicitaria sobre los locales de moda en Pozuelo de Alarcón y no para que se insertara

en los reportajes que el periódico referido publicó sobre juventud, drogas y alcohol. El consentimiento prestado fue desviado y aprovechado por los demandados, al margen de la autorización del actor, al rebasarse lo consentido, pues ha de concurrir, para poder tener en cuenta el hecho excluyente de responsabilidad, que el consentimiento sea expreso, esto es, que el autorizante tenga pleno conocimiento del destino de la fotografía, por haber mediado información previa suficiente.

Además, también se aprecia una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor civil, derivado del hecho de que en el pie de la fotografía se haya incluido el texto "La verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo guay", que sirve de tema al reportaje, cuyo personaje central es un joven llamado David, coincidiendo con el nombre del demandante, sin que se demostrara que, en efecto, tales manifestaciones hubieran sido realizadas por éste. El conjunto del reportaje literario y las fotografías que lo ilustran –que le imputan una relación directa y de protagonismo con el mundo marginal de las drogas sintéticas, consumo de alcohol y la llamada "Ruta del Bacalao"– trasciende en descrédito y desmerecimiento en la opinión ajena y lesionan la dignidad de la persona al atentar frontalmente contra la misma, al causar desdoro y desprestigio con doble repercusión, una externa o social y otra interna o individual, que estamos ante una efectiva difamación injustificada, ausente de certeza y veracidad.

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) No tienen carácter básico la regulación y aplicación del procedimiento de tramitación, gestión, concesión y pago de ayudas estatales que se enmarcan en ámbitos de competencia autonómica. B) La determinación de la cuantía de las retribuciones de los funcionarios no forma parte de las bases del régimen estatutario de la función pública a que se refiere el artículo 149.1.18ª CE. **3. Ley.** A) Reserva de Ley. a) Reserva de Ley en materia sancionadora. Doctrina general: se infringe si la sanción se impone en virtud de una Ordenanza municipal que carece de apoyo legal. Cambio jurisprudencial. b) Reserva de Ley en materia presupuestaria: los límites establecidos en relación con los Presupuestos autonómicos coinciden sustancialmente con los aplicables a los Presupuestos estatales. c) Inexistencia de vulneración de la reserva de Ley relativa al ejercicio de profesiones tituladas: cobertura legal y remisión al reglamento. B) Interpretación de la Ley: la interpretación conforme con la Constitución de una Ley por el Tribunal Constitucional permite preservar su validez si admite alguna interpretación compatible con la Constitución. **4. Reglamento.** A) Potestad reglamentaria: ¿el Gobierno ejerce esta potestad con fundamento directo en la Constitución o previa "delegación" legal? B) Extralimitación en la refundición de textos legales: rango reglamentario y control jurisdiccional de las normas *ultra vires*. C) El ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido al respeto de los principios generales del Derecho. D) Innecesariedad de motivación de cada una de las determinaciones de las normas reglamentarias. E) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Emisión de informes preceptivos: cumplimiento del trámite, necesariedad de reiteración y momento para su emisión. b) Omisión del trámite de audiencia. c) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias autonómicas dictadas en ejecución de una Ley básica estatal. d) Omisión del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una Orden dictada en desarrollo de un Real Decreto. e) Reiteración del

Dictamen del Consejo de Estado. f) El hecho de que una norma reglamentaria lleve a cabo una mera modificación no sustancial de otra norma anterior, no permite entender que cabe subsanar las omisiones de trámites esenciales en el procedimiento de elaboración del nuevo reglamento, con base en la previa celebración de tales trámites en el procedimiento de elaboración del reglamento modificado. F) Impugnación de disposiciones de carácter general. a) Distinción a efectos prescriptivos de la revisión de oficio y la impugnación jurisdiccional de disposiciones. b) Efectos de la impugnación indirecta de disposiciones reglamentarias. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) La prohibición de declarar la condición de gran inválido una vez cumplidos los sesenta y cinco años resulta objetivamente justificada y supera un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. b) No se infringe cuando existe una causa objetiva razonable que justifique una diferencia de trato a la luz de los principios de mérito y capacidad. c) No se infringe cuando existe una causa objetiva razonable y proporcionada que justifique una diferencia de trato. B) Inexistencia de vulneración del principio de confianza legítima: la ausencia de certeza en los términos normativos, así como la previsión de meras expectativas, no hace posible hablar de una base segura para alterar las decisiones de los afectados. C) 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. 6530 de 2003, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 860 de 2003. La jurisprudencia constitucional se analiza hasta la Sentencia 6/2004, de 16 de enero. Tiene especial interés en esta entrega la jurisprudencia relativa a la "interpretación conforme a la Constitución" por parte del Tribunal Constitucional que constituye la cuestión fundamental que abordan la STC 202/2003, de 17 de noviembre y sus dos Votos Particulares. Resultan particularmente significativas en la actualidad las reflexiones que se exponen en el segundo Voto Particular en el que se insiste en el peligro que plantea no hacer uso restrictivo del "principio de la interpretación conforme", que puede llevar a traspasar el umbral de las potestades que corresponden a los jueces y Tribunales en la aplicación e interpretación de las Leyes.

2. BASES

A) No tienen carácter básico la regulación y aplicación del procedimiento de tramitación, gestión, concesión y pago de ayudas estatales que se enmarcan en ámbitos de competencia autonómica

En la **STC 175/2003, de 30 de septiembre,** se resuelven los conflictos positivos de competencia promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente al Gobierno de la Nación, contra la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 25 de abril de 1997, por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de ayudas en el trienio 1997/1999 en relación con la iniciativa de apoyo a la tecnología, la seguridad y la calidad industrial (ATYCA) y contra la Orden de 4 de marzo de 1999 del Ministerio de Industria y Energía por la que se convocan ayudas en el marco de la Orden de 25 de abril de 1997, por la que se aprueban las bases reguladoras y convocatoria para la concesión de ayudas de la iniciativa de apoyo a la tecnología, la seguridad y la calidad industrial (ATYCA) para el programa tecnológico de investigación y desarrollo energético y para las áreas de tecnologías para el transporte y de tecnologías y aplicación para la sociedad de la información del programa de fomento de la tecnología industrial.

La Generalidad reprocha a la normativa estatal, en el marco de la competencia relativa a la ordenación de la actividad económica general, que se proyectan sobre el sector industrial la vulneración de las exigencias materiales, que, según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, debe cumplir la normativa básica. En la siempre reiterada Sentencia 13/1992 el Tribunal Constitucional declaró que "el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación". Además "la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse a favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta". "Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado, si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior" [FJ 8.b)].

El Tribunal Constitucional en la STC 175/2003 proyecta esta doctrina sobre las ayudas del programa de fomento de la tecnología industrial incardinadas en la competencia autonómica en materia de industria, en relación con la Orden de 25 de abril de 1997. La Sentencia considera básicos y en consecuencia encuadrables en el ámbito de la competencia estatal de ordenación económica del sector industrial (art. 149.1.13ª CE), los puntos relativos a la regulación de las condiciones generales de otorgamiento de las ayudas, así como la fijación estatal del plazo de presentación de solicitudes, que constituye, según el Tribunal Constitucional, un criterio coordinador y por tanto competencia básica. Sin embargo, el Tribunal no considera básicos los puntos de la Orden que regulan aspectos atinentes al procedimiento de tramitación, gestión, concesión y pago de ayudas que la misma atribuía a órganos estatales. En definitiva, corresponde a la Generalidad de Cataluña regular el procedimiento de tramitación de las subvenciones y efectivamente

gestionarlo, para lo cual el Estado debe remitirle los fondos correspondientes, tras el previo reparto de las asignaciones presupuestarias entre todas las Comunidades Autónomas según criterios objetivos. En relación con esta cuestión, el Tribunal reitera su doctrina acerca de que los modelos de formalización de las solicitudes no constituyen normativa básica en la materia implicada.

Se plantea en la **STC 228/2003, de 18 de diciembre,** la posible infracción de la Constitución por la Orden de 4 de mayo de 1995 del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas para el desarrollo de planes de formación en el marco del Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas de 21 de marzo de 1995 y su aplicación por las Resoluciones del Instituto Nacional de Administración pública de 4 y 30 de mayo de 1995, mediante las que se efectúa la primera y segunda convocatoria, respectivamente, para el ejercicio de 1995 de concesión de ayudas en el marco del citado Acuerdo.

Se alega en el planteamiento del conflicto, la vulneración de las competencias que la Generalidad tiene asumidas en materia de régimen jurídico y sistema de responsabilidad de su Administración y de régimen jurídico de sus funcionarios, que se extiende al desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado (art. 10.1.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). Dicha vulneración se produce al regular dichas normas un sistema de ayudas dirigidas a la formación de los empleados públicos que contiene determinados criterios de gestión centralizada que impiden la gestión autonómica de las ayudas, no habiéndose puesto a disposición de la Generalidad los fondos presupuestarios correspondientes.

La Sentencia de referencia en esta materia es, como reiteradamente se ha expuesto, la STC 13/1992, de 6 de febrero, y en concreto, el FJ 8.b) cuyo contenido ha sido reseñado en el apartado anterior. El Estado puede establecer, al amparo de sus competencias en las materias implicadas (art. 149.1.7º y 18º CE), las condiciones que deben cumplir los planes de formación continua del personal de las Comunidades Autónomas, de modo que dichos planes se sujeten a ello; sin embargo, debe poner a disposición de las Comunidades Autónomas la financiación que a cada una de ellas le corresponda para tal menester, distribuyendo los fondos disponibles según criterios objetivos, siendo incompatible con este planteamiento que dichos planes sean sometidos a un proceso centralizado de concesión subvencional de carácter concurrencial.

Tampoco corresponden al ámbito de competencia estatal las atribuciones que las normas impugnadas asignan al INAP en relación con la convocatoria, tramitación, resolución y pago de estas ayudas, dado que se inscriben en el ámbito de la función ejecutiva o aplicativa, y, por tanto competencia de las Comunidades Autónomas. También resulta inconstitucional en consecuencia, la previsión de un informe preceptivo y vinculante de la Comisión General para la Formación Continua, órgano ajeno a la Administración de la Generalidad. El carácter preceptivo y vinculante del informe priva a la Generalidad de toda decisión autónoma en el ejercicio de su competencia.

Por último, la financiación remitida a la Generalidad no ha tenido lugar de la forma que se exige en la STC 13/1992, FJ 8.b) *in fine*, esto es, mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales, pues la financiación sólo se ha remitido, según se deriva del preámbulo de la Resolución de 20 de junio de 1995 y de su propio contenido, una vez resuelto por el INAP el proceso concurrencial que se ha estimado vulnerador de las competencias de la Generalidad, siendo así que el respeto de las mismas hubiera reclamado que la remisión de la financiación, de no hacerse en los propios presupuestos, se hubiera realizado sin el sometimiento a la condición de que el INAP acordara previamente la concesión de la ayuda, pues todo ello impide que la Generalidad haya ejercido sus competencias de modo efectivo.

B) La determinación de la cuantía de las retribuciones de los funcionarios no forma parte de las bases del régimen estatutario de la función pública a que se refiere el artículo 149.1.18ª CE

En la **STC 202/2003, de 17 de noviembre,** se cuestiona la inconstitucionalidad del art. 20 de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1991 de presupuestos de la Comunidad de Madrid, por posible vulneración del art. 149.1.18ª CE que atribuye al Estado la competencia sobre las bases en materia de función pública.

El citado precepto regulaba un complemento retributivo para determinados altos cargos. Para el Tribunal Constitucional, en tanto la definición de los diversos conceptos retributivos de los funcionarios públicos se incardina en la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.18ª CE, su cuantificación o el establecimiento de límites a la misma, con lo que ello supone de limitación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas en su vertiente de poder de gasto, sólo se admite en virtud del título competencial contenido en el art. 149.1.13ª CE, así como del principio de coordinación al que se refiere el art. 156.1 CE.

En consecuencia, nada se opone desde la perspectiva del art. 149.1.18ª CE a que la Comunidad de Madrid, en virtud de la competencia que tiene asumida estatutariamente en materia de desarrollo legislativo del régimen estatutario de sus funcionarios –en el marco de la legislación básica del Estado– (art. 27.2 del Estatuto), dicte una norma como la cuestionada.

Además existe normativa posconstitucional estatal en esta materia que no ha sido calificada formalmente como básica por el legislador estatal: la Ley 31/1990 que ha establecido en su art. 33.2 una retribución específica para los funcionarios que han sido altos cargos en la Administración. El legislador estatal sólo ha declarado básicos en materia de retribuciones el derecho de los funcionarios a percibir al menos el complemento de destino correspondiente a su grado personal, así como los distintos conceptos retributivos que integran la nómina de los funcionarios públicos. Por lo tanto, la regulación por Ley autonómica de una norma que establece que los funcionarios a su servicio que han desempeñado un puesto de alto cargo en la Administración perciban un complemento de destino superior al que les corresponde por razón de su grado personal hasta igualarlo al valor del que se fije para los Directores Generales, es conforme con la Constitución.

3. LEY

A) Reserva de Ley

a) Reserva de Ley en materia sancionadora. Doctrina general: se infringe si la sanción se impone en virtud de una Ordenanza municipal que carece de apoyo legal. Cambio jurisprudencial

En la **STC 193/2003, de 27 de octubre,** se reitera la jurisprudencia mantenida en la STC 161/2003, de 15 de septiembre (*JA*, núm. 22, enero 2004, págs. 112 y 113), en un supuesto similar. La garantía del principio de legalidad en materia sancionadora exige que la sanción impuesta tenga su fundamento en una norma con rango legal. En consecuencia, el Tribunal estima el amparo solicitado en relación con un Decreto del Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Madrid por el que se impuso una sanción de suspensión de la licencia de autotaxi, dado que carece de fundamento legal al no constituir aplicación de la Ley 16/1987 de Ordenación de Transportes Terrestres como se alega, sino de una simple Ordenanza Municipal, por lo que se produce la vulneración del art. 25.1 CE. En la misma línea, las **SSTS de 10 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5628 y 5655, y la **STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2003,** Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 755.

Sin embargo, la **STS de 29 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6487, ha supuesto un cambio fundamental en la doctrina jurisprudencial relativa a la reserva de Ley en materia sancionadora en el ámbito local. El pronunciamiento se lleva a cabo al enjuiciar una Ordenanza reguladora de la ocupación de las vías públicas con contenedores. La sentencia comienza recordando la jurisprudencia constitucional que, recientemente, ha venido a flexibilizar la reserva de Ley en diversas materias. No obstante, recuerda que el Tribunal Constitucional continúa declarando que esta flexibilidad no sirve para excluir de forma tajante la exigencia de Ley. En concreto, los Municipios no pueden tipificar por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones, sino que la flexibilidad citada alcanza a que no sea exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la Ley, pero sin que se permita la inhibición del legislador. La Ley ha de fijar los criterios mínimos de antijuridicidad, de modo que establezca criterios que orienten y condicionen la valoración por cada Municipio al establecer los tipos de infracción. La misma exigencia se mantiene en definitiva respecto a las sanciones. Todo ello significa que las Ordenanzas locales resultan inaplicables y la potestad reglamentaria menoscabada y disminuida cuando, aun tratándose de materias de estricta competencia local, no existe Ley habilitante para tipificar las infracciones y sanciones.

Pues bien, es a continuación de este antecedente, cuando el Tribunal Supremo procede a modificar su doctrina. El Tribunal considera que la legalidad de los preceptos de la Ordenanza impugnada debe solventarse con base en una interpretación de los preceptos aplicables favorable a la autonomía local. Y con base en tal premisa, señala que "esto lleva

consigo que debamos 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". Y esto es justo lo que sucede en el caso que se estudia, pues en la fecha de autos no se había dictado "la Ley estatal sobre Residuos, Ley 10/1998, de 21 de abril, ni tampoco Ley de la Comunidad Autónoma, la regulación de los arts. 15 y 16 de la Ordenanza sobre los que versa el debate 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 y los entes locales tienen potestades implícitas para ordenar su uso, lo que deben hacer de modo eficaz. 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 y por ello en definitiva a los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico".

Por lo demás, añade la sentencia, "difícilmente podría tacharse esta solución de antidemocrática, pues los miembros de la Corporación Local que aprobaron la Ordenanza han sido elegidos democráticamente. Esta consideración, no carece ni mucho menos de interés. Pues los destinatarios de la Ordenanza local tipificadora de infracciones y sanciones son las personas del Municipio, y en su caso los entes establecidos en él, y son aquellas personas las que han elegido a los miembros del Pleno del Ayuntamiento que aprueba la Ordenanza. 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. Por ello la solución que supone nuestra interpretación se atiene a los principios democráticos que inspiran nuestro ordenamiento". En consecuencia, señala la sentencia que esta solución impone que los artículos 127 y 129 LRJPAC han de entenderse plenamente vigentes y aplicables únicamente a los entes públicos titulares de potestad legislativa, es decir, el Estado y las Comunidades Autónomas. Por el contrario, no serían aplicables íntegramente a las entidades locales, pues en las materias y con los límites indicados la tipificación de infracciones y sanciones ha de entenderse comprendida en los preceptos de la legislación básica local y singularmente en los arts. 55 y 59 del texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local. No obstante "los entes locales, al encontrarse sujetos al principio de legalidad no podrían contravenir Leyes vigentes y la tipificación de infracciones y sanciones sólo podrían llevarla a cabo cuando no exista Ley reguladora y en los casos en que ejerzan una competencia típica que lleve implícita la potestad de ordenar el uso de bienes y eventualmente de organizar servicios. Entendemos que esta interpretación integradora se atiene a las reglas de la lógica jurídica, pues no es coherente en buena lógica otorgar potestad para aprobar

normas, y exigir para que se garantice su cumplimiento el ejercicio de una potestad legislativa de la que no son titulares los entes locales".

Concluye la sentencia, señalando que la modificación de la doctrina del Tribunal constituye una manifestación de la misión que encomienda el Título Preliminar del Código Civil a los órganos jurisdiccionales, al referirse a que la interpretación de las normas ha de llevarse a cabo de acuerdo con las necesidades sociales de los tiempos, "pues indudablemente es una necesidad social otorgar posibilidades de actuación a los entes locales en el caso de incumplimiento de las Ordenanzas que hayan dictado en ejercicio válido de la potestad reglamentaria que le otorgan las Leyes".

b) Reserva de Ley en materia presupuestaria: los límites establecidos en relación con los Presupuestos autonómicos coinciden sustancialmente con los aplicables a los Presupuestos estatales

En la **STC 202/2003, de 17 de noviembre,** se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 20 de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1991, de 13 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para 1991. En el citado precepto se regula el derecho de los funcionarios que han sido altos cargos a consolidar un grado personal máximo; esta regulación supone la atribución a dichos funcionarios de un derecho a percibir por tal motivo el complemento de destino equivalente al señalado para los Directores Generales.

Se plantea en la citada Sentencia la cuestión de si esta regulación puede formar parte o no de la Ley de Presupuestos. Dado que se trata de la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, el parámetro jurídico-constitucional a tener en cuenta es el bloque de la constitucionalidad, integrado en esta cuestión por el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas y las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 6º).

Del análisis del citado bloque de la constitucionalidad se desprende que existe una sustancial identidad entre las normas que lo integran y lo que dispone el art. 134.2 CE respecto de los Presupuestos Generales del Estado. En ambos casos se mantienen los principios consustanciales a la institución presupuestaria y al sistema parlamentario que implican que en la Ley de Presupuestos no pueden incluirse normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y gastos o con los criterios de política económica en que se sustentan o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto.

En consecuencia, el art. 20 de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1991, no infringe los límites materiales de la Ley de Presupuestos ya que sus efectos son estrictamente de índole económica, sin ninguna consecuencia en la promoción profesional del funcionario, que conserva el grado personal que tuviera consolidado conforme a su carrera funcio-

narial. La regulación del citado precepto tiene una innegable repercusión presupuestaria y, por lo tanto, relación directa con la habilitación del gasto público que integra el Presupuesto. Sobre esta cuestión tiene interés la STC 32/2000, de 3 de febrero (*vid. JA*, núm. 8, julio 2000, pág. 94).

c) Inexistencia de vulneración de la reserva de Ley relativa al ejercicio de profesiones tituladas: cobertura legal y remisión al reglamento

La **STS de 12 de mayo de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4728, resuelve la impugnación del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una de las alegaciones realizada por el Colegio Profesional de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas es la vulneración de la reserva de Ley prevista en el art. 36.1 CE relativa al ejercicio de profesiones tituladas. La sentencia contesta a esta alegación señalando que la disposición reglamentaria impugnada no persigue la regulación frontal del ejercicio de la actividad profesional de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, sino que se dicta en desarrollo y ejecución de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pese a ser cierto que en los arts. 31 y 41 del Reglamento hacen referencia a los técnicos medios, entre los que se han de catalogar a los integrados en la Corporación recurrente. A continuación, el Tribunal añade que en el art. 25.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hay una concreta remisión a la regulación reglamentaria de ciertos aspectos concernientes a la clasificación de las empresas contratistas que, aunque no sean los específicos impugnados, vienen a demostrar que la intención del legislador no era la de cerrar de un modo absoluto la regulación a los modos de normación propios de la actividad reglamentaria del Gobierno.

B) Interpretación de la Ley: la interpretación conforme con la Constitución de una Ley por el Tribunal Constitucional permite preservar su validez si admite alguna interpretación compatible con la Constitución

En la **STC 202/2003, de 17 de noviembre,** se plantea como cuestión clave para determinar la vulneración por el art. 20 de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1991, de 13 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid, la interpretación del contenido de dicho precepto.

El apartado 1 del citado art. 20 dispone que los funcionarios de carrera y estatutarios que desempeñen o hayan desempeñado puestos en la Administración Central o Institucional de la Comunidad de Madrid, (...) consolidarán (...) un grado personal máximo cuya equivalencia es (para los altos cargos), la que corresponda al valor del complemento de destino que se fije para los Directores Generales de la Administración del Estado en la Ley de Presupuestos Generales de cada año.

Para el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve la citada Sentencia, esta previsión legal, al establecer un grado personal máximo en función del complemento de destino señalado para los Directores Generales, incide de forma sustancial en el sistema de grados personales regulado con carácter básico por el legislador estatal en el art. 21 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas urgentes de reforma para la función pública; y en consecuencia además infringe el contenido

constitucionalmente legítimo de las Leyes de presupuestos y el orden constitucional de competencias que fija el art. 149.1.18ª CE.

El Tribunal Constitucional admite que el reconocimiento de un grado personal máximo a los funcionarios que bajo determinadas condiciones han sido alto cargo es sin duda una interpretación posible del precepto cuestionado, dado su tenor literal, pero afirma a continuación, que la interpretación literal es un mero punto de partida imprescindible pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengan a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras; de ahí la necesidad de aplicar otras perspectivas distintas de la mera interpretación literal.

Este planteamiento del Tribunal se asienta en el principio de interpretación conforme a la Constitución, en virtud del cual la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución, o en otros términos, si hay alguna posibilidad interpretativa que permitiera salvar la primacía de la Constitución resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley.

El principio de interpretación conforme a la Constitución tiene sus límites, dado que no permite al Tribunal "ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos", ni "reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto para concluir que ésta es la norma constitucional"; en definitiva este principio sitúa al Tribunal en el terreno de la interpretación de la legalidad.

En aplicación de este principio, el Tribunal maneja distintos criterios interpretativos, lógico, finalista, la evolución legislativa, etc.., que le conducen a interpretar el art. 20 de la Ley 15/1991 en el sentido de que el citado precepto no contempla el derecho de los funcionarios que han sido alto cargo a la consolidación de un grado personal máximo, igual o superior al nivel 30 –lo cual supondría vulnerar la competencia básica estatal– sino exclusivamente el derecho a percibir por tal motivo el complemento de destino equivalente al señalado para los Directores Generales. En consecuencia, en virtud de esta interpretación la norma cuestionada establece un simple beneficio retributivo que, como tal, no pone en entredicho el esquema de grados personales previsto en la Ley 30/1984, ni el resto de las causas de inconstitucionalidad que son analizadas en otros apartados de esta crónica.

En conclusión, el Tribunal afirma desde la óptica constitucional que le es propia, que esta interpretación del precepto legal cuestionado resulta imperativa conforme a la naturaleza presupuestaria de la Ley en que se inserta y a los límites constitucionales de las Leyes de presupuestos fijados en la jurisprudencia constitucional.

Esta discutible doctrina jurisprudencial es objeto de dos Votos Particulares, que consideran que no es admisible la interpretación que formula el Pleno del Tribunal. Desde el punto de vista doctrinal, tiene especial interés el segundo Voto Particular que realiza una

exposición detallada que analiza los límites y el significado de la "interpretación conforme" y rechaza su posible aplicación al caso planteado. Tiene interés por su actualidad reproducir algunas consideraciones que se formulan en este último Voto Particular que muestran la incidencia que proyecta la interpretación de la Ley en la garantía del principio de división de poderes.

> "La interpretación conforme a la Constitución de las Leyes no puede convertirse en la panacea universal de nuestro control de constitucionalidad. Su eficacia como remedio de patologías legislativas no puede traspasar los límites de las competencias de los jueces ni la esfera de libre determinación del legislador. Por eso nuestra jurisprudencia, y la de muchos otros prestigiosos Tribunales Constitucionales, siempre ha dicho que la entrada del Tribunal Constitucional en el terreno de la interpretación de la legalidad ordinaria debe hacerse únicamente 'en la medida imprescindible' y que, desde luego, no podemos erigirnos en legislador positivo."
>
> "En los supuestos en que este Tribunal decida utilizar la interpretación conforme a la Constitución debe evitar extenderse en interpretaciones de la legalidad ordinaria. En efecto, interpretar una Ley es tarea adecuada para los jueces y Tribunales, que están en contacto directo con el material de hecho que hace hablar a las normas, y conocen bien sus interpretaciones posibles. A nosotros nos compete la tarea de interpretar la Constitución así como controlar la compatibilidad de las Leyes con ella, y con el reparto competencial de nuestro Estado autonómico. En el control de constitucionalidad, ya sea abstracto o concreto, tenemos atribuido un monopolio de rechazo de normas inconstitucionales; ese monopolio abarca también el rechazo de interpretaciones legales contrarias a la Norma Fundamental y eso es, (*Auslegungsverwerfung*) lo propio de una interpretación conforme a la Constitución. Ese monopolio no se extiende a la simple interpretación de la legalidad ordinaria ni, mucho menos, puede imponer una interpretación de esa índole como la única lógica o la única posible."
>
> "Este tipo de interpretación también debe tener la cautela de respetar, conforme a la división de poderes, la esfera de libre determinación del poder legislativo."
>
> "Cierto es que la interpretación conforme tiene el mérito de reducir el número de normas que se declaran inconstitucionales y parece muy considerada hacia el legislador mismo, cuya intervención hace innecesaria, al tiempo que ahorra vacíos normativos. Sin embargo la libertad de efectuar una interpretación conforme de la Ley no es libertad de efectuar una creación de la Ley conforme a la Constitución; no se debe corregir ni rectificar la obra del legislador mediante una interpretación conforme. Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional. El Tribunal Constitucional no debe imponer al legislador la existencia de una norma que éste no tuvo la intención de poner en existencia."

4. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria: ¿el Gobierno ejerce esta potestad con fundamento directo en la Constitución o previa "delegación" legal?

La disparidad de los pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca del carácter originario o "delegado" de la potestad reglamentaria, así como, y en consecuencia, del ejercicio de una potestad normativa independiente, es tal que no puede dejarse de llamar la atención sobre este extremo, interrogándonos acerca de esta cuestión. La **STS de 12 de mayo de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4728, confirma que la actividad reglamentaria del Gobierno "tiene una habilitación general directa para el ejercicio de esa potestad en el art. 97 de la Constitución", sin necesidad, por tanto, de previa habilitación legal. Sin embargo, la **STS de 20 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5709, partiendo de una premisa obvia, cual es que es contrario al principio de jerarquía normativa que una disposición modifique o derogue otra de rango superior, señala que "en ningún caso, por vía reglamentaria puede contradecirse lo dispuesto en la Ley, ni regularse materias que a ésta están reservadas, *salvo en los supuestos de delegaciones expresas en que la misma sea posible, o que se trate de materias que entran en el ámbito propio de la potestad reglamentaria, como son las que se refieren a la organización administrativa o a situaciones de sujeción especial, respecto de las cuales es viable una normativa autónoma desligada de Ley previa y que se designa en la doctrina con el nombre de reglamento administrativo o independiente*". Ligada a esta última afirmación, también ha de ser citada la **STS de 13 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 6211, según la cual la doctrina de la Sala proclama repetidamente [con citas de las SSTS de 16 de abril de 1999 (RJ 5176), 27 de febrero de 1997 (RJ 1527) y de 28 de enero de 1997 (RJ 534)] que "sólo es admisible el reglamento independiente en el ámbito interno de la organización administrativa o de las relaciones especiales de sujeción", de modo que es precisa una previa habilitación legal para desarrollar reglamentariamente el resto de materias.

B) Extralimitación en la refundición de textos legales: rango reglamentario y control jurisdiccional de las normas *ultra vires*

Reiterando una continua jurisprudencia, la **STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2002,** Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 678 de 2003, confirma que "el rango de Ley es predicable del Decreto delegado sólo *intra vires* de la delegación, pues *ultra vires* no se da la posibilidad de alcanzar ese rango. De ahí que el control de los posibles excesos en que pueda incurrir la norma delegada se convierta en una exigencia institucional de la propia figura de la delegación legislativa recepticia". En consecuencia, las disposiciones *ultra vires* son susceptibles de control jurisdiccional, pues como "el Texto refundido es una simple recopilación de normas vigentes sobre una determinada materia, del que no puede enervar innovación alguna, constituyendo una legislación delegada de segundo plano, susceptible de ser revisada jurisdiccionalmente, en el mismo plano que la Ley de la Jurisdicción sitúa en su artículo las 'disposiciones de categoría inferior a la Ley'. Revisión por los Tribunales ordinarios de lo Contencioso-Administrativo, en un enjuiciamiento *ultra vires*, con el fin de controlar los excesos en que haya podido

incurrir el poder delegado –el Gobierno– en el ejercicio de la potestad que le ha transferido el delegante –el Legislativo–". Consecuentemente, si en el momento de publicarse el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado no existía una limitación determinada para las pensiones de jubilación y retiro, aquél no podía innovar el ordenamiento legal introduciéndolo, porque la Ley de delegación no le autorizaba a hacerlo y porque una disposición reglamentaria (que es el rango que corresponde a los preceptos de textos dictados en virtud de delegación legislativa que exceden de los límites de la delegación) no puede limitar un derecho reconocido por la Ley, por lo que el número 4 del artículo 49 del tan citado Texto Refundido resulta inaplicable.

C) El ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido al respeto de los principios generales del Derecho

En la **STS de 16 de junio de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5681, el Tribunal pone de manifiesto que, además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, la observancia de la jerarquía normativa, la inderogabilidad singular de los reglamentos y el procedimiento de elaboración de reglamentos. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de Ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Así, pues, el Consejo de Ministros al aprobar el Real Decreto 1893/1999, de 10 de diciembre, que tenía por objeto establecer la normativa básica aplicable a determinados regímenes de ayudas comunitarias, debía respetar las exigencias de la igualdad con una doble dimensión: en la norma o previsión normativa e igualdad en la aplicación de dicha previsión.

Además, la más reciente jurisprudencia ha acogido de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria, la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el art. 9.3 CE. Una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta. Pero aun así, el control de legalidad que comporta la revisión jurisdiccional de las disposiciones generales y de la actuación de la Administración supone, sin duda, que la constitucionalidad y el respeto a los valores que consagra la norma fundamental sean ineludibles parámetros de contraste.

A este respecto, es también interesante la **STS de 2 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5593, en la que se considera infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos por el Real Decreto 1893/1999, de 10 de diciembre, sobre pagos por superficie a determinados productos agrícolas, que desarrolla el Reglamento de la Comunidad Económica Europea 1251/1999, de 17 de mayo, por el que se establecía un régimen de apoyo a los productores de determinados cultivos herbáceos, en ejecución de la política agraria comunitaria. El Reglamento CE 1251/1999 autoriza en su art. 5 a los Estados miembros para distribuir las superficies indicadas en el Anexo III entre las zonas de producción tradicional según la amplitud de la producción de trigo duro obtenida durante el período 1993-97. Pues bien, la sentencia señala que "si al llevar a cabo la distribución el Real Decreto impugnado introduce un elemento adicional no contemplado en el Reglamento europeo, es necesaria una motivación

específica y adecuada. No es bastante una invocación del sistema que establece la normativa europea o del genérico respecto a los derechos de acogerse a la ayuda de los agricultores de las zonas tradicionales, en regadío y en secano, y de la igualdad de trato de todos los implicados. Por el contrario es obligatorio que se deje constancia en el expediente de elaboración del Real Decreto de los criterios concretos diferenciadores que se utilizan".

D) Innecesariedad de motivación de cada una de las determinaciones de las normas reglamentarias

Frente a la alegación realizada por los demandantes, la **STS de 9 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5620, aclara que a diferencia de lo que sucede en numerosos supuestos si se trata de actos concretos, no es indispensable que al aprobarse reglamentos la motivación afecte específica e individualmente a cada punto de la normativa. En nuestro ordenamiento jurídico, y en concreto en la regulación vigente del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, no puede encontrarse ningún precepto que obligue al Gobierno o a la Administración a descender al último nivel de detalle cuando se trata de la motivación de las medidas. De ello se concluye que el reglamento impugnado, no siendo arbitrario ni discriminatorio, no se encuentra tampoco falto de motivación en términos generales. En el mismo sentido, la **STS de 9 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5621.

A las mismas conclusiones se llega en la **STS de 16 de junio de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5681. Tras considerar que el ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido al respeto de principios generales del Derecho como la interdicción de la arbitrariedad, no discriminación o proporcionalidad, aclara el Tribunal que otra cosa es la necesidad de que los reglamentos expresen una motivación concreta o describan las razones justificadoras de la regulación que incorporan. La sentencia recuerda que, en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia no ha reconocido la obligación de motivar cuando se trata de normas dictadas por los Estados miembros en ejecución de normas comunitarias en sentencia de 17 de junio de 1997, caso Sodemare, SA Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato SrL contre la Región de Lombardía. Y, en nuestro ordenamiento interno, la LRJPAC exige en su art. 54 la motivación para algunos actos administrativos, como los dictados en ejercicio de potestades discrecionales, pero sin referirse a la motivación del ejercicio de la potestad reglamentaria. No obstante, esto no es obstáculo para que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya exigido la motivación de las disposiciones generales, aunque tal motivación no sea equiparable a la que se exige para los actos administrativos, pues las disposiciones generales cuentan con un procedimiento de elaboración del que resulta su motivación, sin perjuicio de que también pueda aparecer incorporada a un preámbulo o exposición de motivos, de forma que no sea precisa una individualización o pormenorización de sus fines y medios, hasta el punto de anudarse a una falta de concreción de aquéllos la ineficacia de las normas.

Un buen ejemplo en el que el Tribunal considera imprescindible la motivación en un acto normativo es la ya citada **STS de 2 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta,

Ar. 5593, en la que se considera infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad por el Real Decreto 1893/1999, en la medida en que el reglamento no justifica los nuevos criterios que introduce, no previstos en la normativa comunitaria europea.

E) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Emisión de informes preceptivos: cumplimiento del trámite, necesariedad de reiteración y momento para su emisión

La **STS de 17 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5424, pone de relieve que no puede ser confundido el deber de prestar audiencia a los ciudadanos para hacer posible su participación en la elaboración de disposiciones generales, a que se refieren el art. 105.a) CE y el art. 24.1.c) de la Ley del Gobierno, con la obligación que establece el art. 24.1.b) de la Ley del Gobierno de recabar a lo largo del proceso de elaboración de los reglamentos, "los informes, dictámenes y aprobaciones previos preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto". Esta afirmación trae causa de la omisión de la participación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, por lo que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista.

La Sala entiende que la intervención del Consejo Interterritorial en relación con la disposición general aprobada se cumplió en grado suficiente mediante el conocimiento e informe del proyecto que contemplaba en su primitiva redacción la situación especial de los médicos de Medicina Preventiva y Salud Pública que no tienen formación hospitalaria exigiendo seis años de servicio en el ámbito de la salud pública y la Administración sanitaria y haber desarrollado su actividad en al menos dos de las áreas funcionales que se especificaban, además de otros requisitos. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene en cuenta las siguientes razones: a) Los informes preceptivos que exige la Ley del Gobierno, junto con los estudios y consultas que se estimen convenientes, no deben referirse necesariamente al proyecto de reglamento (como ocurre con los informes de la Secretaría General Técnica y del Consejo de Estado: art. 24.3), ni siquiera al texto elaborado [como ocurre con la audiencia a los ciudadanos: art. 24.1.c)], sino que basta con que sean recabados "a lo largo del proceso de elaboración" del reglamento [art. 24.1.b)]. Por ello, no resultan necesariamente trasladables los argumentos expuestos en relación con la necesidad de un nuevo informe cuando se produce una modificación del texto del proyecto como tal, siempre que pueda entenderse, como ocurre en el presente caso, cumplida la función atribuida al órgano competente para emitir el informe. b) El momento oportuno en cuanto a la necesidad de recabar el informe dependerá de las funciones del órgano a quien compete, que en este caso son fundamentalmente de coordinación de las bases de la política de personal. De esto se infiere que basta con que la intervención del Consejo se proyecte sobre los aspectos básicos de la disposición, de tal suerte que una modificación sobre el proyecto en una materia sobre la cual ya ha emitido su parecer no exige preceptivamente un nuevo informe. c) El hecho de que la modalidad de acceso que contemplaba a los médicos de Medicina Preventiva y Salud Pública

sin formación hospitalaria fuera suprimida del proyecto definitivo y del texto definitivamente aprobado no puede considerarse equivalente a la falta de informe preceptivo, incluso desde la perspectiva del concreto texto elaborado como proyecto definitivo. Dicha supresión nada sustancial añadió al texto que no hubiera sido conocido y sobre lo que no hubiera podido emitir su parecer el citado organismo. La modificación operada no tiene otro valor que el de una opción normativa adoptada sin exceder el marco del proyecto por parte de la Administración competente después de examinar el conjunto de informes, estudios y consultas examinados.

Sin embargo, en la **STS de 27 de octubre de 2003,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 6507, se considera que la omisión del informe del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial, creado por el art. 18.1 de la Ley de Industria, y al que compete "informar preceptivamente los proyectos de Reglamentaciones de ámbito estatal", en la elaboración del Real Decreto 786/2001, de 6 de julio, de seguridad contra incendios en establecimientos industriales, constituye una omisión invalidante del citado reglamento.

b) Omisión del trámite de audiencia

La **STS de 12 de mayo de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4728, reitera la jurisprudencia del Tribunal en relación con la participación en el trámite de audiencia de las Corporaciones reconocidas por la Ley que agrupen o representen intereses de sus miembros que guarden relación directa con el objeto de la disposición. No obstante, cuando tal relación directa no existe, es lícito no otorgar este trámite a un Colegio profesional, máxime si se tiene en cuenta que lo que se impugna en el recurso estudiado es el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, "que sólo de un modo lejano y reflejo viene a afectar los intereses de los integrados en el Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, sin que en absoluto persiga la intención de acometer la regulación del ámbito de actuación profesional de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas. De ahí que haya que entender que sus derechos de defensa han quedado suficientemente satisfechos con la intervención defensiva que ahora desarrolla la Corporación". En la misma línea, la **STS de 15 de julio de 2003,** Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 5841, en relación con la impugnación del Colegio Oficial de Veterinarios de Barcelona, del Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo, del Ministerio de la Presidencia, por el que se desarrolla la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos.

Sin embargo, en todo caso, cuando se trata de asociaciones de carácter meramente voluntario, el trámite de audiencia no es preceptivo, sin perjuicio naturalmente del derecho de estas últimas a personarse en el expediente seguido al efecto y hacer las alegaciones que consideren oportunas (**STS de 25 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5793).

c) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de normas reglamentrarias autonómicas dictadas en ejecución de una Ley básica estatal

La **STS de 3 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5332, confirma que el Decreto 237/1994, de 28 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la autorización para la creación, modificación, traslado y cierre de centros, servicios y establecimientos sanitarios, tiene el carácter de reglamento ejecutivo de una norma básica (la Ley General de Sanidad) y, por tanto, en virtud de la reiterada jurisprudencia de la Sala, se exige el Dictamen previo del Consejo de Estado, a salvo, claro está, del supuesto en que las Comunidades Autónomas, en virtud de su potestad de autoorganización, tengan un órgano consultivo semejante. En la misma línea, la **STS de 29 de mayo de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5581.

d) Omisión del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una Orden dictada en desarrollo de un Real Decreto

La **STS de 30 de mayo de 2003,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5522, reitera la jurisprudencia del Tribunal sobre la innecesariedad del trámite de informe del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de Órdenes dictadas en desarrollo de un Real Decreto, el cual sí fue objeto del citado Dictamen.

e) Reiteración del Dictamen del Consejo de Estado

La necesidad de someter a un nuevo Dictamen consultivo los proyectos ya auditados por el Consejo de Estado que hubiesen sufrido modificaciones, no es preceptiva siempre que las mismas fuesen consecuencia de acoger las correcciones propuestas por el Consejo, o se tratase de modificaciones de escasa trascendencia. Ahora bien, aunque la modificación operada no pueda ser calificada de intrascendente, pero el propio Consejo de Estado, después de sugerir la reconsideración del texto con el fin de incluir precisamente un desarrollo más pormenorizado de los procedimientos, concluyese su informe declarando expresamente que "una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo del Dictamen, puede elevarse al Consejo de Gobierno para su aprobación el proyecto de Decreto", entonces, se hace manifiesta la falta de necesidad de solicitar nueva consulta en el caso de que las observaciones formuladas hubiesen sido atendidas (**STS de 15 de julio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5858).

f) El hecho de que una norma reglamentaria lleve a cabo una mera modificación no sustancial de otra norma anterior, no permite entender que cabe subsanar las omisiones de trámites esenciales en el procedimiento de elaboración del nuevo reglamento, con base en la previa celebración de tales trámites en el procedimiento de elaboración del reglamento modificado

La **STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2002,** Sala Tercera, Sección Novena, Ar. 730, resuelve la impugnación formulada contra el Decreto 32/1994, de 24 de marzo, regula-

dor de la asistencia de la Comunidad de Madrid a los Municipios para su defensa en juicio. El Tribunal pone de relieve la ausencia de celebración de trámites esenciales como el informe de la Secretaría General Técnica o la falta de audiencia al Colegio de Abogados de Madrid. No obstante esta conclusión, la sentencia se plantea la posibilidad de entender subsanados dichos defectos en virtud de que el Decreto impugnado pudiera ser considerado como una mera modificación no sustancial del Decreto 68/1986, de modo que pudiera entenderse que los informes y actos del procedimiento de elaboración de éste fueran válidos para aquél. Sin embargo, para que esto fuera posible, el Tribunal considera que no sólo es necesario que realmente nos encontrásemos ante una modificación no sustancial, sino que, además, "sería preciso que los informes anteriores formaran parte de alguna manera del actual procedimiento, aunque tan sólo fuera por remisión".

F) Impugnación de disposiciones de carácter general

a) Distinción a efectos prescriptivos de la revisión de oficio y la impugnación jurisdiccional de disposiciones

La imprescriptibilidad de la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciadas de nulidad radical, sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 109 de la antigua LPA (hoy art. 102 de la LRJPAC), cuando se ejercita ante la propia Administración, ya que puede serlo "en cualquier momento". Por el contrario, en el caso de acciones jurisdiccionales el recurrente ha de someterse a los plazos procesales correspondientes, ya ejercite directamente la acción de nulidad ante los Tribunales, ya acuda a ellos contra la resolución denegatoria de la Administración a quien se reclamó que la declarara (**SSTS de 13 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 5665 y 5666).

b) Efectos de la impugnación indirecta de disposiciones reglamentarias

La **STS de 13 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 5665, reitera la jurisprudencia que establece que en la impugnación indirecta de reglamentos los únicos actos anulados son los concretos actos impugnados, y no los reglamentos, pues éstos únicamente fueron inaplicados al caso en cuestión, en virtud de su ilegalidad.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) La prohibición de declarar la condición de gran inválido una vez cumplidos los sesenta y cinco años resulta objetivamente justificada y supera un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida

En la **STC 197/2003, de 30 de octubre,** se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el art. 143.2 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) en

cuanto impide declarar gran inválido a quien encontrándose en la situación descrita en el art. 137.6 LGSS y habiendo sido declarado anteriormente en otro grado de invalidez hubiera cumplido sesenta y cinco años de edad, por posible vulneración del art. 14 de la Constitución. Se alega que esta regulación discrimina por razón de la edad, al impedir la declaración de gran invalidez una vez cumplidos los sesenta y cinco años aunque el sujeto afectado se encuentre en la situación material que justifique dicha calificación.

A juicio del Tribunal Constitucional resulta evidente que la previsión legal cuestionada introduce una diversificación, a efectos de la posibilidad de revisión de la incapacidad permanente entre todos cuantos padecen un estado invalidante, en función de la edad. No obstante, no es la edad aislada y selectivamente considerada la que desencadena en el precepto cuestionado la diferenciación entre dos grupos de personas, sino la edad en cuanto implica la línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la de finalización de ésta o jubilación: se trata de situaciones distintas, que obedecen a diferentes fundamentos y que dan lugar a un tratamiento legal diverso a través de dos sistemas que regula la Ley General de la Seguridad Social. El ordinario declive de las facultades por razón de edad que presume el régimen de jubilación frente al patológico sobrevenido para el trabajo durante la vida activa, independiente de la edad al que se refiere la incapacidad, define dos situaciones diversas, y, consecuentemente, dos marcos distintos de protección.

Este diferente trato legal resulta objetivamente justificado y supera un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Junto a este argumento, el Tribunal Constitucional mantiene que la peculiar naturaleza de la gran invalidez –necesidad de la asistencia de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida– justifica un tratamiento diferente al cumplir la edad de jubilación, pues su admisión a partir de ese momento daría lugar prácticamente a una universalización de la prestación, dado que la avanzada edad en la mayoría de los casos puede desembocar en la situación descrita.

No obstante, el Tribunal destaca que la cobertura de la necesidad derivada de una situación de gran invalidez surgida después del cumplimiento de los sesenta y cinco años es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva, art. 53.3 CE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no debe inferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable, lo que no ocurre en este caso dado que el criterio diferenciador del art. 143.2 LGSS parte de la existencia de regímenes jurídicos distintos para los trabajadores en situación de actividad y para los que ya han alcanzado la edad de jubilación.

b) No se infringe cuando existe una causa objetiva razonable que justifique una diferencia de trato a la luz de los principios de mérito y capacidad

La **STC 202/2003, de 17 de noviembre,** recoge sustancialmente la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en la STC 32/2000 en relación con las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) en conexión con los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 CE.

La STC 202/2003 resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 20 de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1991 de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid que establece un complemento retributivo para determinados altos cargos. Según el Tribunal Constitucional, el legislador dispone de un notable margen de configuración a la hora de establecer las retribuciones complementarias de los funcionarios sin que ello suponga una quiebra del principio de igualdad, siempre que exista una causa objetiva y razonable que justifique esa diferencia de trato a la luz de los principios de mérito y capacidad. En este caso, el criterio utilizado por el legislador para establecer el controvertido incremento retributivo constituye un criterio abstracto y general, dado que el beneficio económico que establece depende de la previa acreditación de una circunstancia objetiva –haber desempeñado un puesto de alto cargo durante dos años continuados o tres con interrupción– que se aplica a un conjunto indeterminado de funcionarios. Este planteamiento, como ya expuso el Tribunal en la Sentencia 32/2000, elimina la existencia de una reserva o preterición *ad personam*, y, en consecuencia, la vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE. Además, valorar a efectos de consolidar un determinado nivel retributivo en la función pública, el destino en cargos de especial relevancia y responsabilidad, no es una decisión irrazonable ni arbitraria o carente de justificación sino que entra dentro del margen de configuración política de que goza el legislador para conformar la carrera administrativa y el sistema retributivo de ciertos funcionarios.

c) No se infringe cuando existe una causa objetiva razonable y proporcionada que justifique una diferencia de trato

En la **STS de 17 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5424, se plantea una eventual vulneración del art. 14 CE provocada por el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, por lo que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista. Tras realizar un amplio repaso de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad, el Tribunal considera que la diferenciación establecida entre los médicos dedicados a la Medicina Preventiva y Salud Pública que tienen formación hospitalaria y los que, con igual dedicación, carecen de ella, al efecto de establecer un procedimiento extraordinario de acceso a la especialidad, está suficientemente justificada y resulta proporcionada a la finalidad perseguida, de suerte que no se produzca un resultado excesivamente gravoso.

B) Inexistencia de vulneración del principio de confianza legítima: la ausencia de certeza en los términos normativos, así como la previsión de meras expectativas, no hace posible hablar de una base segura para alterar las decisiones de los afectados

En la **STS de 17 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5424, también se plantea la vulneración del principio de confianza legítima provocada por el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, por lo que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista. Esta alegación se basa en el art. 4.3 del Real Decreto 127/1984 conforme al cual, para obtener el título de Médico Especialista en Medicina Preventiva y Salud Pública, se establecieron dos procedimientos, uno de los cuales es un procedimiento extraordinario, para el que se utilizarán medidas excepcionales para proporcionar las correspondientes enseñanzas teóricas y prácticas de acuerdo con las disposiciones normativas que se dicten en desarrollo de este Real Decreto. Entienden, por tanto, que dicho precepto generaba confianza legítima en que el procedimiento extraordinario desarrollado por la norma impugnada iba a comprender a quienes no tenían formación hospitalaria.

El Tribunal rechaza esta alegación, señalando: a) Que el mandato del Real Decreto es indeterminado, pues sólo prevé la regulación de un procedimiento extraordinario de acceso a la especialidad, pero sin especificar los requisitos, sino todo lo contrario, otorgando un amplio margen de discrecionalidad, lo que impide formular una previsión suficientemente certera sobre el alcance concreto del procedimiento cuya regulación se prevé. b) La norma reguladora del procedimiento extraordinario no puede ir más allá de generar unas legítimas expectativas. La efectividad de éstas, en el terreno de los principios, no puede prevalecer sobre la potestad de innovar el Ordenamiento Jurídico. c) La generalidad de las previsiones contenidas en la norma reguladora del procedimiento extraordinario no hace fácilmente aceptable que los médicos carentes de formación hospitalaria hayan podido considerar la existencia de una base segura para alterar sus decisiones profesionales en espera de obtener la especialización por el cauce extraordinario.

C) Inexistencia de retroactividad de las normas: retroactividad de grado mínimo

Reiterando su jurisprudencia la **STS de 3 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5422, pone de relieve nuevamente que la aplicación de una norma a situaciones jurídicas surgidas, al menos en parte, conforme a la normativa anterior, pero que sólo tiene efectos hacia el futuro, constituye un supuesto de retroactividad de grado mínimo que no es incluible en la prohibición general prevista en el art. 9.3 CE. En el mismo sentido, la **STS de 3 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5421.

Jorge Agudo González
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) No procede la aplicación de la doctrina de los actos propios invocando informes y propuestas favorables de carácter no vinculante recaídos en el expediente administrativo. B) La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) constituye un acto de trámite. **3. Procedimiento Administrativo.** A) La prohibición de abstención en los órganos colegiados sólo se aplica a las autoridades y funcionarios. B) Acumulación de procedimientos. La resolución de uno predetermina la de otro. C) Caducidad del procedimiento. Competencia para su apreciación. **4. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Notificación defectuosa. Interposición de recurso improcedente. **5. Invalidez del acto administrativo.** A) Ninguna de las causas de nulidad recogidas en el artículo 62 LRJPAC resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia en un procedimiento administrativo no sancionador. B) Anulabilidad por defectos formales en un procedimiento no sancionador: concepto de indefensión. **6. Eliminación del acto administrativo.** A) Límites a la revisión de oficio: por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad (art. 106 LRJPAC). B) La imprescriptibilidad de la impugnación de actos nulos de pleno derecho sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 102 LRJPAC.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre octubre de 2003 y enero de 2004 (marginales 4696 a 7253) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CLASES DE ACTOS

A) No procede la aplicación de la doctrina de los actos propios invocando informes y propuestas favorables de carácter no vinculante recaídos en el expediente administrativo

La **STS de 24 de junio de 2003,** Ar. 6282, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 5º, establece que: "(...) Tampoco cabe invocar la doctrina de los actos propios porque en el expediente administrativo tramitado se hubiesen emitido informes y propuestas favorables a la legalización, ya que ni aquéllos ni éstas eran vinculantes con arreglo al ordenamiento jurídico entonces aplicable (...), mientras que el silencio, conforme a dicho ordenamiento (...) debía entenderse como negativo, de modo que ningún acto expreso o presunto de la Administración permite invocar, en favor de la legalización del edificio, la doctrina de los actos propios ni menos el principio de confianza legítima, que jamás sería justificación para acceder a legalizar lo construido sobre el dominio público marítimo-terrestre, por lo que la seguridad jurídica no ha quedado en entredicho, sino que, por el contrario, así sería si por vía de los hechos consumados se consiguiese legalizar una edificación tan manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico (...)".

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

La **STS de 17 de junio de 2003,** Ar. 6139, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 11º, de acuerdo con la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, ampliamente argumenta sobre la naturaleza jurídica del acto de Declaración de Impacto Ambiental:

> "(...) Resultan así, de aquel conjunto normativo (Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/337/CEE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, traspuesta por Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre), dos conclusiones que en buena lógica parecen imponerse (...) una de ellas es que la DIA no se configura propiamente como un acto autorizatorio más (...) y otra, que el contenido de la DIA no constituye, por tanto, la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse (...). Lo expuesto conduce a entender que nuestro Legislador optó por configurar la DIA como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que ponga fin, el cual sin embargo no queda necesariamente determinado –ni en el sentido de la decisión autorizatoria o denegatoria, ni en el del contenido de las condiciones de protección medioambiental– por la conclusión o juicio que en aquélla se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnable en sede

jurisdiccional. Ni tampoco conduce a ello el que la DIA sea el precipitado de unos trámites precedentes (iniciación, consultas, información al titular del proyecto, estudio de impacto ambiental, información pública, informes) ordenados procedimentalmente, pues todo ello constituyen meras secuencias lógicamente necesarias o convenientes para la formación del juicio en que la DIA consiste, que no transforma su naturaleza jurídica. Ni su enorme transcendencia, también predicable de otros dictámenes, como es obvio. Ni la especialización del órgano que la emite, por la misma razón. Ni su carácter de órgano no consultivo, pues esta nota o elemento no determina por sí sola la naturaleza jurídica de la totalidad de los actos que de él puedan emanar (...)".

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) La prohibición de abstención en los órganos colegiados sólo se aplica a las autoridades y funcionarios

La **STS de 15 de julio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5964, FFDD 5º, 6º y 8º, precisa que la prohibición de abstención establecida en el artículo 24.1.c), se aplica únicamente a los funcionarios, pero no a los sujetos privados integrados en los órganos colegiados como forma de incorporar a éste las sensibilidades propias del sector. Tampoco se proyecta dicha prohibición sobre aquellos órganos designados en virtud de mecanismos de elección democrática, participativa, corporativa o de selección por sus cualidades o conocimientos técnicos.

B) Acumulación de procedimientos. La resolución de uno predetermina la de otro

Resulta plenamente ajustado a la legalidad que por la Administración se acumulen implícitamente dos procedimientos (solicitud de autorización de ejecución de obras en una edificación levantada en la playa y solicitud de legalización de dicha edificación), desestimando ambos en una única resolución cuando ambos procedimientos estén "condicionados". Según la **STS de 21 de julio de 2003,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 6168, FD 2º, la decisión sobre la legalización condiciona la de la ejecución de las obras, por lo que la desestimación de la legalización impone, de forma lógica, rechazar también la ejecución de las obras, en virtud del principio de eficacia.

C) Caducidad del procedimiento. Competencia para su apreciación

La competencia para apreciar la caducidad de un procedimiento corresponde, no sólo al órgano competente para la resolución del procedimiento, sino también al órgano competente encargado de su tramitación, como precisa la **STS de 5 de mayo de 2003,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 5420, FD 4º, al declarar conforme a derecho la declaración de caducidad y archivo del expediente de segregación de municipios por parte de una determinada Consejería, aun cuando el órgano competente para la resolución fuese el Consejo de Gobierno.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación defectuosa. Interposición de recurso improcedente

La **STS de 2 de julio de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5896, FD 2º, anulando la sentencia de instancia, determina que el recurso debió declararse inadmisible por extemporáneo. Y ello porque si bien la notificación fue defectuosa, al no entregarse al interesado, la misma se considera subsanada desde el momento en que éste realice actuaciones que supongan el conocimiento de su contenido. Y si bien el sujeto interpuso erróneamente recurso de reposición, a pesar de que en la notificación se indicaba que el mismo no procedía, el cómputo del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo comienza a computarse, para el Tribunal, a partir de la notificación de la desestimación del recurso de reposición, en la que se le indicó que éste no era el recurso procedente.

5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Ninguna de las causas de nulidad recogidas en el artículo 62 LRJPAC resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia en un procedimiento administrativo no sancionador

La **STS de 11 de julio de 2003,** Ar. 5433, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 2º, resume de manera muy pormenorizada la doctrina jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo sobre las consecuencias jurídicas de invalidez que acarrea la ausencia del trámite de audiencia en un procedimiento administrativo ordinario, por lo que literalmente lo reproducimos a continuación:

> "(...) la falta de audiencia en un procedimiento no sancionador no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.
>
> Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común resulta aplicable a la simple falta de trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo –aun con cierta flexibilidad– de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de este ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamien-

to prevea, pero no afecta a un derecho fundamental o libertad pública, susceptible de amparo constitucional. Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2000 –recurso de casación 5697/1991–), que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia al interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el letra c) del art. 62 LRJPAC.

Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello.

Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa (...)".

B) Anulabilidad por defectos formales en un procedimiento no sancionador: concepto de indefensión

La **STS de 14 de julio de 2003,** Ar. 6034, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, afirma que

"(...) Esta Sala ha declarado reiteradamente que, en un procedimiento no sancionador, la existencia de un recurso administrativo posterior en el que el afectado puede introducir todas las cuestiones de hecho y de derecho que estime pertinentes excluye, en principio, que pueda hablarse de indefensión (por todas, con cita de jurisprudencia, la reciente Sentencia de 11 de julio de 2003 dictada en el recurso de unificación de doctrina 7983/1999) (...)".

En el mismo sentido *vid*. la **STS de 7 de julio de 2003,** Ar. 5920, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 3º.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Límites a la revisión de oficio: por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad (art. 106 LRJPAC)

La **STS de 16 de julio de 2003,** Ar. 6165 Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 4º, parte de un supuesto en el que un cierto señor en el año 1972 solicitó la colegiación en el Colegio Nacional de Ópticos como titular de un establecimiento de óptica en una ciudad capital de provincia, y así le fue otorgado por acuerdo del Colegio Nacional de 5 de mayo de 1972. En junio de 1992, otro colegiado con establecimiento de óptica abierto en la misma ciudad, presentó denuncia por irregularidades en la colegiación antes citada. La irregularidad consistía en que la persona que solicitó y obtuvo la colegiación en mayo de 1972 no era titular de establecimiento alguno –como exigía la normativa aplicable en ese momento–, pues la titularidad correspondía a un familiar suyo. En este caso el Alto Tribunal aplica el art. 106 LRJPAC y establece que "(...) A tenor de este precepto las facultades de revisión de los actos administrativos no pueden ser ejercidas, entre otros casos cuando por el tiempo transcurrido aquel ejercicio resulte contrario a la equidad. Para la aplicación de este artículo es un dato decisivo el de que transcurrieron más de veinte años desde el acuerdo de colegiación hasta la denuncia de irregularidades, por lo que debemos considerar tras la correspondiente deliberación que la revisión de dicho acto resulta ahora contraria a la equidad (...)".

B) La imprescriptibilidad de la impugnación de actos nulos de pleno derecho sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 102 LRJPAC

La **STS de 13 de junio de 2003,** Ar. 5665, Sala Tercera, Sección Segunda, FD 2º, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo establece que "(...) la imprescriptibilidad de la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciadas de nulidad radical, sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 109 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo (hoy art. 102 de la Ley 30/1992) (...), cuando se ejercita ante la propia Administración, ya que puede serlo 'en cualquier momento', por el contrario en el caso de acciones jurisdiccionales el recurrente ha de someterse a los plazos procesales correspondientes, ya ejercite directamente la acción de nulidad ante los Tribunales, ya acuda a ellos contra la resolución denegatoria de la Administración a quien se reclamó que la declarara (...)".

Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Juan Antonio Chinchilla Peinado

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados. A) Naturaleza administrativa de contratos. B) Naturaleza de contratos de RTVE. **3. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. a) Falta de concreción de los criterios de adjudicación. b) Vulneración por los criterios de adjudicación de los principios de objetividad y libre concurrencia. c) Anulación de convocatoria de concurso para integración de capital privado en la sociedad pública por falta de determinación del Pliego. **4. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) Adjudicación improcedente por aplicación inadecuada de los criterios del Pliego. **5. Régimen jurídico de los contratos.** A) Equilibrio económico. a) Revisión de precios. b) Enriquecimiento injusto. c) Reducción del canon para restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión. B) Responsabilidad frente a terceros. C) Incumplimiento contractual por parte de la Administración. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra pública. a) Requerimientos de reparación de obras en un túnel después de la recepción definitiva de las obras. b) Compensación de deudas por medio de certificaciones de obra. c) La fecha inicial del devengo de intereses es la de la emisión de la certificación por parte de la Administración y no la de la intimación al pago. B) Contrato de gestión de servicio público. a) Calificación como contrato de gestión de servicio público de un convenio interadministrativo. b) Resolución de un contrato de gestión de servicio público y rescate de las instalaciones en que dicho servicio se prestaba.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de octubre a diciembre de 2003, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de septiembre de 2002 a enero 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 en las que se controlan actuaciones municipales que tienen por objeto la implantación de distintas formas

de gestionar los servicios públicos locales. Entre ellas, junto a la **STS de 4 de julio de 2003,** resulta de interés la **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2003,** Ar. 754, que conoce de la impugnación de un concurso para proceder a la enajenación de acciones de la sociedad anónima "Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid", que supone la integración de capital privado en esta empresa de capital íntegramente público. En el ámbito contractual, esta Sentencia se pronuncia en torno a la elección de concurso o subasta para llevar a cabo esta enajenación, contando, al respecto, con un Voto Particular muy ilustrativo. Igualmente interesante resulta la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de septiembre de 2002,** Ar. 597, que analiza un supuesto de incumplimiento del régimen de publicidad y concurrencia en la implantación por parte de un Ayuntamiento de un servicio público municipal a través de un convenio interadministrativo entre el propio Ayuntamiento y una sociedad mercantil participada mayoritariamente por otro Ayuntamiento vecino.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza administrativa de contratos

La **STS de 27 de junio de 2003,** Ar. 6147, en una interpretación extensiva del artículo 5.2.b) TRLCAP, afirma el carácter administrativo de un contrato de compra-venta de una parcela que celebra la Diputación Provincial de La Coruña. El Tribunal considera que el contrato fue el instrumento utilizado por la Administración contratante para realizar una función de fomento, concretada en el impulso del desarrollo de la zona y en el estímulo de la iniciativa empresarial privada. Esto demuestra que, a juicio del tribunal, dicho contrato estaba directamente conectado con el ejercicio de potestades públicas que forman parte de la competencia funcional que legalmente tiene atribuida la Administración contratante.

Asimismo, siguiendo jurisprudencia anterior, la **STS de 14 de julio de 2003,** Ar. 6344, califica como contrato administrativo un contrato de arrendamiento de la plaza de toros propiedad de un Ayuntamiento, lo que se considera adscrito al desenvolvimiento de un aspecto de la competencia municipal de ocupación del tiempo libre.

B) Naturaleza de contratos de RTVE

Una vez más, los tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los contratos que celebra RTVE. En esta ocasión, la **STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2002,** Ar. 501, en la que se afirma la naturaleza privada de sus contratos. Sobre esta misma cuestión, y otras anexas, aunque de forma poco clara, la **STS de 8 de julio de 2003,** Ar. 6161.

3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

a) Falta de concreción de los criterios de adjudicación

La **STS de 24 de junio de 2003,** Ar. 5731, considera que las bases de un concurso vulneran lo establecido en el apartado 2 del artículo 87 LCAP porque otorgan a todos los criterios que fija el mismo valor. Esto incumple el mandato que dicho precepto prescribe al requerir que se fijen por orden decreciente y por la ponderación que se les atribuya.

b) Vulneración por los criterios de adjudicación de los principios de objetividad y libre concurrencia

La **STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2002,** Ar. 728, anula una cláusula del pliego del cláusulas administrativas que establece que se ha de tener en cuenta la experiencia previa de una empresa en la prestación de servicios análogos a los que son objeto de contratación como criterio para la adjudicación del contrato, aunque lo circunscribe a un determinado ámbito territorial (Cataluña) en detrimento de los demás. Para el Tribunal esta cláusula resulta contraria al ordenamiento jurídico por suponer una restricción injustificada de los principios de objetividad y de libre concurrencia que rigen la contratación de las Administraciones Públicas.

c) Anulación de convocatoria de concurso para integración de capital privado en la sociedad pública por falta de determinación del Pliego

La **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2003,** Ar. 754, conoce de la impugnación de un concurso para proceder a la enajenación de acciones de la sociedad anónima "Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid", que supone la integración de capital privado en esta empresa de capital íntegramente público a la fecha del acto impugnado y que presta los servicios funerarios en el término de Madrid. En relación con esta cuestión, el Tribunal se plantea, de forma extensa, pero confusa y poco concluyente, si el concurso es la forma de adjudicación adecuada para proceder a esa enajenación. Para el Tribunal, si la integración de capital ajeno a la entidad es una mera enajenación de acciones, el procedimiento no puede ser otro que la subasta y si, por el contrario, se busca encargar la gestión del servicio a un tercero, es preciso determinar qué condiciones habrían de tenerse en cuenta para adjudicar el contrato, los derechos y obligaciones de ese tercero. En cuanto que faltan estos criterios y esta concreción, el Tribunal procede a anular el Pliego de Condiciones establecido para el concurso.

Mucho más concreto y explícito en sus conclusiones se muestra el Voto Particular para el que no cabe la menor duda de que el sistema de adjudicación adecuado para este caso es el concurso. Para justificar su postura, entre otros argumentos, apela al artículo 207 del Reglamento General de Contratos del Estado, según el cual sólo cabe la enajenación de títulos representativos de capital de "las sociedades de derecho privado, cuyo capital per-

tenezca íntegramente al Estado o a un ente público estatal y que gestione servicios públicos del Estado" si se hace con sujeción a las normas que regulan la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos. Lo que, en definitiva, supone una remisión al concurso como forma de adjudicación.

Por último, también discrepa con la consideración de que el Pliego de condiciones adolece de falta de claridad y no concreta los factores a tener en cuenta y que han de regir el concurso. Sostiene el Voto Particular que, en este caso, no se trata de un concurso ordinario, sino de un concurso de "iniciativas" o "propuestas" a los que se refieren los artículos 104 TRRL y RSCL. En virtud de estos preceptos son los ofertantes los que han de dar contenido material al Pliego, el cual se limita a fijar unas bases. Hay que tener en cuenta que, en este caso, no se trata de realizar una obra o prestar directamente un servicio público, sino de constituir una sociedad con un socio privado para prestar un servicio público y las fórmulas posibles de integración son muchas, por lo que serán los concursantes los que presenten estas diferentes opciones.

4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Adjudicación improcedente por aplicación inadecuada de los criterios del Pliego

La **STSJ del País Vasco de 27 de septiembre de 2002,** Ar. 504, anula la adjudicación de un concurso en el que la Administración utiliza un método de puntuación, en orden a la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego, que entraña una modificación de las ofertas de los concursantes y un trato de favor respecto de la finalmente adjudicataria.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS

A) Equilibrio económico

a) Revisión de precios

En la **STS de 18 de julio de 2003,** Ar. 6117, se enjuicia un supuesto de revisión de precios de un contrato para la realización de diversas operaciones de conservación y explotación en los tramos de determinada autovía. En síntesis, la sentencia, dictada en un recurso de casación para la unificación de la doctrina, sostiene que el IPC o aumento del índice del coste de vida debe girarse sobre el presupuesto de ejecución material en el momento en que se produce dicha revisión y no debe aplicarse, como quería la recurrente, sobre una cantidad que es resultado de aplicar sobre el presupuesto de ejecución material el IPC correspondiente a años anteriores, en los supuestos en que la actualización comprende varios períodos anuales.

En relación con la revisión de precios, la **STSJ de Cantabria de 30 de mayo de 2003,** Ar. 795, considera que el presupuesto sobre el que debe realizarse la revisión de precios incluye el beneficio industrial y los gastos generales.

b) Enriquecimiento injusto

El Tribunal Supremo, en **STS de 11 de julio de 2003,** Ar. 6028, conoce de un supuesto en el que se discute si las obras realizadas tuvieron como origen una decisión de la Administración, a los efectos de poder calificarlas como constitutivas de un típico supuesto de enriquecimiento injusto. En este caso quedó probado que las "mejoras" no fueron propuestas por la empresa contratista, y su causa fueron los deterioros debidos al no uso del edificio y no a la defectuosa ejecución de la obra, por lo que se reconoció el derecho de la contratista a cobrar el importe de dichas obras de mejora.

Por el contrario, no se aprecia la existencia de enriquecimiento injusto en el caso enjuiciado por la **STS de 23 de junio de 2003,** Ar. 4588, sobre un contrato de concesión de servicio público de abastecimiento de aguas mediante sociedad municipal de economía mixta, al no concurrir los requisitos que la jurisprudencia exige: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento de la parte actora; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. En el caso examinado, el Ayuntamiento negó al recurrente el pago de su retribución, en aplicación estricta de las cláusulas que regían la concesión administrativa, que establecían 0 pesetas como retribución del socio privado cuando el porcentaje de pérdidas en la red de distribución de agua superase el 45 por ciento.

La **STSJ de Andalucía de 7 de febrero de 2003,** Ar. 848, conoce de un caso de enriquecimiento injusto en relación con unas obras complementarias realizadas adicionalmente en un contrato de obras de acondicionamiento de varios tramos de carretera. En este supuesto la Administración contratante alega prescripción de la deuda reclamada, a lo que el tribunal, –siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998, Ar. 331–, no accede por considerar que la Administración no ha procedido, como era su obligación, a la liquidación definitiva de la obra y a la cancelación de las fianzas prestadas. En este sentido, se recoge la doctrina del Supremo, en la sentencia citada, que declara:

> "Sabido es que la prescripción es una institución que, entre otras finalidades, pretende dar seguridad y firmeza a las relaciones jurídicas a causa del silencio de la relación jurídica que prescribe. De este planteamiento se sigue que no puede alegar la prescripción, en su favor, quien con su conducta impide que la relación jurídica que une a los contratantes quede terminada. Así actúa la Administración que no procede, como es su deber, a la liquidación definitiva y a la cancelación de las fianzas prestadas, a que viene obligada en virtud de lo dispuesto en los artículos 55 y 57 de la LCE. Aplicar, en esta situación, la prescripción comporta un trato profundamente discriminatorio para ambas partes contratantes, pues mientras los derechos del contratista están prescribiendo, los de la Administración, derivados del contrato, se encuentran intactos y son ejercitables en cualquier momento, sin que para ellos la prescripción haya comenzado."

c) Reducción del canon para restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión

Aprecia el Tribunal Supremo, en **STS de 4 de julio de 2003,** Ar. 5909, que nos encontramos ante un supuesto en el que se debe reducir el canon de una concesión de la explotación de los servicios de restaurante y cafetería de un aeropuerto porque había quebrado el equilibrio financiero por causas exteriores al convenio. Las circunstancias no previstas inicialmente consistían en la disminución de pasajeros producida por la crisis del sector causada por la guerra del Golfo del año 1991, y otras causadas por la Administración concedente, como la remodelación del aeropuerto que llevó al cierre temporal de la cafetería en cuestión.

B) Responsabilidad frente a terceros

Se aprecia que existe responsabilidad del contratista frente a terceros en el supuesto del que conoce la **STS de 24 de abril de 2003,** Ar. 5409, en el que se producen daños causados por el contratista por la defectuosa ejecución de unas obras de demolición, acordadas por un Ayuntamiento. En la sentencia se declara que no hay responsabilidad de la Administración, pues los daños se produjeron al no adoptarse por el contratista las medidas provisionales de precaución establecidas en el proyecto de demolición elaborado por la Administración.

C) Incumplimiento contractual por parte de la Administración

En la **STS de 7 de julio de 2003,** Ar. 5994, se conoce de un supuesto de indefinición por parte de la Administración contratante de la ejecución del contrato, e incumplimiento por parte de dicha Administración de la obligación de requerir al adjudicatario para que acreditase haber constituido garantía definitiva y, para que concurriese a la formalización del contrato. En este caso el Tribunal recuerda que el adjudicatario podía optar entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato. Sin embargo, en este caso, al transcurrir el plazo en el que el contrato pudo haber sido ejecutado, el adjudicatario optó, legítimamente, a juicio del tribunal, por exigir responsabilidad patrimonial a la Administración.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra pública

a) Requerimientos de reparación de obras en un túnel después de la recepción definitiva de las obras

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra en **STSJ de Navarra de 5 de junio de 2003,** Ar. 802, considera que las obras de reparación de un túnel en el que había bastantes desprendimientos debían realizarse de modo inmediato por la empresa contratista, bastan-

do las órdenes de los facultativos de la Administración, sin necesidad de seguir la tramitación de un procedimiento administrativo.

b) Compensación de deudas por medio de certificaciones de obra

Siguiendo constante jurisprudencia, la **STS de 30 de junio de 2003,** Ar. 5888, considera que "aunque las certificaciones de obra tengan la consideración de 'pagos a buena cuenta', no son pagos anticipados ya que responde a resultados parciales de la obra realmente ejecutada y permiten que una vez realizada y por tanto, puesta a disposición de la Administración, a partir de que se expida la certificación, el contratista pueda exigir el pago a cuenta de la obra realizada". En este sentido, el Tribunal considera que se está "ante documentos auténticamente representativos *per se* de un crédito a favor del contratista", por lo que pueden compensarse con las deudas tributarias a favor de la Administración.

Vinculado con lo anterior la **STS de 28 de junio de 2003,** Ar. 5750, sostiene la tesis, consagrada también en la jurisprudencia de este tribunal, conforme a la cual es la fecha de expedición de la certificación la que determina la posibilidad de que sirva como compensación de deudas tributarias del sujeto a favor del que se expiden, por lo que no hay que esperar a que la Administración reconozca que tiene contraída esa obligación".

c) La fecha inicial del devengo de intereses es la de la emisión de la certificación por parte de la Administración y no la de la intimación al pago

Así se afirma en constante jurisprudencia, que sigue, en concreto, la **STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2002,** Ar. 581.

B) Contrato de gestión de servicio público

a) Calificación como contrato de gestión de servicio público de un convenio interadministrativo

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de septiembre de 2002,** Ar. 597, anula un convenio interadministrativo celebrado entre un Ayuntamiento y una sociedad mercantil participada mayoritariamente por otro Ayuntamiento vecino para la prestación de un servicio público de agua potable y alcantarillado. El Tribunal afirma que en este caso no hay una gestión directa del servicio público por parte de la Administración local titular del mismo, sino una gestión indirecta de éste realizada por un tercero. La empresa mercantil es igual de tercero que cualquier otra persona jurídica de Derecho privado, al no mediar vinculación alguna entre esta persona jurídica y el Ayuntamiento titular del servicio.

Lo esencial aquí es, entonces, la existencia de una persona jurídica de Derecho privado que se introduce en el mercado como cualquier otro tercero al objeto de desarrollar una actividad mercantil que, en principio, está sometida a la libre concurrencia y publicidad salvo cuando, y de modo excepcional, la prestación del servicio se desarrolle por un ente instrumental de Derecho privado de la propia Administración pública titular del servicio.

Para el Tribunal, el artículo 155.2 LCAP (hoy art. 154.2 TRLCAP) constituye una excepción a las previsiones generales de concurrencia y publicidad que no cabe interpretar de modo amplio o más allá de lo que se deriva de la estricta configuración normativa que se concede al supuesto de exclusión.

Por último, frente al argumento de que la cooperación administrativa forma parte de la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas, el Tribunal sostiene que esta facultad no puede excluir la aplicabilidad de una normativa forzosa y de carácter básico para la contratación pública y que se configura como uno de los pilares sobre los que se asienta la LCAP.

b) Resolución de un contrato de gestión de servicio público y rescate de las instalaciones en que dicho servicio se prestaba

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en **STSJ de Navarra de 6 de junio de 2003,** Ar. 803, considera, para el caso de una resolución de un contrato de gestión de un centro de acogida y recuperación de animales protegidos, que no cabe entender que las instalaciones, pabellones o jaulas que aportó el contratista puedan revertir a la Administración sin indemnización, en la medida que en el pliego de condiciones del contrato no se aludía a la realización por el contratista de dichas instalaciones ni a su reversión.

Julia Ortega Bernardo
Mónica Domínguez Martín

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Delegación de competencias. Competencias ejercidas por delegación: falta de referencia a la misma en la resolución: irregularidad no invalidante. 2. Consejo de Estado. Competencia del Consejo de Estado para informar sobre resoluciones de contratos administrativos cuando existe oposición del contratista. 3. Administración local. A) Autonomía local. Límites. a) Posibilidad de que las ordenanzas municipales tipifiquen infracciones y sanciones de acuerdo a la interpretación del principio de autonomía local a la luz de la Carta Europea de autonomía local. b) Alcance de las competencias municipales en relación con la potestad tarifaria. c) La potestad autonómica de control de precios y el alcance de la potestad tarifaria de las entidades locales. d) La autonomía local no se vulnera en los supuestos de autorización de obras públicas por el Consejo de Ministros por razones de urgencia y excepcional interés público del proyecto. e) Competencia del INE para la determinación de las cifras de población de los municipios españoles: discrepancias de los Ayuntamientos. f) La competencia del Alcalde para adoptar medidas cautelares en caso de riesgo grave: contaminación atmosférica con riesgo para salud humana. **5. Colegios profesionales y profesiones tituladas: imposibilidad legal de homologación de título de Odontólogo obtenido en la República Dominicana y título de Odontólogo en España por vía de Convenio Internacional Cultural.**

1. DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS. COMPETENCIAS EJERCIDAS POR DELEGACIÓN: FALTA DE REFERENCIA A LA MISMA EN LA RESOLUCIÓN: IRREGULARIDAD NO INVALIDANTE

La **STS de 12 de noviembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8064, reitera la doctrina ya sentada en otras sentencias (SSTS de 7 de junio de 1988 y 24 de junio de 2003, Ar. 5064 y 6282) conforme a la cual "la omisión en la resolución del dato de la delegación no pasa de ser, en términos generales, una mera irregularidad no invalidante", pues lo importante es que la resolución se haya dictado por el órgano que tenga la potestad atribuida por una u otra vía.

2. CONSEJO DE ESTADO. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO PARA INFORMAR SOBRE RESOLUCIONES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CUANDO EXISTE OPOSICIÓN DEL CONTRATISTA

La **STS de 30 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7121, sigue la reiterada doctrina (entre otras SSTS de 29 de abril de 1996 y 3 de julio de 2000, Ar. 3383 y 6858), sobre el carácter preceptivo y esencial del dictamen del Consejo de Estado en los supuestos de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista (artículo 22.11 LOCE). En este caso la oposición se hizo patente en un escrito presentado por el contratista en el que se defendía de las acusaciones que se habían formulado contra él y que eran la causa justificativa de la resolución.

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local. Límites

a) Posibilidad de que las ordenanzas municipales tipifiquen infracciones y sanciones de acuerdo a la interpretación del principio de autonomía local a la luz de la Carta Europea de autonomía local

La **STS de 29 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6487, estimó el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza frente a la Sentencia del TSJ de Aragón que estimó parcialmente un recurso contra un Acuerdo de dicho Ayuntamiento relativo a la aprobación de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Ocupación de la Vía Pública con Contenedores.

La presente Sentencia, sin ocultar que existe una tensión entre el principio de autonomía local interpretado a la luz de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 y la reserva de ley que establece el artículo 25.1 CE para la tipificación de infracciones y sanciones, realiza una interpretación integradora de ambos principios, y resuelve el caso que nos ocupa, en sentido favorable a la autonomía local de acuerdo a la tendencia flexibilizadora que se observa en la jurisprudencia constitucional más reciente en esta materia, y ello con fundamento en los artículos 55 y 59 del TRRL, por lo que las Ordenanzas locales, considera, tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. En tal sentido, tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por Ley estatal o autonómica. En cualquier caso al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las Leyes. Por lo demás la tipificación de que se habla no podrá hacerse por Ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o Comunidad Autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad. Ha de tratarse desde luego de sanciones de carácter pecuniario, aplicadas de acuerdo con el artículo 59 del TRRL. Por último, es obvio

que, tanto en la tipificación de sanciones como en el ejercicio de las potestad sancionadora, han de respetarse los principios que regulan la materia en nuestro ordenamiento, singularmente los de proporcionalidad y audiencia del interesado, y sin duda también ha de ponderarse la sanción a imponer en función de la gravedad del ilícito valorada según las características demográficas, económicas y sociales del municipio.

b) Alcance de las competencias municipales en relación con la potestad tarifaria

La **STS de 9 de julio de 2003,** Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 6287 reproduce en términos casi idénticos los fundamentos de la STS de 4 de abril de 2003, Ar. 3604, que fue comentada en el número anterior de esta Revista.

En la presente Sentencia se desestima un recurso de casación interpuesto por la Asociación Radio Taxi Easo frente a la Sentencia del TSJ del País Vasco por la que se desestimó parcialmente el recuso contencioso contra el acuerdo municipal del Ayuntamiento de San Sebastián sobre revisión de tarifas del servicio público urbano de viajeros en vehículos de turismo, que fue impugnado por la Federación de Consumidores del País Vasco.

Si bien la Sentencia no discute la potestad tarifaria de los municipios, expresión bajo la que se recogen las facultades que el ordenamiento les reconoce para fijar las tarifas correspondientes a los servicios prestados por la Corporación en los términos del artículo 155 RSCL, sí señala, que esta potestad tiene que ejercitarse con respeto a la normativa general y a las competencias en materia de precios que corresponden a otras Administraciones implicadas, que, en el caso presente, vienen referidas a la "Comisión de Precios del País Vasco". En este sentido, es a esta Comisión a la que compete ejercer las competencias de control de precios, autorizando o denegando el incremento de tarifas que resulte de la actividad de establecimiento o modificación previamente realizada por la Corporación municipal. Por ello, es contrario a derecho el citado Acuerdo municipal recurrido en cuanto prescinde del trámite posterior de elevación de solicitud a la Comisión de precios del País Vasco para la autorización del incremento de tarifas producido, a fin de que dicho órgano autonómico haga ejercicio de su propia competencia en la materia, sin alterar la estructura tarifaria establecida autónomamente por el Ayuntamiento, y sin que el posterior control de la Comisión afecte negativamente a la autonomía local, sino que, antes bien, viene impuesto por la necesaria compatibilización de las competencias locales con las que, en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, corresponden originariamente al Estado y, derivativamente a la Comunidad Autónoma.

Por último, es importante señalar como lo hace la Sentencia comentada, que existe una jurisprudencia consolidada [SSTS de 6 de febrero (RJ 1998, 1670) 20 de marzo (RJ 1998, 7879), 1 de junio (RJ 1998, 6318) y 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7919) o más recientemente 18 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 951) o 23 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1028)] que ha distinguido entre la potestad para el establecimiento de tarifas de los servicios públicos a cargo de las Corporaciones locales, que corresponde exclusivamente a éstas, de la potestad de otorgamiento de autorizaciones pertinentes, que éstas deban recibir en aplicación de la política de precios, por este motivo la potestad tarifaria debe ejer-

cerse con respeto a las calificaciones de precios y en general con los objetivos de la política económica, lo que podrá condicionar el contenido de las tarifas, pero lo que no supone en ningún caso privar al que tiene el poder tarifario de su competencia.

c) La potestad autonómica de control de precios y el alcance de la potestad tarifaria de las entidades locales

Las **STS de 25 de julio y 29 de octubre de 2003,** Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 7130 y 7950, reiteran la doctrina establecida sobre la incidencia de la potestad autonómica de control de precios en la potestad tarifaria local. La doctrina se resume en las siguientes afirmaciones: a) la potestad de ordenación y control de la economía y, concretamente, de los precios, se superpone a la potestad tarifaria, sin que ésta desaparezca por ello, b) la potestad tarifaria local se funda "en la mejor y más eficaz prestación del servicio público, así como en la consecución del equilibrio económico de la explotación", c) las entidades locales están limitadas por la política de precios que ejercen los órganos autonómicos correspondientes a través de las autorizaciones de los aumentos de tarifas, d) los acuerdos de los órganos autonómicos "deben estar fundados exclusivamente en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de política económica y sobre todo la justificación del aumento de las tarifas debida al aumento del coste de explotación", e) el órgano autorizante no puede invadir la competencia sobre tarifas de la entidad local y, por ello, no puede resolver apoyándose en razones relativas al funcionamiento del servicio, f) el acuerdo de revisión de tarifas no puede proceder del concesionario, ni de la propia Comunidad Autónoma, "porque ello significaría, de una parte el desconocimiento de la relación esencial entre la Corporación Local concedente y el concesionario, y de otra parte la invasión por la Comunidad Autónoma de la potestad tarifaria de la Corporación Local". La existencia de la potestad autonómica de control de precios no implica, por tanto, vulneración alguna del principio de autonomía local.

La STS de 25 de julio de 2003, aplicando esta doctrina, confirma la anulación de la revisión de tarifas del servicio público de transporte de viajeros en vehículos de turismo para 1996 del Ayuntamiento de San Sebastián, que se adoptó sin haber solicitado la pertinente autorización a la Comisión de Precios del Gobierno del País Vasco. Y la STS de 29 de octubre de 2003 confirma la legalidad del acuerdo de la Comisión de Precios de la Generalidad de Cataluña que había autorizado sólo parcialmente la modificación de las tarifas de suministro de agua potable por considerar que parte del incremento de las mismas no estaba debidamente justificada en atención a los costes.

d) La autonomía local no se vulnera en los supuestos de autorización de obras públicas por el Consejo de Ministros por razones de urgencia y excepcional interés público del proyecto

La **STS de 9 de octubre de 2003,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 7235, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Lecumberri contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de junio de 2002 por el que se autorizó las obras

de remodelación del acuartelamiento de la Guardia Civil en ese municipio y se ordenó la modificación puntal del Plan General Municipal. El acuerdo se adoptó al amparo de lo dispuesto en el artículo 244.2 de la Ley del Suelo de 1992 y para resolver el problema derivado de la denegación de licencia por parte del Ayuntamiento de Lecumberri por estar el edificio en situación de fuera de ordenación.

El TS respalda la urgencia y excepcional interés público del proyecto de remodelación dada la situación de precariedad y la falta de adecuadas condiciones de seguridad de unas instalaciones de prioridad número uno dentro de la zona. El intento por parte de la Administración del Estado de realizar el proyecto con gestiones propias ante el Ayuntamiento había retrasado notablemente la satisfacción del interés público, lo que explica también la urgencia de la decisión.

Tampoco considera el TS que se vulnere la autonomía municipal, pues ésta es "un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales". Además, argumenta la Sala, "la autonomía no se reconoce por la Constitución para incidir negativamente en los intereses generales de la Nación o en otros intereses generales distintos de la propia Entidad, por lo que en estos supuestos la potestad del Estado no se puede declarar contraria a la Constitución, máxime cuando este principio de limitación de la autonomía se refleja de forma expresa en la propia Constitución Española en relación a las Comunidades Autónomas en el artículo 155". El interés urbanístico municipal no puede prevalecer frente a los intereses generales del Estado en el orden público y la seguridad de las personas, fines a los que atienden las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

e) Competencia del INE para la determinación de las cifras de población de los municipios españoles: discrepancias de los Ayuntamientos

La **STS de 17 de noviembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8327, se pronuncia sobre la conformidad a Derecho del RD 1420/2001, de 17 de diciembre, por el que se declaraban oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal. El Ayuntamiento de Guadix aducía que el resumen numérico sobre el que operó el Instituto Nacional de Estadística en relación con ese municipio era erróneo al no tener en consideración la cifra real de vecinos del municipio plasmada en el Padrón Municipal, al que debe reconocerse presunción de acierto. El TS reitera la doctrina establecida en otras sentencias (STS de 22 de mayo de 2001, Ar. 4545, y las allí citadas) y afirma que "no hay base en nuestro ordenamiento jurídico (...), en el que no se conceptúa el Padrón Municipal como documento público y sí como un registro administrativo (...), para atribuir una presunción de acierto a los datos del Padrón establecidos por el Ayuntamiento". Además, el TS señala que el Instituto Nacional de Estadística tiene una indudable competencia "para dictar el Real Decreto que las declara oficiales" y añade que "es consecuencia inherente al reconocimiento de dicha facultad de la Administración Central su falta de vinculación automática a las cifras emitidas por los Ayuntamientos. Ciertamente, el Instituto trabaja sobre estas cifras, pero las depura, contrastándolas con los datos de otros registros y ficheros, para aprobar finalmente la cifra que propone al Consejo de Ministros para su aprobación.

f) La competencia del Alcalde para adoptar medidas cautelares en caso de riesgo grave: contaminación atmosférica con riesgo para salud humana

La **STS de 21 de octubre de 2003,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 7627, confirma la legalidad de los Decretos del Ayuntamiento adoptados por el Alcalde de Baracaldo por los que se imponía la paralización inmediata de una planta de obtención de ácido sulfúrico. La planta había sufrido una avería que determinó la paralización en dos ocasiones de la actividad a iniciativa de la propia empresa y la comunicación de la situación al Técnico de Industria del Ayuntamiento, aunque la actividad se reinició posteriormente. Cinco personas fueron atendidas en el hospital de Baracaldo con insuficiencia respiratoria, uno de los cuales falleció. El Alcalde ordenó la inmediata paralización hasta que se comprobara la situación y se adoptaran las medidas pertinentes para evitar emisiones superiores a las permitidas. El acuerdo respondió a la existencia de informes técnicos y sanitarios en los que se reflejaban índices de emisión de materias contaminantes superiores a las permitidas y en los que se relacionaba esta situación con la hospitalización de los ciudadanos con afecciones respiratorias.

El recurso se apoya en la vulneración del RAMINP, en la ausencia de un procedimiento adecuado, con trámite de audiencia, para la adopción de los acuerdos, y en la inexistencia de pruebas que acreditasen la inequívoca responsabilidad de la empresa.

El TS rechaza esta argumentación y afirma: 1) que no se está ante una resolución sancionadora que deba adoptarse conforme al RAMINP, sino ante el ejercicio de la potestad que el artículo 21.1.j) de la LRBRL atribuye a los Alcaldes para adoptar, personalmente y bajo su responsabilidad, las medidas necesarias y adecuadas para hacer frente a catástrofes, infortunios públicos o grave riesgo de los mismos; 2) estas resoluciones de emergencia se adoptan sin necesidad de un procedimiento con audiencia del afectado, y 3) tampoco es exigible que se apoyen en unas comprobaciones previas que acrediten indubitadamente la causa de la catástrofe, el infortunio o el grave riesgo de una u otro. La adopción de una medida cautelar puede adoptarse en función de elementos de juicio atendibles o razonables. Y, en el presente caso, los informes técnicos y sanitarios y la situación existente ponen de manifiesto la razonabilidad del juicio del Alcalde al ordenar la paralización de la actividad de la empresa y, también, la proporcionalidad de la medida, dada la situación de grave riesgo para la salud de los ciudadanos.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS: IMPOSIBILIDAD LEGAL DE HOMOLOGACIÓN DE TÍTULO DE ODONTÓLOGO OBTENIDO EN LA REPÚBLICA DOMINICANA Y TÍTULO DE ODONTÓLOGO EN ESPAÑA POR VÍA DE CONVENIO INTERNACIONAL CULTURAL

La **STS de 23 de junio de 2003,** Sala Tercera, Ar. 5720, estimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el que se reconoció el derecho de un ciudadano dominicano a obtener el

reconocimiento y homologación de su título en España conforme al Convenio Cultural suscrito entre España y la República Dominicana, y que había sido recurrida por el Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España.

En este sentido, el TS casa la citada Sentencia por los siguientes motivos:

a) No es posible la homologación con el viejo título de odontólogo cuyas enseñanzas dejaron de impartirse en España en 1948.

b) El artículo tercero del Convenio Cultural de 27 de enero de 1953, celebrado entre España y la República Dominicana, debe interpretarse de acuerdo a la normativa interna y a las Directivas Comunitarias.

c) El título de Odontólogo de la recurrente obtenido en la República Dominicana no es equivalente al nuevo título de Odontólogo al que se refiere la Ley 10/1986, de 17 de marzo, que regula la profesión de Odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud dental.

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. C) La naturaleza jurídica sancionadora o no de la devolución de las prestaciones sociales indebidamente percibidas. D) La sanción de multa impuesta a una sociedad en cuantía que origine su liquidación "en nada afecta" al contenido esencial del derecho fundamental de asociación. **2. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad.** A) Ordenanzas municipales: flexibilidad, pero no exclusión, de la reserva de ley. B) Flexibilización de la reserva de ley en las relaciones de sujeción especial. C) Es infracción la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia pese a no existir un tipo que claramente la recoja. **3. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) A pesar de ciertas actuaciones administrativas que podía entenderse que amparaban la conducta del infractor, hay culpa pues éste conocía su ilegalidad. B) Extensión del deber de diligencia de los administradores de una sociedad. C) La responsabilidad subsidiaria exige dolo o culpa. D) El error invencible exime de culpa. **4. Sujetos responsables. Colaboradores necesarios. 5. Concurrencia de infracciones y *non bis in idem*.** A) Vertiente procedimental del *non bis in idem*: la prioridad de la jurisdicción penal garantiza la vinculación de la Administración a los hechos que la sentencia penal firme considere probados para evitar posibles contradicciones, incluso en el supuesto de que los imputados sean distintos. B) Vertiente procedimental del *non bis in idem*: la suspensión del procedimiento sancionador exige causa penal por hechos idénticos o diferentes pero de separación racionalmente imposible. Corresponde al imputado que la invoque acreditar dicha identidad material. C) El no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal o el archivo judicial de las actuaciones no excluye la responsabilidad administrativa. D) No se vulnera el *non bis in idem* sancionando a una sociedad mercantil y a su único propietario. E) Unidad de acción y de infracción. Infracción permanente e inexistencia de concurso medial. **6. Procedimiento sancionador.** A) Consecuencias invalidantes o no de los vicios de procedimiento. B) El procedimiento sancionador ha de tener carácter contradictorio por imperativo constitucional. C) El derecho a conocer

la acusación obliga a concretar los hechos imputados. D) El derecho a conocer la acusación comporta la inalterabilidad de los hechos. E) Defensa por letrado: posible pero ni imprescindible ni gratuita. F) Actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador. Garantías. G) El pliego de cargos en el procedimiento disciplinario equivale al escrito de calificación provisional de la acusación en el proceso penal. **7. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) El contenido esencial del derecho fundamental a la prueba incluye la proposición, la admisión y la práctica de los medios pertinentes para la defensa. B) El derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la imposición de la sanción se fundamente en prueba de cargo practicada "con garantías" para el imputado. C) Ha de presumirse que el imputado no ha realizado el hecho o que, de haberlo cometido, no es culpable. La carga de destruir ambas presunciones pesa sobre la Administración. D) Distribución de la carga de la prueba de las infracciones imputadas a los administradores de una Sociedad. E) La eximente de exclusión de la culpabilidad por una interpretación errónea pero razonada de la norma aplicable debe probarla el imputado que la alegue. F) Nulidad de la sanción de expulsión del territorio nacional por haberse invertido la carga de la prueba. G) Valen como prueba las averiguaciones de la inspección aunque se refieran a hechos distintos de los que inicialmente se pretendía inspeccionar. H) Improcedencia de la sanción si en el expediente no consta la prueba de cargo. I) Valor probatorio de las actas de inspección y presunción de inocencia. J) En concreto, falta de valor probatorio de las calificaciones jurídicas, juicios de valor y meras opiniones incluidas en las actas de inspección. K) Vinculación de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo a los hechos declarados probados en la jurisdicción social. **8. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) No extingue la responsabilidad administrativa sancionadora. B) Cómputo de su plazo: *dies a quo* y *dies ad quem*. **9. La resolución del procedimiento sancionador: exigencias de motivación ligadas al principio de legalidad. 10. Extensión de la sanción.** A) La determinación de la sanción como un proceso reglado. B) La proporcionalidad atiende al mal objetivo de la sanción, pero no al concreto perjuicio que causa al infractor o a otros sujetos. **11. Control contencioso-administrativo de las sanciones.** A) En ocasiones no es posible esperar a que se produzca la decisión de un tribunal sobre la ejecutividad: procesos electorales. B) Se reconoce legitima-

ción para recurrir a un accionista de la sociedad sancionada. C) Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la pérdida del beneficio de redención de penas por el trabajo mientras se tramitan recursos contra sanciones disciplinarias. D) Control de la proporcionalidad de la sanción en el procedimiento especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. E) La sentencia contencioso-administrativa no puede reconstruir la sanción impuesta buscando fundamentos que la Administración no dio. F) Carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa: matizaciones. G) Se admite el recurso, pero se falla que la Administración vuelva a fijar la cuantía de la sanción.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que constituyen sanción

La expulsión de un extranjero por su participación en actividades ilegales. Aplica la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2002,** Ar. 475 de 2003, la doctrina constitucional contenida, entre otras, en las SSTC 13/1982, 61/1990 y 116/1993, que considera sanción a los efectos del art. 25.1 CE aquella decisión administrativa que "supone una limitación de derechos y se ha basado en la apreciación de la conducta de la persona".

B) Actos que no constituyen sanción

– Las medidas de ilegalización y disolución previstas en la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Reitera la **STC 5/2004, de 16 de enero** (recurso de amparo), los argumentos ya recogidos en esta línea en la STC 48/2003, de 12 marzo [*JA*, núm. 20, VII.2.A)] y concluye que "la Ley Orgánica de partidos políticos no instaura un procedimiento penal o sancionador referido a conductas individuales y del que se deriven consecuencias punitivas para sus autores, sino un procedimiento de verificación de la concurrencia en una asociación de las características que hacen de ella un partido político", por lo que tampoco es aplicable la garantía de la presunción de inocencia.

– La medida de apercibimiento en la Ley de Televisión Privada. Reitera esta jurisprudencia la **STS de 30 de mayo de 2003,** Sección Tercera, Ar. 4584.

– El recargo tributario del 10 por ciento por liquidación extemporánea. Así lo había reconocido ya el TC, pero ahora lo declara como doctrina legal la **STS de 18 de junio de 2003,** Sección Segunda, Ar. 5693, en un recurso de casación en interés de ley.

– La caducidad y revocación de una licencia a un taxista por incumplimiento de ciertas obligaciones o condiciones que le son propias (**STS de 8 de julio de 2003,** Sección Cuarta, Ar. 5939).

C) La naturaleza jurídica sancionadora o no de la devolución de las prestaciones sociales indebidamente percibidas

En el período analizado se encuentran sentencias en ambas líneas. Así, las **SSTSJ de Andalucía (Granada) de 31 de marzo de 2003,** Ar. 617, **y de 21 de abril de 2003,** Ar. 667, mantienen que es sanción "la extinción del derecho a las prestaciones por subsidio del régimen especial agrario de la Seguridad Social, con devolución de las cantidades indebidamente percibidas", en dos supuestos en los que un Ayuntamiento cotizó por jornadas que nunca llegaron a producirse.

Frente a lo anterior, la **STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2002,** Ar. 665 de 2003, manifiesta –a nuestro juicio, con mayor acierto– que en los supuestos donde no se cumplen los requisitos para la percepción de la prestación de desempleo "la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, (...) debe ser considerada como accesoria a las sanciones principales o como una consecuencia directa de naturaleza económica derivada de la infracción administrativa pero cuya naturaleza sancionadora es dudosa".

D) La sanción de multa impuesta a una sociedad en cuantía que origine su liquidación "en nada afecta" al contenido esencial del derecho fundamental de asociación

> "Entender lo contrario equivaldría a dar patente para cometer infracciones que siempre tendrían como tope los recursos propios de la entidad, lo que indudablemente no constituye el contenido esencial de este derecho, como no lo es la pena de prisión en el derecho de libertad de la persona" (**STS de 17 de marzo de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5474).

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Ordenanzas municipales: flexibilidad, pero no exclusión, de la reserva de ley

Además de otros argumentos, la **STC 193/2003, de 27 de octubre,** recurso de amparo, reitera que los preceptos alegados de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres como base legal de la infracción y sanción prevista por la Ordenanza municipal no establecen "criterio material alguno que sirviera para orientar y condicionar la valoración del Municipio al establecer tipos de infracciones a través de ordenanza municipal, conforme exige la doctrina sobre la flexibilización de la reserva de ley del art. 25.1 CE 'en materias donde, por estar presente el interés local, existe amplio campo para la regulación municipal' (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 6º)". Los fundamentos jurídicos de esta última sentencia también son reproducidos por las **SSTS de 9 y 10 de junio de 2003** (3), Sección Cuarta, Ar. 5422, 5628, 5629 y 5655, que rechazan diversos recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Madrid contra sentencias de instancia que habían anulado sanciones impuestas a taxistas por la misma vulneración del principio de reserva de ley.

Hay que tener en cuenta que esta jurisprudencia debe ser contemplada ahora con las matizaciones que derivan de los nuevos arts. 139 a 141 LRBRL, introducidos por la Ley 17/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del Gobierno Local. Además, el propio TC en una sentencia de finales de febrero, aún no publicada oficialmente y de la que daremos cuenta en la próxima crónica, ha admitido la tipificación de una infracción en una Ordenanza Local sobre ruido de Gijón aparentemente sin base legal alguna.

B) Flexibilización de la reserva de ley en las relaciones de sujeción especial

Así lo reitera la **STS de 14 de julio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5457. Flexibilización que en el caso enjuiciado, expendiduría de tabacos, prácticamente vacía de cualquier contenido a este principio pues la ley se limita a remitir la especificación de las infracciones y su graduación al reglamento.

C) Es infracción la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia pese a no existir un tipo que claramente la recoja

El art. 65.4 de la Ley de Tráfico tipificaba "las conductas relativas a la ingestión de sustancias que perturben o disminuyan las facultades psicofísicas del conductor". A partir de ahí, la **STS de 19 de junio de 2003,** Sección Sexta, Ar. 4440, considera que la expresión "conductas relativas a" "no se limita exclusivamente a la ingesta de alcohol por encima de las tasas establecidas, sino que en tal expresión se comprenden todas las conductas que guarden relación con tal ingestión y entre ellas es manifiestamente claro que debe entenderse comprendida la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia en los supuestos establecidos en la norma (...). Por otra parte, no cabe negar la directa relación de la prueba de alcoholemia con la necesidad de controlar la ingestión de bebidas alcohólicas por los conductores, habida cuenta la necesidad del citado control para hacer efectiva la prohibición de ingestión por encima de la tasa permitida".

En definitiva, el TS parece efectuar una cierta interpretación extensiva del tipo.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) A pesar de ciertas actuaciones administrativas que podía entenderse que amparaban la conducta del infractor, hay culpa pues éste conocía su ilegalidad

Un promotor es sancionado por la realización de obras (viviendas) sin autorización en la zona de dominio público marítimo terrestre. A juicio de la **STS de 25 de junio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5427, "ni la existencia de una anterior licencia municipal para la ejecución de las obras, ni la aprobación de un Plan de Ordenación Urbana, atribuyendo al sector el carácter de suelo urbano (...) ni la mera inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad (...) son datos que excluyan la culpabilidad". A este respecto, la Sala insiste en que el sancionado sabía que el terreno era de dominio público y que había iniciado los procedimientos administrativos destinados a obtener la correspondiente

concesión sobre tales terrenos, pero que, ante la tardanza de la Administración en resolver, había iniciado las obras.

B) Extensión del deber de diligencia de los administradores de una sociedad

Se sanciona al Presidente del Consejo de Administración por las irregularidades contables de una Sociedad de Seguros. Invoca el sancionado su falta de culpa y que los defectos en la contabilidad no fueron detectados por el informe de los auditores. La **STS de 27 de mayo de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5511, tras recordar que el principio de culpabilidad rige en materia de infracciones administrativas siendo inadmisible un régimen de responsabilidad objetiva, rechaza ambos motivos pues, de un lado, "no es posible aceptar que un informe de auditoría sobre la situación de la compañía (...) sirva para excluir la responsabilidad por las infracciones imputadas, sobre todo cuando no se han negado en la demanda los hechos imputados"; y, del otro, la imputación se ha hecho a título de culpa, por no haber adoptado las medidas a su alcance para evitar la situación que dio lugar a la imposición de la sanción. Además, no sólo se alegaba que no hubiera culpa, sino que ésta no se había probado por la Administración [*vid.* crónica VII.7.d)].

C) La responsabilidad subsidiaria exige dolo o culpa

Así lo afirma la **STSJ de Madrid de 21 de junio de 2002,** Ar. 471 de 2003.

D) El error invencible exime de culpa

Acepta la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de enero de 2003,** Ar. 906, la existencia de un error invencible y, por tanto, la ausencia de todo elemento subjetivo de culpabilidad, "ni siquiera a título de negligencia", en un supuesto de ilícito tributario en el que el administrado confundió los conceptos de "resultados contables negativos o pérdidas contables" y "bases imponibles negativas" al consignarlos en la autoliquidación del Impuesto de Sociedades. Considera el Tribunal que ayudan a la verosimilitud de este error las circunstancias de un cambio de formato en el Modelo del Impuesto sobre Sociedades que hacía menos evidente el error respecto al formato empleado para los ejercicios anteriores, así como el hecho de que el administrado, en los ejercicios anteriores, facilitó todos los datos correctamente a la Administración, lo que permitió que ésta, por el simple cruce de datos, detectara la anomalía.

4. SUJETOS RESPONSABLES. COLABORADORES NECESARIOS

La Ley del Mercado de Valores tipifica el incumplimiento por parte de quien pretenda adquirir una participación significativa de una sociedad de promover una oferta pública de adquisición (OPA). Una persona física propietaria de otras dos personas jurídicas, había adquirido, a través de éstas, más del 25 por ciento de las acciones de una tercera sociedad, repartiendo la compra entre ambas a fin de burlar la obligación legal de pro-

mover una OPA. La Administración impone tres sanciones distintas, una a cada uno de los tres sujetos (la persona física y las dos jurídicas).

La **STS de 7 de julio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 4593, confirma las tres sanciones argumentando que el hecho de "que concurrieran en el Sr. Jesús Manuel, que controla y es propietario de las sociedades, las situaciones que generan la obligación de comunicar la adquisición de un número significativo de participaciones, no excluye la participación en la infracción administrativa de quien, persona física o jurídica, sin su concertación y su intervención necesaria no se hubiese podido cometer la infracción. En la medida (...) en que la intervención de todos los sujetos ha sido necesaria e imprescindible para la producción del efecto antijurídico, con la producción de una actuación coordinada de la que resultó la infracción, las sanciones por este concepto han de alcanzar a los tres sujetos". "No es, por tanto –continúa la sentencia– sólo el sujeto del que emana el poder de dirección del grupo, sino también las personas jurídicas por ella controladas (...) las que incurren en el ilícito administrativo".

5. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES Y *NON BIS IN IDEM*

A) Vertiente procedimental del *non bis in idem:* la prioridad de la jurisdicción penal garantiza la vinculación de la Administración a los hechos que la sentencia penal firme considere probados para evitar posibles contradicciones, incluso en el supuesto de que los imputados sean distintos

Éste es el fin que satisfacen los arts. 137.1 y 133 de la Ley 30/1992, según la **STS de 2 de junio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5531.

Y esto es así, a pesar de que los sujetos imputados y condenados en el proceso penal puedan ser distintos de los del procedimiento sancionador. Así se deduce de las **SSTSJ de Andalucía (Granada) de 31 de marzo de 2003,** Ar. 617, y **de 21 de abril de 2003,** Ar. 667, en un procedimiento administrativo sancionador dirigido contra unos trabajadores por percepción de un subsidio de desempleo sin cumplir los requisitos para ello, pues un Ayuntamiento había cotizado por los trabajadores sancionados varias jornadas de trabajo, que nunca llegaron a producirse, con esa exclusiva finalidad. El proceso penal, que terminó con sentencia condenatoria, sólo se dirigió contra el Alcalde por un delito continuado de falsedad y estafa.

B) Vertiente procedimental del *non bis in idem:* la suspensión del procedimiento sancionador exige causa penal por hechos idénticos o diferentes pero de separación racionalmente imposible. Corresponde al imputado que la invoque acreditar dicha identidad material

Asegura la **STS de 2 de junio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5531, que "lo sustancialmente determinante de la obligación de suspender el procedimiento administrativo es que se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables (en vía administrativa) (...) sea racionalmente imposible. Será, pues, preciso conocer los hechos objeto del procedimiento administrativo sancionador y aquellos por los que se esté tramitando un proceso penal (...) para apreciar si se da esa racio-

nal imposibilidad de separación". Pero, en el supuesto enjuiciado, "la Sala no tiene constancia de que el objeto de las Diligencias (penales) (...) sea el mismo, ni esté constituido por los idénticos hechos a los que se han tratado en el expediente sancionador (...), no habiendo aportado prueba alguna la parte actora a los efectos de acreditar dicha entidad material, por lo que no cabe afirmar tampoco por esa falta de prueba que la separación, en su caso, con los (hechos) sancionables sea racionalmente imposible".

C) El no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal o el archivo judicial de las actuaciones no excluye la responsabilidad administrativa

Aclaran las **SSTSJ de Andalucía (Granada) de 31 de marzo de 2003,** Ar. 617, y **de 21 de abril de 2003,** Ar. 667, que no son equiparables a la declaración de inexistencia de prejudicialidad penal por absolución del imputado en el proceso penal, "aquellos casos en los que pasado el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, éste no ejercitó acción penal contra el trabajador", ya que "en ello no puede verse ni una absolución, ni por vía de sentencia ni tampoco por efecto de cualquier otra resolución judicial, ni, finalmente, la falta de ejercicio de la acción penal produce un efecto de cosa juzgada".

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de enero de 2003,** Ar. 689, reitera que el archivo de la causa penal por no poder imputar responsabilidad penal ni a título de dolo ni de culpa, no excluye una posible responsabilidad administrativa.

D) No se vulnera el *non bis in idem* sancionando a una sociedad mercantil y a su único propietario

La **STS de 7 de julio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 4593, entiende que no se vulnera el *non bis in idem* en un supuesto en el que se sanciona separadamente a una persona física y a dos personas jurídicas –que son propiedad de dicha persona física– por participar todos ellos en la misma conducta infractora, "pues indudablemente los sujetos son distintos y cada uno se hace acreedor a la sanción por su propia actuación".

E) Unidad de acción y de infracción. Infracción permanente e inexistencia de concurso medial

La Ley del Mercado de Valores tipifica "la realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría, al menos, la comisión de una infracción grave, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos". Sobre esta base, la Comisión Nacional del Mercado de Valores había impuesto dos sanciones a una entidad (caso Ibercorp) por esa infracción, distinguiendo entre el primer y segundo semestre de 1990 a efectos de imputación, pues entendía la Administración que en el primer semestre con la acción infractora se pretendía evitar la caída de la cotización de sus valores; mientras que en el segundo, el objetivo era ocultar el nivel de autocartera de la sociedad. Por el contrario, la **STS de 31 de marzo de 2003,** Sección Tercera, Ar. 4513, mantiene que los motivos últimos de la simulación no son considerados en el precepto como jurídica-

mente relevantes, "así las cosas, observada una conducta infractora duradera en el tiempo, que aparece sin solución de continuidad, y sin que ningún elemento al que la norma considere relevante a efectos de tipificación, rompa la unidad, no puede entenderse que existen diversas infracciones, siendo igual el sujeto, el bien jurídico atacado, la conducta infractora y la finalidad definida por la norma".

Además, la misma entidad también fue sancionada por otro tipo consistente en el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores. A juicio de la recurrente, "no estamos en presencia de dos conductas diferentes, sino que se trata de unos mismos y únicos hechos (el conjunto de compraventas fraudulentas) que lesionaron dos bienes jurídicos distintos (la libre formación de los precios en el mercado de valores y la transparencia de ese mercado) por cuya razón sólo cabe apreciar la existencia de una sola infracción susceptible de ser sancionada de modo agravado siguiendo la técnica jurídica penal propia del concurso ideal de delitos". El TS, a nuestro juicio de manera incongruente, rechaza esta alegación, pero no argumenta que no hubiera concurso ideal, sino, más bien, que no había concurso real medial. A pesar de esta falta de congruencia, sus razonamientos tienen algún interés para conocer los requisitos del concurso medial: "ambas acciones son independientes porque puede existir ocultación sin que ello suponga alteración en la formación de los precios, y pueden existir intentos de producir tal alteración sin la concurrencia de la simulación en las operaciones". Y añade: "no se aprecia en el supuesto de autos instrumentalidad entre la ocultación y la conducta tendente a sostener la cotización, ya que la primera deriva de la existencia de sociedades instrumentales operando sobre los valores, y la segunda de la adquisición masiva de valores, que bien pudo realizarse sin las sociedades instrumentales. Tampoco el bien jurídico protegido es el mismo ni la naturaleza de la infracción coinciden en uno y otro caso, por ello, no puede apreciarse vulneración del principio *ne bis in idem*". Sintéticamente, el TS concluye que son diferentes las conductas, pues "no es lo mismo ocultar la verdadera identidad de los compradores y vendedores de acciones, que alterar la cotización de un valor, objetivo este último que no requiere la simulación de transferencias".

6. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Consecuencias invalidantes o no de los vicios de procedimiento

1. Sólo tiene consecuencias invalidantes de la sanción el vicio formal que haya generado indefensión material, real o efectiva:

– "Sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquella indefensión que resulte real y efectiva, de manera que no toda irregularidad o infracción procesal comporta automáticamente la existencia de una situación de indefensión con relevancia constitucional" **(STC 5/2004, de 16 de enero,** recurso de amparo).

– "Tratándose de un defecto formal (en concreto, la aportación al expediente del acta de reunión de un órgano consultivo reflejando la opinión individual de cada uno de sus miembros sobre la propuesta de resolución sancionadora en lugar de un informe que

expresara la opinión del órgano colegiado, que era lo preceptivo) (...) (está) bajo el amparo del grado más debilitado de la nulidad, la anulabilidad", cuya virtualidad condiciona el art. 63.2 de la Ley 30/1992 a que haya ocasionado indefensión, "pues sabid(a) es (...) esta regla de relativización de los vicios de forma, que no determinan 'per se' la anulabilidad, sino sólo cuando al vicio se anuda alguna de esas consecuencias (...) En otras palabras, los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de 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" **(STS de 30 de junio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5754).

En los mismos términos, **STS de 7 de julio de 2003,** Sección Tercera, Ar.4593, y **STSJ de Madrid de 6 de junio de 2002,** Ar. 650 de 2003.

2. Concepto de indefensión material, real o efectiva:

2.1. En general:

– "La indefensión constitucionalmente relevante requiere (...) que el incumplimiento de la norma procesal (que el defecto formal) haya impedido al recurrente llevar a cabo de manera adecuada su defensa, con posibilidad, por tanto, de realizar las alegaciones que convinieran a su derecho y proponer los medios de prueba que resultaran precisos". "La no producción de indefensión requiere que se ofrezca a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses". Así, "por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien su posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (**STC 5/2004, de 16 de enero,** recurso de amparo).

– Es "una limitación en los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses" **(SSTS de 30 de junio y de 7 de julio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5754 y 4593).

– "Lo verdaderamente decisivo es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase en los aspectos esenciales del conflicto en el que se encuentra inmerso, atendido que la indefensión relevante viene a ser la situación en la que tras la infracción de normas de procedimiento se impide a alguna de las partes el derecho de defensa ejercitando el derecho de contradicción" (**STSJ de Madrid de 6 de junio de 2002,** Ar. 650 de 2003).

2.2. En particular, cuando el defecto formal sea de carácter probatorio, la jurisprudencia entiende que sólo genera indefensión material y, con ello, sólo provoca la anulación de

la sanción, cuando haya afectado a una prueba relevante o decisiva en términos de defensa **(STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de marzo de 2003,** Ar. 980). En el supuesto enjuiciado, se denegaron sin resolución expresa todas las pruebas solicitadas. El Tribunal afirma que, aun existiendo un vicio formal –pues "la Administración debería sin duda en todo caso motivar expresamente la denegación de la práctica de las pruebas"– "lo cierto es que tal omisión sólo habrá de producir la nulidad del acto recurrido en caso de que éstas fuesen relevantes (...), pues, en otro caso, aun existiendo una infracción, no puede entenderse que la misma cause indefensión y, por tanto, no pasa de ser defecto formal no invalidante (art. 63.2 de la Ley 30/1992)". Al entender que una de las solicitadas era prueba trascendente, reconoce la indefensión causada y anula la sanción recurrida de conformidad con la STC de 7 de diciembre de 1983.

3. Para que la indefensión material sea relevante no puede ser imputable al presunto responsable

Así se deduce de la **STC 5/2004, de 16 de enero** (recurso de amparo), de modo que queda "excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan".

4. La indefensión material causada por un vicio probatorio en el procedimiento, ¿puede subsanarse en vía judicial?:

4.1. La jurisprudencia mayoritaria responde afirmativamente a esta cuestión. Es el caso de la **STSJ de Aragón de 6 de noviembre de 2002,** Ar. 670 de 2003. El instructor del procedimiento sancionador había denegado sin motivación la práctica de una prueba testifical que había solicitado una empresa, prueba que posteriormente sí se realiza en vía judicial. Para el Tribunal, "si bien es cierto que la Administración debió motivar la inadmisión (...), no lo es menos que aquélla (la empresa recurrente) no ha sufrido indefensión en tanto que en esta vía jurisdiccional ha podido interesar nuevamente su práctica y así lo ha hecho". Por lo tanto aún existiendo una irregularidad, no se ha producido indefensión material.

4.2. No obstante, hay otra corriente jurisprudencial acaso más acertada. Así, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de marzo de 2003,** Ar. 980. En el procedimiento sancionador, el imputado solicitó la práctica de una serie de pruebas, sin obtener respuesta alguna por parte de la Administración. Una vez que el Tribunal declara que tal vicio formal ha originado la indefensión del sancionado en el procedimiento administrativo, se plantea si es posible "declarar por subsanado el defecto, a la vista de las posibilidades de defensa y prueba de que ha gozado el interesado (en vía judicial)". Basándose en la STS de 12 de febrero de 1990, concluye que "una desestimación del motivo fundada en la supuesta subsanación del mismo en vía judicial llevaría a la consecuencia de que los vicios que causan indefensión deben ser soportados estoicamente por el administrado, pues, si no procede a su impugnación judicial, deberá soportar un acto viciado, y, si lo impugna, verá cómo se le dice que la propia impugnación, con sus amplias posibilidades de actuación, ha venido a subsanar los defectos existentes. Ello no es admisible".

B) El procedimiento sancionador ha de tener carácter contradictorio por imperativo constitucional

Así lo establece la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de abril de 2003,** Ar. 619, al precisar que el ejercicio de la potestad sancionadora está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio.

C) El derecho a conocer la acusación obliga a concretar los hechos imputados

Se sanciona disciplinariamente a un policía local con suspensión de empleo y sueldo por unas declaraciones suyas publicadas en un periódico. Alega en amparo indefensión que, en su opinión, se ha originado por la vulneración del principio acusatorio, en particular, del derecho a conocer la acusación, que fundamenta en la falta de claridad y precisión del pliego de cargos al fijar los hechos y circunstancias de la acusación formulada contra él. La **STC 205/2003, de 1 de diciembre** (recurso de amparo), tras recordar que de entre las garantías trasladables al procedimiento administrativo sancionador figura específicamente la de ser informado de la acusación, precisa los requisitos a cuyo cumplimiento se subordina la satisfacción de este derecho fundamental:

> "No cabe acusación implícita, ni tácita, sino que la acusación debe formularse de forma expresa (SSTC 162/1986, de 17 de diciembre; 17/1989, de 30 de enero; 358/1993, de 29 de noviembre) y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 9/1982, de 10 de marzo; 36/1996, de 11 de marzo; 87/2001, de 2 de abril). De modo que (...) no se exige detallar de forma exhaustiva los hechos objeto de acusación, sino que resulta suficiente con que la acusación contenga los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito."

En virtud de tales exigencias, entiende el TC vulnerado este derecho fundamental pues en ninguno de los actos de acusación se concretaba en modo alguno las afirmaciones constitutivas de la infracción sino que sólo se hacían referencias genéricas a las declaraciones publicadas en un periódico.

D) El derecho a conocer la acusación comporta la inalterabilidad de los hechos

Según la **STC 205/2003, de 1 de diciembre** (recurso de amparo), en el procedimiento sancionador, el derecho a conocer la acusación incluye "el consiguiente derecho a la inalterabilidad de los hechos esenciales objeto de acusación y sanción", lo que constituye una de las manifestaciones del principio acusatorio propio del proceso penal: la necesaria correlación entre la acusación y el fallo.

E) Defensa por letrado: posible pero ni imprescindible ni gratuita

Explica la **STS de 17 de marzo de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5474, que "no existe un derecho, en cuanto indisponible, a la asistencia letrada durante la investigación (en con-

creto, la realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia a una federación de asociaciones de concesionarios de automóviles), y, en general, tampoco existe un derecho a la asistencia letrada en vía administrativa y ello sin perjuicio de que el interesado pueda voluntariamente nombrar letrado que le asista", aunque sin carácter gratuito.

F) Actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador. Garantías

Establece la **STSJ de Madrid de 21 de junio de 2002,** Ar. 471 de 2003, que las actuaciones previas "no forman parte del procedimiento sancionador". De ahí, deduce dos consecuencias fundamentales: a) que no hay deber de notificar o comunicar infracción alguna, lo que sólo procederá después, al incoarse el expediente; b) que los defectos en su realización –en este caso, el agente había incumplido "normas elementales de inspección marítima, actuando de mala fe y extralimitándose en sus funciones" sin levantar acta de inspección– no vician el procedimiento posterior "salvo que afectasen a la prueba de los hechos imputados, en cuyo caso podrían incidir en el contenido de la resolución final".

G) El pliego de cargos en el procedimiento disciplinario equivale al escrito de calificación provisional de la acusación en el proceso penal

Así lo establece la **STC 205/2003, de 1 de diciembre** (recurso de amparo) al afirmar que en el procedimiento administrativo sancionador (en concreto, se trataba de un expediente disciplinario contra funcionario) el pliego de cargos (que en el procedimiento sancionador ordinario equivale al acuerdo de incoación) cumple una función análoga a la del escrito de conclusiones provisionales en el proceso penal. Siendo así, la propuesta de resolución podría equivaler, en nuestra opinión, al escrito de calificación o conclusión definitiva del proceso penal que se elabora una vez practicadas todas las pruebas y justo antes de dictarse sentencia.

7. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) El contenido esencial del derecho fundamental a la prueba incluye la proposición, la admisión y la práctica de los medios pertinentes para la defensa

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, lo afirma la **STSJ de Aragón de 14 de noviembre de 2002,** Ar. 671 de 2003.

B) El derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la imposición de la sanción se fundamente en prueba de cargo practicada "con garantías" para el imputado

Así lo afirma la **STSJ de Aragón de 14 de noviembre de 2002,** Ar. 671 de 2003, citando diversas sentencias del TC.

C) Ha de presumirse que el imputado no ha realizado el hecho o que, de haberlo cometido, no es culpable. La carga de destruir ambas presunciones pesa sobre la Administración

Reiteran las **SSTS de 2 y 30 de junio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5531 y 5754, la jurisprudencia según la cual "la presunción de inocencia no sólo tiene que ver con la prueba de la autoría de los hechos, aunque sea su vertiente más usual de aplicación, sino que además se relaciona con la culpabilidad imputable al que, en su caso, los realiza, sin que pueda acantonarse –así se expresa la sentencia de esta Tribunal Supremo de 24 de enero de 1994– el ámbito de su funcionalidad en aquel primer plano de demostración de los hechos, ya que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos".

D) Distribución de la carga de la prueba de las infracciones imputadas a los administradores de una Sociedad

En la **STS de 27 de mayo de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5511, late una doctrina que puede considerarse contraria a la reseñada en el apartado anterior. Se responsabiliza a título de culpa de las irregularidades contables de una Sociedad al Presidente de su Consejo de Administración "y ello por no haber adoptado las medidas a su alcance para evitar la situación que dio lugar a la imposición de la sanción". A la alegación del recurrente de que se le sancionó sin existir ni dolo ni culpa sino en virtud de responsabilidad objetiva [*vid.* crónica VII.3.B)], responde el TS que "se produce (en este caso) (...) una alteración de la carga de la prueba: la Administración prueba la infracción, que no se ha negado en la demanda, y la participación del Consejo de Administración en la adopción de las decisiones que llevaron a dicha situación (la aprobación de las cuentas anuales); por contra, al recurrente le correspondía haber acreditado las medidas que adoptó para evitar la situación que ocasionó la imposición de la sanción". De tal afirmación, parece deducirse que, en estos casos, corresponde al imputado por razón de su cargo, una vez que la Administración ha acreditado los hechos constitutivos, probar su falta de culpa, esto es, que ha mostrado la diligencia debida o ha sido todo lo prudente que debiera.

E) La eximente de exclusión de la culpabilidad por una interpretación errónea pero razonada de la norma aplicable debe probarla el imputado que la alegue

"(...) para que una discrepancia jurídica pueda ahuyentar la culpabilidad de un incumplimiento normativo objetivamente acreditado es necesario que resulte razonablemente justificada. Y esto último, a su vez, exige que se precisen los puntos polémicos que susciten esa discrepancia, la alternativa interpretativa que en contra del órgano administrativo sancionador se sustente sobre esos puntos y las argumentaciones jurídicas utilizadas para defender esa interpretación diferenciada" (**STS de 30 de junio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5754).

F) Nulidad de la sanción de expulsión del territorio nacional por haberse invertido la carga de la prueba

La Administración impone y la sentencia de instancia confirma una sanción de expulsión y prohibición de entrada en el territorio *Schengen* a una inmigrante que ejercía la actividad lícita de alterne pero que "no ha acreditado, correspondiéndole a ella esa carga, que mediante esa práctica obtiene ingresos para mantenerse (...), considerando que no basta la sola exhibición de una cantidad de dinero, pues bien podría haberle sido prestada a ese efecto". Alega en casación la sancionada que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia al haberse invertido la carga de la prueba. Así lo entiende también la **STS de 2 de junio de 2003,** Sección Séptima, Ar. 4216, pues "en modo alguno incumbe la carga probatoria al beneficiario de la presunción de inocencia sino que (...) corresponde a la Administración sancionadora probar los hechos constitutivos de la infracción que pretende castigar. Y, ciertamente, no lo ha hecho (...). Puestos a afirmar que el alterne no proporcionaba ingresos regulares (...), (la Administración) tenía que haber probado que el empleador de la recurrente retenía la totalidad de los ingresos generados por la actividad que ésta realizaba sin pagarle ninguna cantidad y no lo ha hecho".

G) Valen como prueba las averiguaciones de la inspección aunque se refieran a hechos distintos de los que inicialmente se pretendía inspeccionar

Es ésta la idea general que puede deducirse de la **STS de 17 de marzo de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5474, aunque aparece rodeada de circunstancias y requisitos muy especiales. Una federación de asociaciones de concesionarios de automóviles (FACONAUTO) es sancionada por realizar prácticas contrarias a la libre competencia, en concreto, por realizar recomendaciones colectivas tendentes a limitarla en la formación de precios. Alega la recurrente en casación que la sanción se basó en pruebas obtenidas de forma ilícita por vulnerar el art. 34.2 LDC –e indirectamente los arts. 24 CE y 11.1 LOPJ– precepto que exige para la entrada en el domicilio del inspeccionado la delimitación previa de los hechos a investigar, mientras que en la inspección realizada se detectaron otros hechos sancionables. Según la sentencia, la actuación administrativa fue legal ya que "si sin ningún tipo de coacción se exhiben otros documentos, o de los examinados con la concreta e inicial finalidad se descubren otras prácticas restrictivas de la competencia, nada impide que se persigan éstas y se tengan por base probatoria tales documentos".

H) Improcedencia de la sanción si en el expediente no consta la prueba de cargo

La **STSJ de Murcia de 28 de febrero de 2003,** Ar. 502, estima el recurso interpuesto por un Ayuntamiento contra sanción que le había impuesto una Confederación Hidrográfica, al no constar en el expediente sancionador los datos de los análisis efectuados y cuyos resultados fundamentaron la sanción.

I) Valor probatorio de las actas de inspección y presunción de inocencia

Una postura que matiza y modera el valor probatorio de las actas de inspección puede encontrarse en las **SSTSJ de Madrid de 18 de mayo y de 30 de octubre de 2002,** Ar. 633 y 682 de 2003. De la argumentación de la primera, destacamos lo siguiente:

> "En vía judicial, las actas de la Inspección administrativa incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas."

Aunque el Tribunal en ambos pronunciamientos circunscribe sus afirmaciones al órgano jurisdiccional, parece forzoso extenderlas también al órgano administrativo resolutor pues si ésos son los criterios que han de presidir la labor del juez que controla la sanción, no se comprende bien por qué el órgano administrativo que la impone estaría sometido a otros distintos; no pueden establecerse dos criterios diferentes, uno para el que actúa y otro para el que revisa lo actuado.

Pese a todo, hay sentencias que, al menos formalmente, siguen proclamando que "desde el momento en que existe un acta con presunción de veracidad, no existe la presunción de inocencia" (**STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2002,** Ar. 571 de 2003). En términos muy similares, **SSTSJ de Andalucía (Granada) de 31 de marzo y de 21 de abril de 2003,** Ars. 617 y 667.

J) En concreto, falta de valor probatorio de las calificaciones jurídicas, juicios de valor y meras opiniones incluidas en las actas de inspección

Lo afirma con contundencia la **STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2002,** Ar. 633 de 2003, pues el valor probatorio del acta "sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario". También la **STSJ de Madrid de 30 de octubre de 2002,** Ar. 682 de 2003, que anula una sanción por fundamentarse en un acta inspectora en la que, ante las declaraciones contradictorias de empresario y trabajadora, se afirmaba que "en esta situación de palabra contra palabra, al inspector que suscribe le mereció más credibilidad la versión de la trabajadora". Según el Tribunal, procede la anulación "por cuanto (la sanción) se basa en una presunción antijurídica de mayor credibilidad de una de las manifestaciones (la de la trabajadora) respecto de la contraria (la de la empresa), cuando ninguna, en especial la que la Administración considera prevalente, está avalada o complementada con otros elementos probatorios, lo que, en todo caso, implicaría una apreciación subjetiva o un juicio de valor del inspector" que no goza de fuerza probatoria.

K) Vinculación de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo a los hechos declarados probados en la jurisdicción social

La **STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2002,** Ar. 680 de 2003, anula una sanción impuesta a una empresa por vulnerar el art. 64 del Estatuto de los Trabajadores (competencias del comité de empresa) en relación con el art. 51 (despido colectivo) porque la Sala de lo Social del mismo Tribunal había declarado la inexistencia de despido colecti-

vo, por lo que no se habría cometido la infracción administrativa imputada. Lo razona "por la vía de la cierta vinculación que proclama la Sala Tercera del TS (Sentencias de 20 de enero y 27 de junio de 1997, y de 6 de marzo, 6 de junio y 23 de noviembre, entre otras muchas), conforme a cuyos criterios deben tenerse en cuenta en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo los hechos probados y los fundamentos jurídicos de una sentencia dictada por la jurisdicción social, dándose, por tanto, una cierta vinculación positiva con relación a lo resuelto en ella, aunque se trate de procesos de distinta naturaleza".

8. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) No extingue la responsabilidad administrativa sancionadora

Así lo declara taxativamente la **STS de 12 de junio de 2003,** Sección Quinta, Ar. 4602, al resolver un recurso de casación en interés de la Ley. En el supuesto enjuiciado, un Ayuntamiento sancionó a la promotora de unas obras por su ejecución sin licencia tras un expediente sancionador incoado después de haber declarado la caducidad de otro anterior. Al respecto, señala el TS que "la caducidad y el archivo de actuaciones establecidos para determinados procedimientos por el primer párrafo del art. 44.2 de la Ley 30/1992 (...), no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en dicho precepto, siéndoles plenamente aplicable el apartado 3 del art. 92 de la misma Ley (...) (que) diáfanamente dispone que la caducidad de un expediente sancionador, no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración". Por todo lo cual, procede "declarar que la caducidad declarada de un procedimiento sancionador, no constituye obstáculo alguno para la posibilidad de iniciar o reiniciar otro procedimiento sobre el mismo objeto dentro del plazo de prescripción".

B) Cómputo de su plazo: *dies a quo* y *dies ad quem*

"Desde la fecha en que se notificó el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador hasta la fecha en que se notificó la resolución sancionadora originaria" (**STSJ de Aragón de 6 de noviembre de 2002,** Ar. 670 de 2003). Frente a tal solución, otra jurisprudencia, de la que ya hemos dado cuenta en crónicas anteriores y que entendemos más correcta, aun coincidiendo con la anterior al referirse a la fecha de la notificación de la resolución para determinar el día final del cómputo, se aparta de la misma respecto del día inicial, al entender que resulta más acorde con el art. 57.1 de la Ley 30/1992 fijarlo en la fecha del acuerdo de incoación y no en la fecha de su notificación.

9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: EXIGENCIAS DE MOTIVACIÓN LIGADAS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La **STC 193/2003, de 27 de octubre,** recurso de amparo, reitera esta jurisprudencia de la que ya dimos cuenta en la crónica anterior [crónica VII.8.B), STC 161/2003, de 15 de

septiembre], insistiendo, además, en que la resolución debe expresar el precepto con rango de ley en que se basa la sanción.

10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN

A) La determinación de la sanción como un proceso reglado

Haciéndose eco de una amplia línea jurisprudencial, la **STS de 7 de julio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 4593, declara que "se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada".

B) La proporcionalidad atiende al mal objetivo de la sanción, pero no al concreto perjuicio que causa al infractor o a otros sujetos

Se limita a la adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, y no de otros elementos como que la sanción (suspensión de la concesión de la expendeduría de tabaco) prive a la actora de su medio de vida y deje en situación de desempleo a dos empleados (**STS de 14 de julio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5457).

11. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

A) En ocasiones no es posible esperar a que se produzca la decisión de un tribunal sobre la ejecutividad: procesos electorales

El art. 138 LAP establece que la sanción "será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa". Según la actual línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, esta ejecutividad no vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva cuando se garantiza que pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal para que éste resuelva sobre la suspensión. No obstante, la **STS de 15 de abril de 2003,** Sección Cuarta, Ar. 4183, establece una matización a esta jurisprudencia en materia electoral.

En el caso, se trataba de unas sanciones de inhabilitación impuestas a varios decanos de Colegios Provinciales de ATS y diplomados en Enfermería, por su Consejo General, poco antes de la celebración de elecciones a este Consejo General y que impedían a los sancionados concurrir a ellas. Eran actos ejecutivos, pero a pesar de ser recurridos jurisdiccionalmente, la Sala de lo Contencioso-administrativo no tuvo ocasión de pronunciarse sobre su ejecutividad hasta que ya había culminado el proceso electoral. Precisamente por la naturaleza especial del proceso electoral, la sentencia declara que "no hay que olvidar (...) que se estaba ante un proceso electoral, en el que cada acto trae causa del anterior y es la razón del siguiente y por tanto en este proceso, en el que todos los actos están

concatenados hacia el acto final, la elección, no es aplicable sin más la doctrina del Tribunal Constitucional". Y ello porque "esa doctrina está establecida para las sanciones en general y no para aquellos actos que afectan a un proceso electoral, en el que la Administración, en este caso el Consejo General, una vez que ha establecido el régimen electoral, ha de respetar para todos el proceso y plazos establecidos y ha de resolver los distintos incidentes de acuerdo con los hechos y normas aplicables en cada momento, y si en el caso de autos existían actos administrativos ejecutivos, de acuerdo con el art. 138 de la Ley 30/1992, a ello debía atenerse".

B) Se reconoce legitimación para recurrir a un accionista de la sociedad sancionada

La **STS de 31 de marzo de 2003,** Sección Tercera, Ar. 4513, admite la legitimación del Banco de Cantabria para recurrir la sanción impuesta a Sistemas Financieros, SA, por tener el control de una parte significativa del capital social de la sancionada, muy superior al cinco por ciento y porque, además, había promovido una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones de aquella cuya admisión se estaba tramitando en ese momento.

C) Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la pérdida del beneficio de redención de penas por el trabajo mientras se tramitan recursos contra sanciones disciplinarias

Dice la **STC 186/2003, de 27 de octubre** (recurso de amparo): "la interposición por un preso de un recurso contra una sanción disciplinaria no puede traducirse en un perjuicio para el mismo, ni hacerle de peor condición que al interno que, en las mismas condiciones, no recurre contra idéntica sanción. Entender lo contrario sería tanto como penalizar, con un aumento del tiempo de baja en redención de pena, a quien no hace sino ejercitar un derecho fundamental, el de acceso a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a los recursos, en defensa de otro derecho fundamental, el de no estar privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley".

D) Control de la proporcionalidad de la sanción en el procedimiento especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona

La **STS de 26 de mayo de 2003,** Sección Séptima, Ar. 4099, parte del reconocimiento de que el control del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas es una cuestión de legalidad ordinaria ajena al proceso de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, dado que "tal cuestión de proporcionalidad (...) no constituye un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros presupuestos constitucionales". Y todavía añade que "que no cabe deducir del art. 25.1 de la Constitución un derecho fundamental aislado a la proporcionalidad abstracta de la pena", pero matiza que "ello no impide que el principio de proporcionalidad en la sanción (...) pueda, y deba, ser apreciado por el Tribunal de Instancia, tanto en el ámbito del procedimiento de la Ley 62/1978, como en el ordinario, siempre que de materia sancionadora se trate, en cuanto que implica un principio de Derecho relacionado con esta materia, que no puede limitarse a una o a otra clase de procedimiento, al poder implicar la falta de una debida pro-

porción entre la real entidad del hecho y su sanción, o un plus aflictivo e innecesario que atente a otros derechos constitucionales".

E) La sentencia contencioso-administrativa no puede reconstruir la sanción impuesta buscando fundamentos que la Administración no dio

La **STC 193/2003, de 27 de octubre,** recurso de amparo, reitera esta jurisprudencia de la que ya dimos cuenta en la crónica anterior [crónica VII.11.A), STC 161/2003, de 15 de septiembre].

F) Carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa: matizaciones

STS de 7 de julio de 2003, Sección Tercera, Ar. 4593: "desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta, sino su modificación o reducción".

G) Se admite el recurso, pero se falla que la Administración vuelva a fijar la cuantía de la sanción

La Administración al fijar la cuantía de una multa por una de las infracciones de la Ley del Mercado de Valores identificó la cifra de facturación (las comisiones cobradas) con el beneficio bruto, sin detraer cantidad alguna en concepto de gastos incurridos para obtener éste. Por el contrario, la **STS de 7 de julio de 2003,** Sección Tercera, Ar. 5831, entiende que "de la cifra de ingresos o comisiones cobradas habrá que detraer –y no es posible hacerlo en esta sentencia, pues exige la pertinente labor contable– los gastos ligados de modo estrictamente necesario a la obtención de aquéllas", por lo que estima parcialmente el recurso en lo relativo al importe de la sanción, "que será determinada por la Administración en los términos antes expresados, sin empeorar en ningún caso la situación de la recurrente".

Lucía Alarcón Sotomayor
Manuel Izquierdo Carrasco
Manuel Rebollo Puig
Antonio Mª. Bueno Armijo

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Causa y objeto de la expropiación. A) Expropiación de terrenos para la ejecución de obras de Instituciones privadas de interés público: interpretación de la exigencia contenida en la Ley de 17 de julio de 1954 de financiar la obra proyectada con capital y fondos propios de la entidad. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Necesidad de notificación del acuerdo que declara la ocupación urgente que, tratándose de interesados conocidos, no puede suplirse por la publicación de edictos. B) Efectos de la anulación del acuerdo que declara la expropiación de urgencia por falta de adecuación a sus presupuestos legitimadores: conversión del procedimiento de urgencia en un procedimiento expropiatorio ordinario. **4. Determinación del justiprecio.** A) Inaplicabilidad de los criterios de valoración establecidos por el legislador autonómico por ser materia reservada a la exclusiva competencia del Estado sobre legislación expropiatoria. B) Efectos del mutuo acuerdo: impide solicitar con posterioridad la expropiación total de la finca por los daños que se le irrogan al propietario que convino el justiprecio de la parte afectada por el expediente. C) Improcedencia de compensar el justiprecio con rentas debidas en un supuesto de expropiación de un arrendamiento de bienes municipales que habían sido expropiados con anterioridad.
5. Garantías formales. A) Retasación: obligación del Tribunal que conoce de la pretensión retasatoria de efectuarla ante el silencio o la omisión de la Administración, sin que quepa ordenar la retroacción del expediente para que ésta revalúe. **6. Garantía jurisdiccional.** A) Juego de la prejudicialidad civil en los supuestos en los que se discute la titularidad del bien expropiado.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Debe dejarse constancia, en primer término, de la escasez de pronunciamientos en materia expropiatoria que se han producido en el período analizado. Apenas superan la veintena, lo que representa un 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. Pese a ello, algunas de ellas contienen doctrina novedosa que merece ser destacada preliminarmente. Tal es el caso de la sentencia que analizamos en relación a la causa y el objeto de la expropiación, referida a un supuesto de aplicación de la Ley de 17 de julio de 1954 sobre expropiaciones a favor de Instituciones de interés general, que tiene el interés de flexibilizar el criterio interpretativo de dicha Ley a la luz de la vigente legislación sobre Fundaciones. Asimismo es de interés la doctrina jurisprudencial sobre la ineficacia y los efectos de la anulación de la declaración de urgencia, que se comenta en la voz relativa al procedimiento expropiatorio. Finalmente es de reseñar la sentencia que se comenta en relación a la retasación, que reafirma el reciente criterio jurisprudencial según el cual el Tribunal que conoce de la pretensión retasatoria debe efectuar ésta ante el silencio o la omisión de la Administración, sin que quepa ordenar la retroacción del expediente para que la Administración revalúe conforme a la nueva hoja de aprecio presentada por el interesado.

2. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Expropiación de terrenos para la ejecución de obras de Instituciones privadas de interés público: interpretación de la exigencia contenida en la Ley de 17 de julio de 1954 de financiar la obra proyectada con capital y fondos propios de la entidad

Como es sabido, el Título III de la LEF recoge algunos procedimientos expropiatorios especiales que –no obstante– no agotan el campo de la normativa especial en materia expropiatoria. Así, la Ley excluye de su ámbito –entre otros– algunos procedimientos expropiatorios que contaban con una legislación específica previa en función del objeto sobre el que recaían o del fin perseguido. Este último es el caso de las expropiaciones acordadas por la Administración a favor de Instituciones privadas que fueran consideradas de interés público, expresamente contempladas en la Ley de 17 de julio de 1954, que establece el procedimiento para la obtención de la declaración de utilidad pública de las obras que dichas Instituciones realicen, con cargo a sus propios fondos, para la instalación, ampliación o mejora de obras propias a su finalidad.

Según la Exposición de Motivos de la referida Ley de 17 de julio de 1954, "dada la conveniencia de alentar la realización de obras de interés social proyectadas por entidades privadas con cargo a sus propios recursos económicos (...), es procedente concederle las mismas prerrogativas establecidas en favor de las que se ejecutan con fondos públicos, en orden a la declaración de utilidad pública y subsiguiente facultad de expropiación forzosa, si bien han de adoptarse simultáneamente las garantías encaminadas a evitar la posible simulación de finalidades generosas". En razón de lo cual, su art. 1 dispone que "las Fundaciones, Patronatos, Asociaciones y entidades en general que, conforme a sus constituciones o reglamentos, cumplan fines de carácter benéfico, benéfico-docente o cultural, podrán obtener la declaración de utilidad pública a favor de las obras que realicen con cargo a sus fondos para la instalación, ampliación o mejora de los servicios propios

de su finalidad, a los efectos de la expropiación forzosa de los inmuebles para ello necesarios (...), siempre que con las obras proyectadas no se persiga la obtención de lucro, y queden a salvo los planes de ordenación urbana del Municipio afectado". La declaración de utilidad pública sólo podrá otorgarse, a efectos de la citada Ley, "cuando la importancia de las obras en proyecto sea superior a la de los bienes que hayan de expropiarse y el fin por su interés social o extensión del número de beneficiarios merezca esa especial protección", precisando el art. 3 de la Ley las diligencias previas indispensables para obtener la declaración de utilidad pública, entre las que destaca la presentación de un presupuesto aproximado de las obras con "la expresión de los recursos con que cuente, los cuales podrán ser capital de la Entidad, cuotas de protectores o suscripciones voluntarias".

La **STS de 10 de marzo de 2003,** Ar. 5407, resuelve el recurso de casación planteado por una Fundación sanitaria (el Hospital de San Pablo y Santa Tecla de Tarragona) contra un pronunciamiento judicial que desestimó su pretensión de obtener una declaración de necesidad de ocupación en aplicación de la Ley de 17 de julio de 1954. El fallo desestimatorio de instancia se fundamentó en la falta del requisito legal de que las obras a realizar tras la expropiación fueran costeadas con "cargo a sus fondos", puesto que el mencionado Hospital privado pretendía financiar la ampliación del cementerio de Tarragona –de propiedad de dicho Hospital, que lo gestiona desde mediados del siglo XIX– mediante la constitución de un préstamo bancario. Según el Tribunal de instancia, dicha circunstancia hace inaplicable el beneficio de la expropiación forzosa regulado por la citada Ley de 17 de julio de 1954, que por contemplar una vía expropiatoria excepcional –en la que que se excluye implícitamente el endeudamiento del beneficiario para obtener lo expropiado–, debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo estima la pretensión de la actora y casa el fallo desestimatorio de instancia desplegando una argumentación superadora de la estricta hermenéutica que acaba de exponerse. Así, para el Tribunal Supremo, la interpretación de la sentencia impugnada es contraria al art. 3.1 del Código Civil ("Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas") y al art. 1753 del mismo cuerpo legal ("el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad"), ambos invocados por la actora que –no debe olvidarse– es una Fundación privada de interés público que, aparte de contar con expreso reconocimiento constitucional (art. 34 CE) satisface un clarísimo interés general, puesto que –según resulta de las actuaciones judiciales practicadas– el cementerio que constituye el objeto de su actividad es –o lo era, al menos, en el momento del pleito– el único cementerio de Tarragona.

Quizá no esté de más advertir que el sintagma "interpretación de las normas jurídicas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" que se introdujo con la reforma del título preliminar del Código Civil operada en 1974 (que encuentra una de sus más elevadas aplicaciones en el principio o regla de la "interpretación con-

forme a la Constitución"), es un parámetro que pretende evitar las consecuencias devastadoras de las viejas reglas *dura lex sed lex*, y *fiat iustitia et pereat mundus*. Por ello, el Tribunal Supremo afirma con toda lógica que el sentido último del art. 3.1 del CC es que deban rechazarse la existencia de conceptos quietos, inmóviles para la hermenéutica.

Para refrendar lo dicho, la sentencia comentada analiza la evolución histórica que ha sufrido la legislación de Fundaciones a fin de concluir que la interpretación que ha dado la Sala de instancia a la Ley de 17 de julio de 1945 no se compadece con la realidad actual de las Fundaciones privadas. Así se comprueba que la propia Ley catalana 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones privadas permite a las Fundaciones constituir sociedades o participaciones en el capital de sociedades que limiten la responsabilidad de los socios, siempre que esa participación sea compatible con las finalidades fundacionales (art. 35); llevar a cabo directamente explotaciones económicas, si el ejercicio de la actividad constituye por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional (art. 35); realizar actos de adjudicación, de enajenación, de gravamen y, en general, de disposición sobre bienes inmuebles, establecimientos o bienes muebles que, en conjunto o, individualmente, comporten más de una décima parte del activo de la fundación [art. 22.3, letra e)]; constituir otra persona jurídica; aumentar o disminuir la dotación, incluso la cesión global de todos o de parte de los activos [art. 22.3 letra f)]. El repaso de la vigente legislación estatal sobre fundaciones también confirma que la realidad social de los tiempos que vivimos no se compadece con esa restrictiva interpretación que hace la sentencia impugnada. Así, el Reglamento de Fundaciones aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, que continúa en vigor tras la nueva Ley de Fundaciones, permite la constitución de préstamos hipotecarios, siempre que se determine expresamente la cuantía y destino del principal; la valoración del bien de conformidad con los criterios utilizados habitualmente por las entidades de crédito, los intereses pactados y el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada [art. 5.2, letra a)]. Análoga orientación marca la actual Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que deroga las disposiciones anteriores en lo que se opongan a ella y establece que las Fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarios o accesorios de los mismos, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia; pudiendo incluso intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades (art. 24); pudiendo asimismo obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios (art. 26).

Por todo ello –concluye la sentencia comentada–, la vieja Ley de 17 de julio de 1945 ha de observarse desde este miradero legislativo, desde el que aquellas palabras que contiene su Exposición de Motivos sobre "la conveniencia de alentar la realización de obras de interés social proyectadas por entidades privadas con cargo a sus propios recursos económicos" y sobre la procedencia de "concederles las mismas prerrogativas establecidas en favor de las que se ejecutan con fondos públicos", en orden a la declaración de utilidad pública y subsiguiente facultad de expropiación forzosa, cobran una fuerza expansiva que conmina al operador jurídico a situarlas en la realidad social en que nos hallamos,

en la que –como se ha visto– la legislación de Fundaciones marcha en una dirección muy diferente de la que pudo orientar al legislador en las primeras décadas del siglo XX. En consecuencia, la interpretación "conforme a la realidad social" inclina al Tribunal Supremo a casar la sentencia impugnada, "que ha permanecido anclada en el año 1945, fecha en que, tal vez, pudo ser defendible la interpretación literalista que hace la sentencia impugnada, pero que hoy no puede ya aceptarse".

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Necesidad de notificación del acuerdo que declara la ocupación urgente que, tratándose de interesados conocidos, no puede suplirse por la publicación de edictos

La **STS de 31 de mayo de 2003,** Ar. 4392, resuelve en casación el recurso interpuesto por el propietario de unos terrenos afectados por una expropiación al que no se le notificó personalmente la declaración de urgente ocupación de los mismos. Impugnada dicha declaración en sede jurisdiccional, la Sala de instancia dictó auto desestimatorio tras constatar que la declaración de urgente ocupación había sido publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma expropiante en fecha muy anterior a la interposición del recurso, determinando la extemporaneidad de éste.

El Tribunal Supremo analiza el caso desde la perspectiva de la obligación de notificar al acto administrativo de la declaración de urgencia en los términos que establecen los arts. 58 y siguientes de la LRJPAC. Siguiendo su doctrina sobre el particular –comentada por nosotros en el número anterior de esta Revista–, la sentencia que nos ocupa sostiene que la publicación sustitutoria de los actos administrativos prevista en el art. 59.5 de la LRJPAC queda limitada a los casos en que el acto tenga por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas –lo que no ocurre en este caso, en el que los destinatarios están perfectamente determinados–, o cuando se trate de los que suelen denominarse "actos administrativos en masa", a los que el art. 59.5 se refiere con la expresión, menos genérica, de "procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo". Ese mismo precepto prevé [letra b), inciso segundo] un supuesto de publicación adicional, es decir, complementaria y no necesariamente sustitutoria "cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es improcedente para garantizar la notificación a todos, siendo en este último caso, adicional a la notificación efectuada".

En el caso de las declaraciones de urgente ocupación estamos –podría decirse– ante un supuesto de publicación concurrente con la notificación individualizada a los interesados, lo que se explica por la posibilidad –perfectamente constatada por la práctica expropiatoria– de que, además de los propietarios cuyos datos personales y domicilio son conocidos, haya otros cuya existencia o paradero se ignore, o que, siendo conocida su existencia, no se disponga de los datos necesarios para que la notificación pueda ser practicada en forma. Sin embargo, en el supuesto concreto que resuelve esta sentencia, la publicación del acuerdo de urgente ocupación no fue complementaria a la notificación

personal del recurrente, como era procedente por ser éste perfectamente identificable, sino que pretendió ser sustitutiva de dicha notificación. En consecuencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación anulando las resoluciones interlocutorias de las que trae causa, con la consecuencia procesal de considerar al recurrente parte en el proceso contencioso-administrativo en que tuvo lugar el incidente previo que concluyó con el auto de inadmisión que se anula y la continuación del proceso por los siguientes trámites que procedan conforme a la Ley.

B) Efectos de la anulación del acuerdo que declara la expropiación de urgencia por falta de adecuación a sus presupuestos legitimadores: conversión del procedimiento de urgencia en un procedimiento expropiatorio ordinario

En estrecha relación con la sentencia que acaba de comentarse es de destacar la doctrina sentada por la **STS de 7 de julio de 2003,** Ar. 5925. En este caso, el Tribunal Supremo se enfrenta también a una declaración de urgente ocupación que es analizada desde la perspectiva de los presupuestos de la urgencia y de los efectos de la anulación de la misma. Se trata de un tema recurrente en la doctrina del Tribunal Supremo que, en los últimos años, ha venido exigiendo con rigor la motivación de la urgencia en materia expropiatoria y reclamando la excepcionalidad de esta vía frente a la práctica administrativa –ciertamente abusiva– de convertir en normal el uso de un supuesto excepcional, subvirtiendo el sentido originario del art. 52 de la LEF (como hemos denunciado en otras ocasiones desde estas páginas). Esta corriente jurisprudencial es resultado de la toma de conciencia de las consecuencias radicalmente injustas, e incluso aberrantes, que ha provocado la desnaturalización de la técnica de la expropiación de urgencia, en la que la Administración puede retrasar por mucho tiempo el pago del justo precio, abonando una cantidad que casi es puramente simbólica en muchos casos, a cambio de tomar sin más los bienes expropiados, con lo cual el que financia las obras como prestamista forzoso es el expropiado.

En el caso analizado, el Tribunal Supremo anula la declaración de urgencia por no responder a sus presupuestos legitimadores. Pero el interés del mismo se centra en las consecuencias de dicha anulación. En este orden de consideraciones el Tribunal Supremo advierte preliminarmente que la invalidez de la declaración de urgencia no implica la anulación de todo lo actuado ni, en concreto, de las actas de ocupación –tal y como entendían y solicitaban los recurrentes–. El principio de conservación de los actos administrativos, con variadas manifestaciones en la LRJPAC, impide tal conclusión extrema. Antes bien, la anulación de la declaración de urgencia supone, en palabras de la sentencia comentada, "la conversión del procedimiento de urgencia en procedimiento ordinario". Por eso, la ocupación efectuada debe mantenerse, pues es un trámite que, en cualquier caso, tendría que tener lugar –siquera sea en otro momento posterior– en el procedimiento ordinario. Lo cual no supone que la ocupación que ha tenido lugar, y que ha devenido extemporánea al anularse el acuerdo de declaración de urgencia, no vaya a tener consecuencia alguna. Las tiene –a juicio de la Sala– por vía de sustitución, ya que esa ocupación *ex ante*, carente ahora de legitimidad, da lugar a una indemnización susti-

tutoria por cuanto hay que entender que la Administración ha llevado a cabo la misma por vía de hecho.

4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Inaplicabilidad de los criterios de valoración establecidos por el legislador autonómico por ser materia reservada a la exclusiva competencia del Estado sobre legislación expropiatoria

La **STS de 12 de junio de 2003,** Ar. 4433, se inserta en la línea jurisprudencial que viene interpretando el sistema de fuentes en materia urbanística a la luz de la STC 61/1997 y de la normativa estatal y autonómica subsiguiente. El núcleo central del razonamiento jurisprudencial en este caso es el problema de la aplicación normativa de los criterios de valoración del justiprecio en las expropiaciones urbanísticas. Siguiendo la doctrina sentada, entre otras, por las SSTS de 21 de enero de 2001 y 16 de diciembre de 2002, el Tribunal Supremo vuelve a afirmar aquí que para hallar el justiprecio de los bienes y derechos expropiados no cabe aplicar normas autonómicas ni forales debido a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre expropiación forzosa (art. 149.1.18ª de la CE).

Así, en lo que a la determinación del justiprecio se refiere, el Tribunal Constitucional ha declarado en sus Sentencias de 37/1987, de 26 de marzo y 319/1993, de 27 de octubre, que:

> "la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento establecido por la Ley estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación. De este modo, la competencia exclusiva que al Estado reserva el art. 149.1.18ª impide que los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio".

La repercusión de esta ya consolidada doctrina es innegable, habida cuenta la frecuencia con que los legisladores autonómicos han establecido criterios de valoración de terrenos a efectos expropiatorios, sobre todo –en los últimos años– en el ámbito del urbanismo.

B) Efectos del mutuo acuerdo: impide solicitar con posterioridad la expropiación total de la finca por los daños que se le irrogan al propietario que convino el justiprecio de la parte afectada por el expediente

La **STS de 16 de mayo de 2003,** Ar. 6708, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado en un caso de expropiación por mutuo acuerdo. El recurso se deduce contra la sentencia impugnada por aplicación indebida del art. 24 de la LEF en relación con los arts. 1281 y 1282 del Código Civil, pues la representación procesal de la Administración actuante entiende que alcanzado un mutuo acuerdo entre expropiante y expropiado sobre el justiprecio de las fincas expropiadas concluye el expediente iniciado, y vincula a ambas partes en cuanto a su contenido, por lo que esta vinculación

supone para el expropiado el deber de respetar lo estipulado en dicho convenio sin que, consiguientemente, pueda ir contra sus propios actos y reclamar, en un momento posterior, la expropiación total de la finca o que se le reconociera, subsidiariamente, una indemnización por los daños y perjuicios correspondientes al demérito sufrido en el resto de la finca no expropiada al amparo de los arts. 23 y 46 de la LEF.

En consonancia con una línea jurisprudencial asentada, el Tribunal Supremo atiende las razones de la Abogacía del Estado y casa la sentencia impugnada alegando que desde el momento que los expropiados prestaron su conformidad al justiprecio ofrecido por la Administración se perfecciona el acuerdo a que se refiere el art. 24 de la LEF;

> "acuerdo que se manifiesta por la adhesión del particular y constituye una de las formas de terminación del expediente, cuya naturaleza es la de un negocio jurídico de Derecho administrativo; un especial acto administrativo, que tiene por finalidad concretar la totalidad del valor del bien derivado de la expropiación, salvo estipulación en contrario, con liquidación de todas las cuestiones conocidas por las partes".

En consecuencia, el justiprecio pactado por mutuo acuerdo obliga al expropiante y al expropiado desde un punto de vista sustantivo o material, por lo que no pueden los sujetos intervinientes desligarse de lo libremente convenido contraviniendo el principio *venire contra factum proprium non valet*.

C) Improcedencia de compensar el justiprecio con rentas debidas en un supuesto de expropiación de un arrendamiento de bienes municipales que habían sido expropiados con anterioridad

La **STS de 16 de junio de 2003,** Ar. 5376, analiza un supuesto de expropiación de un derecho de arrendamiento constituido sobre un local de negocios titularidad del Ayuntamiento, que mucho tiempo atrás había adquirido dicho local mediante expropiación, preexistiendo el arrendamiento a esta primera expropiación. La titular del derecho de arrendamiento, que ahora es expropiada con vistas a la ejecución de una dotación pública local, nunca había pagado la renta al Ayuntamiento desde la expropiación originaria de la propiedad, ni el Ayuntamiento había jamás reclamado dicha renta. No obstante, en la determinación del justiprecio, por la extinción del arrendamiento, el Jurado de Expropiación compensó el crédito derivado del justiprecio con la deuda generada por el impago de la renta, lo que fue aceptado por la Sala de instancia que resolvió el recurso interpuesto por la arrendataria frente al acuerdo de justiprecio.

En el recurso de casación planteado ante el Tribunal Supremo, la arrendataria expropiada esgrime la vulneración de la jurisprudencia sobre el cálculo del justiprecio de los arrendamientos de locales de negocios, consistente en la capitalización al diez por ciento de la diferencia de rentas. La sentencia comentada estima el recurso exponiendo las razones que impiden la compensación de deudas pretendida por el Ayuntamiento. En primer lugar, dicha compensación es indebida –afirma el Tribunal Supremo– porque el Ayuntamiento no podía cobrar renta a una arrendataria que no lo era ya porque su dere-

cho se había extinguido por ministerio de la ley (en virtud de la primera expropiación), aparte que, por si alguna duda cupiera al respecto, el art. 121 del Reglamento de bienes de las Entidades locales le prohíbe hacerlo. La normativa básica de régimen local da cobertura a la potestad administrativa de desahucio, que es la que debía haber ejercido el Ayuntamiento para desalojar un derecho extinguido.

Por otra parte, podría pensarse que el Tribunal de instancia, al dar acogida en su sentencia a la tesis municipal de la compensación, no hizo otra cosa que hacer uso de la libertad estimativa que, en materia de justiprecio de bienes –y siempre que no se trate de justipreciar el suelo– le confiere el art. 43 LEF. A primera vista esta interpretación resulta atractiva para el Tribunal Supremo, pero acaba rechazándola por errónea, ya que el art. 1195 del Código Civil dice que "tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio sean recíprocamente deudoras la una de la otra", cuando en este supuesto hay un único deudor: el Ayuntamiento que ha dejado pasar el tiempo sin iniciar el correspondiente procedimiento para pagar a la exarrendataria el derecho de arrendamiento extinguido en virtud de la expropiación originaria de la finca. Cierto es que el Ayuntamiento toleró la ocupación del local de negocio por parte de aquélla, pero en su mano estaba desde el primer día hacer lo que luego ha hecho: proceder al desalojo y lanzamiento de la ocupante utilizando el procedimiento administrativo de desahucio, como expresamente se contempla en el art. 127.3 del Reglamento de bienes de las Entidades locales para los titulares de los derechos de ocupación extinguidos por la expropiación. Es claro que la Administración pudo hacer uso del desahucio administrativo desde el primer momento y no lo hizo. Es claro también que el Ayuntamiento no tenía crédito alguno frente a la actora, por lo que no había posibilidad de aplicar una extinción –ni total ni parcial– de obligaciones, porque únicamente una de las partes era deudora frente a la otra. Y es por último evidente que no cabe aplicar tampoco esa solución por vía de equidad, porque falta el presupuesto necesario para su aplicación, pues no hay en este caso ley que expresamente lo permita (como prescribe el art. 3.2 del CC).

5. GARANTÍAS FORMALES

A) Retasación: obligación del Tribunal que conoce de la pretensión retasatoria de efectuarla ante el silencio o la omisión de la Administración, sin que quepa ordenar la retroacción del expediente para que ésta revalúe

Como hemos indicado en otras ocasiones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que la retasación tiene su razón de ser en la caducidad de los justiprecios expropiatorios, que los priva de eficacia por el simple transcurso de los plazos legales sin haberse hecho efectivo al expropiado su importe o consignado el mismo, de forma que lo que la retasación reclama es una nueva valoración de los bienes referidos a la fecha en que aquélla se pretende, acompañando la solicitud de una nueva hoja de aprecio, y no una simple actualización del justiprecio establecido. La **STS de 23 de abril de 2003,** Ar. 5763, declara haber lugar al recurso de casación deducido contra una sentencia de instancia que, en recta aplicación de la doctrina que acaba de exponerse, estima una pretensión retasacional denegada por la Administración, pero no entra, sin embargo, a valorar el justiprecio solicitado por el expropiado en la nueva hoja de aprecio que acompa-

ñó al escrito en que solicitaba la retasación, por entender el Tribunal *a quo* que, de acuerdo con lo establecido en los arts. 58 de la LEF y 74.2 del Reglamento, para realizar una nueva evaluación de los bienes y derechos expropiados había que seguir el procedimiento que regula el Capítulo III del Título II de la Ley de Expropiación.

Este razonamiento es contrario al criterio sustentado por el Tribunal Supremo (véase la STS de 30 de noviembre de 2002, Ar. 286 de 2003), según el cual, cuando el recurrente no se limita a solicitar que se declare su derecho a la retasación de la finca expropiada y pide, además, que también se fije el justiprecio de la misma atendiendo al momento en que se presentó la petición formal de retasación con arreglo a su hoja de aprecio, la Administración debe remitir el expediente al Jurado Provincial de Expropiación, y de no hacerlo así y guardar silencio sobre la nueva valoración efectuada por el expropiado, debe fijarse en sede jurisdiccional el justiprecio, cosa que la Sala de instancia rehusó y que por tanto acaba haciendo –en consonancia con el referido criterio jurisprudencial– la sentencia comentada.

6. GARANTÍA JURISDICCIONAL

A) Juego de la prejudicialidad civil en los supuestos en los que se discute la titularidad del bien expropiado

Dentro de las cuestiones civiles, los supuestos más frecuentes en que se plantea la prejudicialidad son los que afectan a las relaciones posesorias y dominicales cuando éstas son presupuesto o requisito *sine qua non* para decidir la cuestión administrativa que constituye el fondo del asunto. El ejercicio de la potestad expropiatoria constituye, por tanto, un supuesto típico de potencial existencia de cuestiones prejudiciales de carácter civil. Como nos recuerda la **STS de 15 de abril de 2003,** Ar. 4564, en los supuestos en los que se discute la titularidad de los bienes afectados por un proceso expropiatorio, la doctrina del Tribunal Supremo producida al amparo del anterior art. 4 de la LJCA viene afirmando que tal controversia jurídica debe ser decidida *a priori* por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues a ella le corresponde conocer de la impugnación de un acto de la Administración sujeto al Derecho administrativo, cual es la reclamación efectuada ante la Administración actuante de ser tenida como parte propietaria en el procedimiento expropiatorio. A lo anterior se anuda la advertencia de que la decisión prejudicial que pronuncien los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa no producirá efectos fuera del proceso que se dicte y podrá ser revisada por la jurisdicción correspondiente, toda vez que cuando la Administración ejercita la potestad expropiatoria no estamos en el caso de solucionar un estricto problema civil de propiedad sobre una finca, sino que nos hallamos ante una cuestión civil, directamente relacionada con el recurso contencioso-administrativo, es decir, con la pretensión procesal administrativa que constituye el objeto del proceso.

Juan Antonio Carrillo Donaire
Emilio Guichot Reina
Francisco López Menudo

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad. Responsabilidad municipal por pasividad frente a la producción de ruidos por sujetos privados. 3. Objetividad del sistema y nexo de causalidad. Daños sanitarios. 4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo. Adelanto del fin del período transitorio en la organización común del mercado del aceite impulsada por la Administración española acogiéndose a una posibilidad prevista en el Acta de Adhesión. Inexistencia de vulneración del principio de confianza legítima. Indemnización improcedente. 5. Daño indemnizable. Improcedencia del resarcimiento en concepto de indemnización de las costas procesales. 6. Acción y procedimiento. A) Normativa aplicable. Perjuicios derivados de limitaciones urbanísticas como consecuencia de la aplicación de la normativa sobre protección del patrimonio histórico: aplicación del régimen general de responsabilidad de la Ley 30/1992 y no de las disposiciones específicas contempladas en la normativa urbanística. B) Plazo para interponer demanda indemnizatoria cuando se produce una desestimación de la reclamación administrativa por silencio en vía de recurso bajo la Ley de 1956. **7. Responsabilidad del legislador. Aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales. Precisiones a la doctrina jurisprudencial. Trascendencia del alcance dado por el Tribunal Constitucional a la declaración de inconstitucionalidad.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Si bien no han sido muy numerosas –siempre hablando en términos relativos– las sentencias sobre responsabilidad patrimonial recaídas durante el período considerado por este comentario, sí nos encontramos con pronunciamientos relevantes que vienen a cooperar en esta inacabable tarea de perfilar los muchos matices que ofrece el instituto de la responsabilidad administrativa.

De especial interés son las sentencias relacionadas con daños producidos por el ruido y no sólo por lo que atañe a los requisitos que han de darse para que la contaminación acústica derive en un daño resarcible, sino por su valor teórico en cuanto a la relación que guardan dichos daños con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

y lo que ello comporta de cara a la propia clasificación constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado.

En otro orden de cosas, nuevamente un pronunciamiento del TS nos da pie a hacer algunas consideraciones sobre el mito y la realidad de la responsabilidad objetiva en el ámbito de la asistencia sanitaria, en este caso con el aditamento de una sentencia previa del orden penal que aunque lógicamente limitada a dilucidar lo relativo a la incriminación penal del inculpado, constituía por su propia fuerza vinculante en cuanto a los hechos probados un pie quebrado casi determinante en el seno de un posterior procedimiento de responsabilidad de corte culpabilístico como el que de hecho suele funcionar en el ámbito de la responsabilidad sanitaria.

Finalmente, una serie de sentencias del TS añaden precisiones sobre la responsabilidad por los actos dictados en aplicación de leyes posteriormente declaradas inconstitucionales, así como sobre el valor a tal efecto de los propios pronunciamientos del Tribunal Constitucional al enjuiciar las leyes recurridas.

2. IMPUTABILIDAD. RESPONSABILIDAD MUNICIPAL POR PASIVIDAD FRENTE A LA PRODUCCIÓN DE RUIDOS POR SUJETOS PRIVADOS

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que los atentados al medio ambiente (emanaciones, ruidos) pueden constituir injerencias ilegítimas en el derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el art. 8 CEDH cuando alcanzan un determinado grado de gravedad y se prolongan en el tiempo, e impide a los afectados el libre ejercicio de su personalidad. Y ello aunque el causante directo no sea el Estado, sino un particular, pues el derecho a la intimidad impone, también, obligaciones positivas a los Estados en orden a su garantía. Esta doctrina fue apuntada por vez primera en su Sentencia de 21 febrero 1990, Caso *Powell* y *Rayner* contra Reino Unido y fue reiterada y desarrollada en las Sentencias de 9 diciembre 1994, Caso *López Ostra* contra España, de 19 febrero de 1998, Caso *Guerra* y otros contra Italia, y de 2 octubre 2001, Caso *Hatton* y otros contra Reino Unido.

La doctrina del Tribunal de Estrasburgo ha tenido una repercusión directa en la interpretación por parte del Juez nacional del ámbito de protección del derecho a la intimidad, en una recepción, característica en este ámbito, que pudiéramos llamar escalonada: por el Tribunal Constitucional (primero con reservas, después abiertamente), y, a partir de él, por todos los órdenes jurisdiccionales.

El Tribunal Constitucional se vio enfrentado a la cuestión por vez primera en su Sentencia 199/1996, de 3 diciembre, en la que mostró sus reticencias a incorporar la tutela frente a inmisiones en el derecho a la intimidad, temeroso que, de este modo, el derecho a un medio ambiente adecuado, que en nuestra Constitución es un principio rector carente de eficacia directa y de tutela en amparo, pudiera "fundamentalizarse", trastocando así

la diferente nivelación entre derechos y principios establecidas en el Título I de nuestra Constitución. Sin embargo, hubo de enfrentarse de nuevo a este tema cinco años más tarde, en su Sentencia 119/2001, de 24 de mayo. En el caso de autos se argumentaba que la omisión de un Ayuntamiento de actuar frente a la producción reiterada de ruidos nocturnos en una zona de bares suponía una vulneración del art. 18 CE, en la que deslinda las (simples) vulneraciones de la normativa ambiental y aquellas otras que, por su gravedad, suponen un injerencia en el derecho fundamental.

Esta recepción por el Tribunal Constitucional de la interpretación de los derechos humanos por parte del Tribunal Europeo ha actuado de catalizador, de modo que, a partir de la misma, esta doctrina ha sido incorporada a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, adaptada a los presupuestos de cada orden jurisdiccional, en recientes pronunciamientos. Así, en el orden *penal*, la STS de 24 de febrero de 2003, Ar. 950; en el orden *contencioso-administrativo*, con la STS de 15 de marzo de 2002, Ar. 5047; y en el *civil*, hay que reseñar la STS de 29 de abril de 2003, precisamente en materia de responsabilidad extracontractual, que condena solidariamente a una empresa y a un Ayuntamiento, al considerar que "los ruidos excesivos y molestos deben ser indemnizados al amparo de la protección a la intimidad familiar y pueden incardinarse dentro de las intromisiones ilegales previstas en el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo".

Es más, aún cabe reseñar cómo las nuevas concepciones sobre el ámbito de los derechos fundamentales tienen su plasmación legislativa, muestra de lo cual es la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, cuya Exposición de Motivos afirma que "En la legislación española, el mandato constitucional de proteger la salud (art. 43 de la Constitución) y el medio ambiente (art. 45 de la Constitución) engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica. Además, la protección constitucional frente a esta forma de contaminación también encuentra apoyo en algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre otros, el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1".

Pues bien, en el período de esta Crónica la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado dos importantes pronunciamientos, muy similares en sus presupuestos fácticos, ambos por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, que condenan a los respectivos Ayuntamientos por los daños morales sufridos por los vecinos y derivados de su pasividad frente a la generación de ruidos por discotecas.

– En la **STS de 10 de abril de 2003,** Ar. 4920, un ciudadano solicita en 1998 a un Ayuntamiento que paralice la actividad de una discoteca por exceso de ruido, sin obtener contestación. Inicia un proceso contencioso por la vía de protección de los derechos fundamentales, en concreto alude al derecho a la vida y a la integridad física (art. 15); el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1); y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (18.2), solicitando la retirada de la licencia y la clausura definitiva o la clausura provisional y adopción de medidas correctoras y, a su vez, una indemnización. El Tribunal de instancia razonó que la protección frente a ruidos no alcanza entidad cons-

titucional, pues no estaba en juego la vida de las personas y que tampoco los ruidos eran constitutivos de torturas, en la acepción que la cultura jurídica ha dado a esta palabra, y, por lo que afecta al art. 18 CE, declaró que una interpretación finalista del precepto conducía a verlo como una protección del derecho al secreto y la intimidad personal y familiar, concretada en la seguridad que proporciona el valladar del propio domicilio. Añadió que lo anterior no estaba en juego en el caso enjuiciado, más fácilmente incardinable en los arts. 45 y 47 CE, que proclaman el derecho al medio ambiente y a una vivienda digna y adecuada, y concluyó que estos derechos no tienen acogida posible en el procedimiento preferente y sumario aquí seguido, al ser temas de legalidad ordinaria "que esta sentencia deja imprejuzgados". El demandante alega ante el TS que respecto a los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio no ha tenido en cuenta el art. 10.2 CE ni la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TDHE– ha dado al art. 8.1 CEDH, y el TS acoge este razonamiento, ya que "El razonamiento de la sentencia recurrida no coincide con la más reciente doctrina jurisprudencial sobre la protección que ha de dispensarse con fundamento en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y uno de cuyos elementos más significativos es el de tutelar también el espacio físico domiciliario frente a los atentados medioambientales que dificulten gravemente su normal disfrute". Apela a la STC 119/2001, de 24 de mayo, que, a su vez, lo hace a las SSTEDH Powell y Rayner, López Ostra y Guerra. Entiende, por ello, que hay que dilucidar dos cuestiones claves. En primer lugar, si son de apreciar en el caso enjuiciado hechos que sean expresivos de lesiones al medio ambiente, derivadas de los ruidos y vibraciones producidos por la actividad de la discoteca litigiosa, que hayan dificultado gravemente el normal disfrute de su domicilio al demandante en la instancia y ahora recurrente de casación. Y, en segundo lugar, si hay justificación para reprochar al Ayuntamiento demandado una pasividad por no haber adoptado las medidas que podían impedirlo y que estaban dentro de su ámbito legal de competencias. A su juicio, ambas cuestiones merecen, en el caso de autos, una respuesta afirmativa.

En efecto, el demandante había presentado tres escritos de denuncia en el primer cuatrimestre de 1998, acompañadas de actas de la inspección municipal de ruidos con mediciones que excedían del máximo permitido, pidiendo la paralización cautelar de la actividad. El Ayuntamiento ordenó la incoación de expediente sancionador, pero sin acordar la adopción de la medida cautelar solicitada. En el expediente el instructor propuso la adopción de la medida cautelar de paralización inmediata de la actividad, en tanto no se corrigieran las condiciones de la instalación en el sentido de insonorización, pero no se adoptaron, pese a que lo permitía la normativa aplicable. Constata que el art. 25 Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local atribuye al municipio el ejercicio de competencias en las materias de protección del medio ambiente y la salubridad pública, y que el art. 42.3.a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad señala el control sanitario del medio ambiente, con una referencia expresa a la contaminación atmosférica, como responsabilidad de los Ayuntamientos; y que el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas declara la competencia general de los órganos municipales para la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre la materia (art. 6) y, más particularmente, les reconoce funciones de inspección sobre las activida-

des que vengan desarrollándose y potestad para adoptar medidas frente a las deficiencias comprobadas (arts. 36 y 37). Se declara, pues, la vulneración del art. 18.2 CE y el derecho a indemnización, remitiendo la cuantificación de dicha indemnización a la fase de ejecución de sentencia con arreglo a estas bases: "1) tendrá en cuenta el precio de arrendamiento de una vivienda de iguales características a la del recurrente en cuanto a extensión y situación, y 2) considerará el período de tiempo comprendido entre la fecha de la primera solicitud del demandante que no fue atendida y aquella otra en la que se lleven a la práctica medidas que de manera efectiva hagan desaparecer las molestias derivadas del exceso de ruidos (si ya se hubieran adoptado mientras se ha tramitado este proceso se estará a la fecha de esa adopción)".

– En la **STS de 29 de mayo de 2003,** Ar. 5366, se estima una reclamación patrimonial por daños derivados del padecimiento de ruidos provocados por una discoteca. Los daños se imputan a la Administración municipal por su pasividad a la hora de poner fin a los mismos.

La demanda tiene un enfoque similar, como lo es la respuesta del TS, que condena al Ayuntamiento en cuestión. En este caso, a que indemnice al demandante con el importe de 1.410.500 pesetas (actualmente, su equivalente en euros) por los daños sufridos como consecuencia de la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Sobre la cuantía de la indemnización, hay que destacar que el particular había reclamado por dos conceptos: la mitad de la renta arrendaticia pagada por la vivienda durante el período de padecimiento de ruidos, por una parte (cuantificados en 1.593.000 pesetas), y los daños morales, por otra (en 1.410.500). Para el TS, el pleno resarcimiento de este tipo de daños hace que haya de indemnizarse por los daños representados por la imposibilidad de utilizar el domicilio habitual y la correlativa necesidad de buscar otro distinto para evitar las molestias; o, cuando se continúe en el propio, por la incomodidad o sufrimiento moral y físico experimentado en la vida personal; lo cual significa una posibilidad alternativa de una u otra clase de daños y la improcedencia de acumularlos a los efectos indemnizatorios. Y ello es lo que determina que aquí sólo resulte procedente reconocer él las 1.410.500 pesetas reclamadas como daños morales; importe que, por ser muy próximo al valor de la renta arrendaticia de la vivienda (tampoco eficazmente combatida), hace que no pueda ser considerado inapropiado o excesivo.

Permítasenos tan sólo anotar que en estos casos la jurisprudencia habrá de seguir precisando: en primer lugar, si es necesario que los ruidos alcancen un determinado nivel que implique la vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria, en el sentido de la jurisprudencia del Convenio, para que pueda condenarse a la Administración a indemnizar, o si basta, *a estos efectos*, una vulneración de la normativa sobre ruidos, aunque no llegue a perturbar gravemente la vida personal y familiar; y, en segundo lugar, deberá aquilatar cuándo puede entenderse que ha existido auténtica pasividad municipal generadora de responsabilidad, pues parece evidente, yendo al extremo, que la generación de un ruido intenso, pero ocasional, por parte de un tercero no puede comprometer la responsabilidad administrativa, sino que es necesaria una actitud negligente, una auténtica pasividad municipal. La propia disparidad en la dilación en el tiempo de la pasividad municipal en

las sentencias comentadas tal vez pueda merecer consideraciones diversas a efectos indemnizatorios. En todo caso, legal, jurisprudencial y doctrinalmente habrá de avanzarse en la fijación de estándares.

Otro aspecto a considerar sería el de la responsabilidad que quepa imputar en estos casos a los propios agentes causantes directos de los daños, cuestión esta que las sentencias comentadas no abordan, siendo ello importante pues, con independencia de la acción civil *inter privatos* que pudiera ejercitarse por quien se estima dañado por la culpa o negligencia de un tercero, es ocioso decir que en todos estos casos en que la acción se dirige contra la Administración incursa en un funcionamiento anormal del servicio de vigilancia y control de la actividad privada dañosa se da, al menos, una situación de concurrencia que habría de ser resuelta de forma ponderada, quizás excluyendo las dos situaciones extremas posibles: la de considerar íntegramente responsable al autor material del daño en aplicación del principio de que las autorizaciones se otorgan con la cláusula "sin perjuicio de tercero"; o bien la otra extrema –que es la que siguen las sentencias referidas– de desplazar toda la imputación de la responsabilidad a la Administración.

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD. DAÑOS SANITARIOS

En el ámbito sanitario, se plantea, a nuestro juicio, la mayor tensión entre un régimen supuestamente objetivo, y la necesidad de atender a la corrección o no de la práctica médica, tanto por la fuerza de las cosas como por el riesgo de convertir a la Administración en una aseguradora universal sanitaria. A lo largo de estos años, hemos tenido ya innumerables ocasiones de poner de relieve cómo la jurisprudencia civil y administrativa, a través de diferentes vías argumentales, vienen a confluir en las soluciones alcanzadas, situando el criterio general para decidir la procedencia o no de indemnización en el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, esto es, en un criterio de diligencia, aunque con importantes correctivos en torno a la carga de la prueba, en especial en el caso de daños desproporcionados; e incluso con una objetivación fáctica del sistema, en los supuestos de la llamada "medicina satisfactiva", esto es, la que no responde al objetivo de restablecimiento de la salud, sino más bien a una voluntad de mejora de las condiciones físicas (operaciones de cirugía estética no reparativa, de esterilización, etc.)

Traemos ahora a colación la **STS de 16 de mayo de 1993,** Ar. 6709, que muestra una interpretación discutible del régimen de responsabilidad, más en la argumentación que en la decisión misma. El presupuesto es el ingreso de un joven en un hospital para una operación de tabique nasal. Previamente se le practica una analítica de rutina, habiéndose informado que "no existe contraindicación para anestesia general". Sin embargo, fallece por reacción a la adrenalina. Se abren diligencias penales, que se archivan por entenderse que la praxis médica fue correcta, sin que sea posible hablar de conducta negligente "sino de un desgraciado accidente que es prueba de lo limitado de la ciencia médica". El auto penal añade que no es práctica habitual practicar pruebas de rechazo a la adrenalina en casos como el presente en que no había ninguna patología anterior a la

intervención; y añade que determinadas patologías descubiertas mediante la autopsia y exámenes complementarios sólo pudieron serlo mediante dichas pruebas siendo inoperante cualquier preoperatorio para su hallazgo.

En la vía contencioso-administrativa, y aun partiendo de dichas constataciones como hechos probados, el tribunal de instancia condena a la Administración por existir un nexo de causalidad y al haberse podido evitar el resultado mediante pruebas complementarias. El Abogado del Estado argumenta en casación que se trata de un supuesto de fuerza mayor, por su imprevisibilidad, pero el TS estima que ello debió ser acreditado por la Administración, y desestima el recurso, a partir del respeto a la valoración de los hechos llevada a cabo por el tribunal de instancia.

La solución es correcta y se ajusta perfectamente al sistema de responsabilidad objetiva aunque se aparte de la propia línea jurisprudencial del TS, que no suele reconocer la responsabilidad cuando se actuó con la diligencia debida como ocurrió en el presente caso según la estimación de la sentencia penal. En el caso pesa, evidentemente, la doctrina del daño desproporcionado como hecho que diluye, a favor del damnificado, cualquier argumentación impeditiva de reconocimiento de responsabilidad.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTARLO. ADELANTO DEL FIN DEL PERÍODO TRANSITORIO EN LA ORGANIZACIÓN COMÚN DEL MERCADO DEL ACEITE IMPULSADA POR LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA ACOGIÉNDOSE A UNA POSIBILIDAD PREVISTA EN EL ACTA DE ADHESIÓN. INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA. INDEMNIZACIÓN IMPROCEDENTE

En la **STS de 10 de junio de 2003,** Ar. 4432, interpone la demanda un grupo de empresas aceiteras que reclaman indemnización de los perjuicios derivados de la supresión de los derechos aduaneros entre España y los países de la Unión Europea. Dicha supresión se llevó a cabo con anticipación al fin del período transitorio inicialmente previsto en el Acta de Adhesión, a instancias de la Administración española, haciendo uso de la posibilidad de adelanto contemplada en el propio Acta. La cuestión fue ya resuelta por STS de 7 de febrero de 1997, Ar. 892, que denegó el derecho a indemnización, pero el Tribunal estima que, al reclamarse ahora perjuicios sufridos en un semestre diferente y matizarse el método de evaluación del daño, no concurren los presupuestos para que entre en juego el principio de cosa juzgada, por lo que entra a conocer del asunto. El TS entiende, como ya hiciera en la sentencia antes referida, que no ha existido vulneración del principio de confianza legítima, toda vez que la posibilidad de adelanto del fin del período transitorio estaba ya prevista en el Acta de Adhesión y era, pues, conocida por las empresas del sector, que dispusieron por tanto de tiempo suficiente para adoptar las disposiciones que les permitieran asumir las nuevas condiciones del mercado, "por lo que las eventuales pérdidas que dicen haber experimentado no son imputables a la actitud de la Administración, ni puede sostenerse que la postura de ésta fuera la responsable del daño que se dice padecido".

5. DAÑO INDEMNIZABLE. IMPROCEDENCIA DEL RESARCIMIENTO EN CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES

La **STS de 8 de julio de 2003,** Ar. 6161, tiene como presupuesto la adjudicación irregular de contratos de suministro por parte del Ente Público Radio Televisión Española a una empresa en la que participaban altos cargos. La sentencia de instancia reconoce el derecho a indemnización de otra empresa, dedicada al suministro de material audiovisual, que no obtuvo el contrato. El TS constata que las prestaciones en que éste consistía fueron ya satisfechas, por lo que no puede accederse a la convocatoria de un nuevo concurso, ni cabe indemnizar a la demandante por el hipotético beneficio industrial, ya que no consta que la mejor oferta [de un concurso que nunca se produjo] fuera la del recurrente, pero sí procede que la Sala acuerde "prudencialmente" que el recurrente sea indemnizado "por los perjuicios constatables que se le hayan podido irrogar, que (...) son los de los gastos que le haya originado la interposición y tramitación del presente recurso administrativo, que se fijan en la cantidad de 250.000 pesetas". El TS acoge uno de los motivos de casación aducidos por el Abogado del Estado, y señala que:

> "El gravamen económico que comporta el seguimiento de un proceso jurisdiccional, en la Ley reguladora de este orden contencioso-administrativo (el texto de 1956), encarna un concepto específico, el de costas procesales, que es distinto de la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; y su imposición está inexcusablemente condicionada a la apreciación de una conducta procesal de mala fe o de temeridad (artículo 131.1 de la citada ley). Por tanto, es improcedente la indemnización que reconoce la sentencia de instancia para atender a los gastos del recurso contencioso-administrativo desde el momento en que, en su último fundamento de derecho, declara que 'no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas (...)'."

6. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) Normativa aplicable. Perjuicios derivados de limitaciones urbanísticas como consecuencia de la aplicación de la normativa sobre protección del patrimonio histórico: aplicación del régimen general de responsabilidad de la Ley 30/1992 y no de las disposiciones específicas contempladas en la normativa urbanística

La **STS de 25 de junio de 2003,** Ar. 4460, analiza una reclamación de indemnización por los perjuicios derivados de las limitaciones impuestas por razón de la protección del Patrimonio Histórico Artístico. Habiendo obtenido el reclamante licencia de obras para la edificación de una serie de viviendas y comenzadas éstas, aparecieron restos de la cimentación de un anfiteatro romano, por lo que hubo de modificarse el proyecto de forma que no contemplara planta sótano para garajes, integrara los restos del anfiteatro en la edificación y respetara las trazas del mismo haciéndolas coincidir con las de la nueva edificación, todo ello por aplicación de la normativa de protección y conservación del patrimonio histórico. El TS considera que se trata de una restricción o lesión legítima, establecida en beneficio de la colectividad, que el reclamante no está obligado a

soportar a expensas de su solo patrimonio. Esto es, hay derecho a indemnización, pero por aplicación de la normativa general en materia de responsabilidad, al concurrir los requisitos por ésta exigidos. Así, la sentencia casa la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de febrero de 2000, que también reconoció el derecho a indemnización, pero fundado en el art. 87.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, precepto según el cual "las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, conferirá derecho a indemnización". La Junta de Andalucía alegaba que dicho precepto sólo es aplicable a las disminuciones de aprovechamiento urbanístico derivadas de la ordenación urbanística, y no, como en el caso de autos, cuando la disminución deriva de la normativa sobre conservación y protección del Patrimonio Histórico, tesis que comparte el TS, para quien las limitaciones del derecho de propiedad derivadas de otras normas jurídicas, no urbanísticas, encuentran su contrapeso en la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública contenida hoy en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como se deriva de tres datos. En primer lugar, de la inserción misma del art. 87.3 en la propia normativa urbanística, lo que indica que se refiere a las restricciones derivadas de la ordenación y régimen jurídico del suelo. Segundo, del hecho de que imputación de responsabilidad, en el caso del art. 87.3, vaya dirigida a la Administración autora de la norma urbanística que ha creado la vinculación, la cual de ordinario será distinta de aquellas otras señaladas por normas sectoriales. Y tercero, del dato de que el propio precepto establece como requisito para el nacimiento del derecho a la indemnización el que la restricción "no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados". Esta equidistribución es figura típica del ordenamiento urbanístico y es mecanismo desconocido en la reparación de otras restricciones del derecho de propiedad". Como es sabido, en la actualidad, la responsabilidad en el ámbito urbanístico está regulada en los arts. 41 a 44 de la Ley 6/1998, de 13 de abril. El art. 43 regula la indemnización por limitaciones singulares, estableciendo que "Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares en orden a la conservación de edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos, o que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, conferirán derecho a indemnización".

B) Plazo para interponer demanda indemnizatoria cuando se produce una desestimación de la reclamación administrativa por silencio en vía de recurso bajo la Ley de 1956

En la **STS de 4 de julio de 2003,** Ar. 5432, una compañía aérea reclama contra el Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales por el fallo de un dispositivo de guía para enlazar con la pasarela telescópica de aterrizaje. Se trata de un supuesto de concurrencia de causas, porque el piloto de la aeronave concurrió en la producción del daño, pero lo que ahora nos interesa es la interpretación sobre el cómputo del plazo para reclamar. La reclamante interpuso recurso de alzada contra la desestimación presunta de su petición dirigida a Aeropuertos Nacionales. Se discute si, conforme a la LJCA de 1956, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la nueva desestimación presunta, esta vez del recurso de alzada, finaliza al cabo de un año desde la interposición del

recurso de alzada, como defiende la Administración; o con el transcurso de un año y tres meses, como defiende el reclamante. La cuestión se plantea habida cuenta que el art. 58 de la anterior LJCA no contemplaba expresamente este supuesto, lo que dio lugar a diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, y, en este sentido, como expone la sentencia, unas sentencias, minoritarias, interpretaron que el plazo era el general de dos meses; otras que era aplicable por analogía lo dispuesto para el recurso de reposición en el art. 58.2, esto es, un año desde su interposición; y otras lo previsto para las peticiones en el art. 58.4, en conexión con el art. 125 Ley de Procedimiento de 1958, es decir, un año y tres meses; o bien, finalmente, dar a la desestimación por silencio del recurso de alzada el trato de las notificaciones defectuosas, con la consecuencia de ampliar el plazo hasta un año y seis meses. A la vista de esta disparidad de criterios, el TS admite el recurso "puesto que la jurisprudencia de este Tribunal (...) viene considerando la necesidad de rechazar las causas de inadmisibilidad de un recurso cuando se ofrece como practicable una interpretación que permita superarlas".

Como es sabido, la actual Ley de 1998 regula el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo en su art. 46, estableciendo un plazo de dos meses para los actos expresos, y de seis meses, para los presuntos, a contar desde el día siguiente a aquel en que se produzcan, especificando que el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición o en que éste deba entenderse presuntamente desestimado, y sin especificar nada para el recurso de alzada, si bien, conforme a la regla general, en un supuesto como el del caso de autos, habrá de entenderse que es de seis meses desde el día siguiente al de la producción del silencio, que, como sabemos, es de tres meses desde la interposición del recurso de alzada. Es decir, un total de nueve meses desde la interposición del recurso de alzada para interponer recurso contencioso-administrativo, en caso de desestimación presunta de aquél.

7. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. APLICACIÓN DE LEYES POSTERIORMENTE DECLARADAS INCONSTITUCIONALES. PRECISIONES A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. TRASCENDENCIA DEL ALCANCE DADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como perfectamente conoce el atento seguidor de estas crónicas (véanse los núms. 10 y 11), dicha jurisprudencia se ha sentado principalmente al calor de la larga serie de sentencias que resuelven reclamaciones por la aplicación del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria por la que, entre otras cosas, se creaba (art. 38.2.2) un gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, declarado inconstitucional por STC 173/1996, de 31 de octubre (véase, en el período considerado, las **SSTS de 3, 10 y 15 de julio de 2003,** Ar. 5903, 6695 y 6788).

Recapitulando la fundamental doctrina desarrollada valientemente por el TS, con práctica falta de apoyo legal, a partir del entendimiento de que "(...) por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido *a priori* en su texto".

El Tribunal Supremo estima que lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC (de acuerdo con el cual, la declaración de inconstitucionalidad no permite revisar procesos fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada, salvo cuando suponga una reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad), no impide que la acción de responsabilidad pueda prosperar, puesto que el reconocimiento de responsabilidad no atenta contra el principio de cosa juzgada ni el de seguridad jurídica, aun cuando sus efectos se asemejen a los que hubiera producido una sentencia estimatoria de la pretensión inicial de anulación del acto de aplicación de la ley después declarada inconstitucional. Cuando, por el contrario, no concurren efectos de cosa juzgada, porque los actos no se impugnaron en su día, tampoco existe la obligación de soportar el daño, pues no puede exigirse a los particulares que recurran un acto adecuado a una ley alegando que ésta es inconstitucional.

En cuanto al plazo para presentar la reclamación, éste no se identifica con el de prescripción para reclamar los ingresos indebidos o para impugnar las liquidaciones. Habida cuenta de que la reclamación indemnizatoria tiene un fundamento distinto, el plazo a considerar es de la propia acción de responsabilidad. En aplicación de la teoría de la *actio nata*, el momento inicial de su cómputo es el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional que, al declarar la inconstitucionalidad de la ley, permite por primera vez tener conocimiento pleno de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria, y, por consiguiente, hacen posible el ejercicio de la acción. Como precisa, en el período considerado, la **STS de 17 de julio de 2003,** Ar. 6762:

> "(...) el plazo para recurrir es de un año cuyo día inicial es, o bien el de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el BOE (si aplicamos la redacción dada por la Ley 30/1992 a su art. 48.2) o bien el día siguiente a dicha publicación (si aplicamos la redacción reformada por la Ley 4/1999 de ese mismo artículo que recupera la regla tradicional del *dies a quo non computatur in termino*). En consecuencia, y habiéndose publicado la STC 173/1996, en el BOE de 7 de noviembre de 1996, el plazo de un año habría vencido, bien el día 6 de noviembre de 1997 (computando conforme a la Ley 30/1992), bien el día 7 de ese mismo mes y año (computando conforme a la redacción dada por la Ley 4/1999)".

El TS considera que el principio de seguridad jurídica, que justifica en la jurisprudencia constitucional el mantenimiento de los tributos recaudados en aplicación de una ley posteriormente declarada constitucional, no se quiebra por la posibilidad de obtener indemnización en estos supuestos. En este punto, el TS añade un argumento: si la Administración obligada a la devolución de tributos es aquella que los gestiona, la responsabilidad, por el contrario, habrá de exigirse del legislador estatal.

El TS considera que el art. 40.1 LOTC implica que cabe la revisión de los actos de aplicación de una ley inconstitucional cuando no se ha producido el efecto de cosa juzgada, o bien cuando, habiéndose producido, se trata de materia penal o sancionadora y los efectos son favorables a la persona. De esta manera:

> "(...) cuando la sentencia del TC no contiene pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad".

En todo caso, es compatible el mantenimiento de un acto dictado en aplicación de una normativa inválida y el reconocimiento del derecho a indemnización, muestra de lo cual sería lo previsto en el art. 102.4 LPC respecto a la revisión de oficio de los reglamentos.

La aplicación de esta doctrina al caso en cuestión lleva al TS a distinguir dos hipótesis. Por una parte, los afectados que impugnaron la imposición del gravamen y que obtuvieron una sentencia firme desestimatoria de la pretensión de anulación de las liquidaciones. En este caso, el art. 40.1 LOTC sólo deja como alternativa el otorgamiento de indemnización. Por otra, los que no impugnaron el tributo. A ellos les cabe solicitar la revisión de oficio *ex* art. 102 LPC en cualquier momento, pues el acto dictado en aplicación de una ley inconstitucional ha de reputarse nulo. Simultánea o sucesivamente, pueden exigir responsabilidad. Ahora bien, también pueden optar por exigir directamente dicha responsabilidad, sin que pese sobre ellos la carga de instar en todo caso la revisión de oficio.

Pues bien, en el período considerado, las **SSTS de 1 y 8 de julio** (dos) **de 2003,** Ar. 5429, 6894 y 6895, inician una nueva saga que precisa esta jurisprudencia. El supuesto, en este caso, es el de la aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que dio origen en todos los casos al pago de unas cantidades tributarias. Con posterioridad, la STC 194/2000, de 19 de julio, declaró inconstitucional y nula dicha disposición, y los que abonaron cantidades reclaman ahora su devolución, con los intereses respectivos, en concepto de responsabilidad del Estado legislador derivada de la aplicación de leyes inconstitucionales.

La defensa del Estado aduce la inaplicabilidad de la doctrina sentada en las sentencias que resuelven reclamaciones contra la aplicación de la Ley 5/1990, antes comentada, porque existiría una diferencia sustancial, y es que el Tribunal Constitucional, en este caso, precisó que:

> "Antes de pronunciar el fallo a que el mismo conduce sólo nos resta precisar cuál es el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad que lo inte-

> gra. Pues bien, al igual que en otras ocasiones y, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), conviene declarar que, únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas, con fundamento en esta Sentencia, aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC)."

Para el TS, la existencia de un pronunciamiento expreso de este tenor supone, en efecto, una diferencia cualitativa:

> "El término que utiliza la sentencia es suficientemente expresivo 'situaciones susceptibles de revisión' y el mismo se aplica a aquellas que 'no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas' (...) Creemos por otra parte que la expresa prohibición del Tribunal Constitucional veda cualquier otra acción de distinta naturaleza de la que sugiere el concepto de revisión, que sí alcanzaría sin duda a la acción de revisión del art. 102 de la Ley Reguladora de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, que, por obvias razones de seguridad jurídica, ha de hacerlo también con la que deriva de los arts. 139 y siguientes de la misma Ley. Entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional. En consecuencia procede desestimar la demanda interpuesta."

Asimismo, una nueva muestra de la necesidad de partir del tenor del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el alcance de cada declaración de inconstitucionalidad nos la brinda la **STS de 17 de julio de 2003,** Ar. 6371, en la que un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía reclama por los perjuicios derivados de su pase a la situación de segunda actividad, por aplicación de la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, disposición posteriormente declarada inconstitucional por STC 234/1999, de 16 de diciembre. Conocida dicha sentencia, el reclamante solicitó la revisión del acto administrativo por el que pasó a la situación de segunda actividad, siéndole denegada la misma por resolución de 21 de septiembre de 2000 que no fue posteriormente atacada. Posteriormente, formuló reclamación patrimonial, que fue objeto de desestimación expresa. Para el TS:

> "La sentencia no puso límite alguno a su declaración en cuanto a la afectación de las situaciones que hubieran nacido bajo su vigencia, de modo que al no existir sentencia dictada en proceso ya fenecido ni invocar el Tribunal razones de seguridad jurídica para conservar esas situaciones, no existe obstáculo para que esta Sala pueda estimar la demanda planteada."

Emilio Guichot Reina
Juan Antonio Carrillo Donaire
Francisco López Menudo

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos. Relación de puestos de trabajo. Debe contemplar necesariamente el puesto de Jefe de Área Jurídica de la Comisaría de Aguas en todas las Confederaciones Hidrográficas. 3. Acceso. Tribunales y Comisiones de Selección. Delegación acolaborador de la preparación y corrección de los aspectos técnicos de los ejercicios. No existe dejación de funciones si el Tribunal mantiene las facultades decisorias.

4. Carrera administrativa. Provisión de puestos de trabajo. A) Concursos. a) El régimen de jornada de trabajo no puede ser determinado por las bases del concurso. b) El mérito preferente de conocimiento de la lengua oficial propia debe acreditarse de conformidad con los convenios suscritos por las Comunidades Autónomas para la determinación de los títulos oficialmente reconocidos. Conocimiento del lenguaje jurídico. Jueces y Magistrados. B) Adscripción provisional. Reincorporación al servicio activo tras sanción de suspensión de funciones. Las necesidades del servicio no determinan sin más la adscripción al puesto de trabajo ocupado con anterioridad. **5. Derechos económicos. Complemento personal y transitorio.** A) El incremento salarial previsto anualmente en las leyes de presupuestos no puede considerarse como modificación retributiva a efectos de su absorción. B) El complemento personal transitorio no se ve afectado negativamente por los incrementos que se deban exclusivamente a méritos o singularidades individuales del preceptor. Complemento específico. A) En el sistema funcionarial no tiene cabida un derecho individual del funcionario al complemento específico si previamente no está determinado en las relaciones de puestos de trabajo. B) Aunque la competencia para la determinación del complemento específico corresponde al Pleno de la entidad local, se han de respetar los límites máximos fijados por el Estado. Complemento de destino. A) Reconocimiento a los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Madrid que hubieran desempeñado un alto cargo en dicha

Administración de un complemento de destino equivalente al de los Directores Generales. B) Es posible que las relaciones de puestos de trabajo consignen para determinados puestos de trabajo con igual denominación diferente nivel de complemento de destino y distinto importe del complemento específico. **Complemento de productividad.** A) El funcionario tiene derecho a percibir el complemento de productividad durante el período de tiempo en el que permaneció de baja por enfermedad. **6. Derechos colectivos. Derecho al planteamiento de conflictos colectivos.** A) Los sindicatos representativos del Cuerpo Nacional de Policía tienen derecho a presentar declaración de conflicto colectivo ante el Ministerio del Interior, actuando como mediador el Consejo de Policía. **7. Derecho de asociación.** A) La colegiación obligatoria de los Secretarios de la Administración Local supone una vulneración de su derecho fundamental a la libertad de asociación consagrada en el artículo 22 de la Constitución. **8. Régimen disciplinario.** A) Faltas. a) Abandono de servicio y sanción de separación del servicio. Proporcionalidad. b) Conducta constitutiva de delito doloso relacionado con el servicio o que cause daño a la Administración o a los administrados. Puede ser cometida por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en situación administrativa de segunda actividad. B) Sanciones. Separación del servicio. Falta muy grave de incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades. Ausencia de circunstancias agravantes. Vulneración del principio de proporcionalidad. **9. Extinción de la relación funcionarial. Condena penal de inhabilitación especial para cargo público. Rehabilitación. Decisión administrativa determinada por criterios normativamente establecidos.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se incluyen las resoluciones judiciales más recientes y más relevantes relativas al régimen de empleo público.

Entre otras sentencias aquí recogidas, pueden ser destacadas las relativas a la ordenación de la gestión de los recursos humanos, al acceso al empleo público, a la provisión de puestos de trabajo, así como otras que se pronuncian sobre los derechos económicos, colectivos y de asociación de los empleados públicos.

2. INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DE LA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. DEBE CONTEMPLAR NECESARIAMENTE EL PUESTO DE JEFE DE ÁREA JURÍDICA DE LA COMISARÍA DE AGUAS EN TODAS LAS CONFEDERACIONES HIDROGRÁFICAS

Recurrida la Resolución de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones por la que se dispuso la publicación de la relación de puestos de trabajo de los organismos autónomos del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia impuso a la Administración la obligación de crear en la relación de puestos de trabajo de la Confederación Hidrográfica del Segura una Jefatura de Área Jurídica, con mención expresa de su necesaria provisión por un licenciado en Derecho.

El recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de instancia es desestimado por la **STS de 23 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7188, sosteniendo la necesidad de un área jurídica en toda Comisaría de Aguas, que se deduce del hecho de que todas las Confederaciones Hidrográficas –a excepción de las del Segura y del Norte– disponen de dicha jefatura.

La STS de 23 de septiembre de 2003 rechaza la alegación administrativa que sostiene que no todas las organizaciones similares tienen una estructura de puestos idéntica. Pues entiende la Sala que todas las Comisarías de Aguas tienen por ley idénticas funciones, sin que los cometidos de las Confederaciones del Segura y del Norte tengan menor relevancia que los del resto de estos organismos. Igualmente, para la debida resolución de los asuntos jurídicos en las Comisarías de Aguas, insiste el Tribunal Supremo en que la Jefatura en cuestión ha de ser desempeñada por un licenciado en Derecho y no por otro titulado.

3. ACCESO. TRIBUNALES Y COMISIONES DE SELECCIÓN. DELEGACIÓN A COLABORADOR DE LA PREPARACIÓN Y CORRECCIÓN DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS DE LOS EJERCICIOS. NO EXISTE DEJACIÓN DE FUNCIONES SI EL TRIBUNAL MANTIENE LAS FACULTADES DECISORIAS

El art. 13.3 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, dispone que "los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas". De conformidad con este precepto, las bases de la convocatoria del proceso selectivo para el ingreso en la Escala de Técnicos Auxiliares de Biblioteca y Archivos de la Universidad de Burgos, contempla la posibilidad de que el Tribunal incorpore a sus trabajos a asesores especialistas para las pruebas correspondientes de los ejercicios que estime oportunos. La designación de dichos asesores –que se limitarán a prestar su colaboración en sus especialidades técnicas– deberá comunicarse al Rector de la Universidad de Burgos. Haciendo uso de esta

habilitación, el Tribunal calificador acordó –y comunicó al Rector– que la Universidad Pontificia de Comillas colaborase como asesor especialista en la preparación de los cuestionarios, hojas de respuestas y corrección de los ejercicios. Para la sentencia de instancia, la colaboración de la Universidad de Comillas supuso una absoluta dejación de funciones del Tribunal calificador.

Sin embargo, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de octubre de 2003,** Ar. 153, no estima tal dejación, pues un examen detallado de las actas del Tribunal calificador le permite concluir que éste ha intervenido de manera decisiva y resolutoria a lo largo del procedimiento selectivo, protagonizando múltiples actuaciones. Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que la Universidad de Comillas corrigiese el primer ejercicio, ya que el Tribunal calificador de la Universidad de Burgos tomó las decisiones más importantes del proceso selectivo, tales como la determinación del número de preguntas, la penalización aplicable en caso de respuesta errónea, así como la nota de corte para la superación del primer ejercicio. En otras palabras, la Universidad de Comillas, se limitó a coadyuvar en la corrección del primer ejercicio, mientras que el Tribunal calificador adoptó numerosas resoluciones previas, coetáneas y posteriores al desarrollo de cada ejercicio, todas ellas decisivas y expresivas de su papel protagonista en el procedimiento de selección.

Por lo demás, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de octubre de 2003, recuerda que el proceder de la Universidad de Burgos, contando con la colaboración de asesores técnicos, ha sido avalado para supuestos análogos por otras resoluciones judiciales, entre las que cita las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña de 12 de febrero de 1999, del País Vasco de 26 de febrero de 2001 y de Madrid de 11 de marzo de 1998.

4. CARRERA ADMINISTRATIVA. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Concursos

a) El régimen de jornada de trabajo no puede ser determinado por las bases del concurso

La **STSJ del País Vasco de 17 de septiembre de 2003,** Ar. 527, estima el recurso interpuesto por la actora solicitando que se declarase contrario a Derecho el régimen de jornada laboral en horario de mañana y tarde que se le asignó con la adjudicación del puesto de trabajo ganado a través del concurso convocado al efecto. Las bases de la convocatoria de dicho concurso contemplaban la aplicación al puesto ganado por la actora del calendario de cumplimiento de jornada partida.

La Sentencia citada manifiesta que, en virtud del art. 46 de la Ley de la Función Pública Vasca, el contenido de las convocatorias de concursos para la provisión interna de pues-

tos de trabajo debe circunscribirse a precisar los méritos necesarios para ocupar tales puestos, sin incidir en aspectos directamente relacionados con el contenido objetivo de su desempeño. Por otro lado, según señala la STSJ del País Vasco de 17 de septiembre de 2003, la regulación de la jornada de trabajo tampoco corresponde a la relación de puestos de trabajo, pues tanto la legislación estatal como la Ley de la Función Pública Vasca confían a este instrumento la configuración del régimen de dedicación inherente al puesto de trabajo, pero no la determinación del concreto calendario de trabajo. En este caso, el calendario de trabajo debe ser aprobado por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Guipúzcoa, previa negociación con los representantes del personal.

b) El mérito preferente de conocimiento de la lengua oficial propia debe acreditarse de conformidad con los convenios suscritos por las Comunidades Autónomas para la determinación de los títulos oficialmente reconocidos. Conocimiento del lenguaje jurídico. Jueces y Magistrados

La **STS de 27 de octubre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7850, desestima el recurso contra el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial que denegó al actor el reconocimiento del mérito del conocimiento de la lengua gallega.

La solicitud del recurrente fue denegada por falta de acreditación del nivel medio del conocimiento del lenguaje jurídico gallego, fijado en el Convenio suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y la Junta de Galicia. El actor funda su recurso en la discriminación que esta exigencia de conocimiento del lenguaje jurídico autonómico introduce respecto de otros jueces que únicamente deben acreditar el conocimiento de la lengua de la Comunidad Autónoma en la que deseen concursar.

Sin embargo, la STS de 27 de octubre de 2003 no aprecia trato desigual alguno. En primer lugar, señala la Sala que no cabe generalizar el alcance de las medidas que pretenden favorecer el conocimiento por Jueces y Magistrados de la lengua oficial propia. Puesto que en la práctica se dan situaciones muy diversas, no puede exigirse uniformidad en el modo de acreditar el conocimiento de cada lengua autonómica. De ahí que esta circunstancia sea tenida en cuenta por el art. 341.2 de la LOPJ y el art. 109 del Reglamento de la Carrera Judicial cuando remiten a los Convenios que se suscriban con las Comunidades Autónomas para la determinación de los títulos oficialmente reconocidos al efecto y para la concreción de las pruebas para la valoración de la suficiencia en el conocimiento de dicha lengua. Además, añade la Sala que, dada la semejanza entre el gallego y el castellano que favorece la comprensión respectiva, es razonable que la apreciación del mérito en los concursos exija algo más de lo requerido en caso de lenguas que no tienen tal proximidad con el castellano.

B) Adscripción provisional. Reincorporación al servicio activo tras sanción de suspensión de funciones. Las necesidades del servicio no determinan sin más la adscripción al puesto de trabajo ocupado con anterioridad

La **STSJ del País Vasco de 11 de septiembre de 2003,** Ar. 497, desestima el recurso interpuesto por el actor, funcionario de instituciones penitenciarias, que tras haber sido sancionado con suspensión de funciones fue adscrito provisionalmente al Centro

Penitenciario de Murcia y no al puesto que venía ocupando en el Centro Penitenciario de Basauri.

Alega el actor que esta decisión administrativa es arbitraria y que, en realidad, encubre una sanción de traslado forzoso, ya que el puesto que había ocupado en Basauri se encontraba vacante y, a su vez, el puesto de Murcia estaba vacante desde hacía tres años, sin que la Administración hubiese procedido a su provisión.

Ahora bien, la STSJ del País Vasco de 11 de septiembre de 2003 parte de señalar que el anterior puesto de trabajo en el Centro Penitenciario de Basauri no puede ser tomado como referencia para alegar una sanción encubierta de traslado, pues, una vez que el funcionario pierde dicho puesto, se encuentra en una situación de disponibilidad que permite su adscripción provisional a otro puesto sin vinculación territorial alguna al puesto anteriormente desempeñado. Puesto que el funcionario carece de puesto de trabajo al reincorporarse al servicio activo, la Administración no está obligada a reservarle el puesto anterior ni a justificar su no adscripción al mismo.

Rechaza también la Sala que la Administración no haya valorado adecuadamente las necesidades del servicio en la adscripción del funcionario a un nuevo puesto de trabajo. En este caso, la Administración debía ponderar las necesidades de cobertura provisional de dos vacantes (Basauri y Murcia), considerando las necesidades objetivas de personal en cada uno de los Centros. Ciertamente, la Administración expresó las razones objetivas determinantes de la cobertura prioritaria de la vacante del centro Penitenciario de Murcia, relativas a la mayor población reclusa que debe atender dicho Centro, frente a la falta de toda prueba que demuestre la existencia de necesidades más acentuadas en el Centro de Basauri. Por tanto, concluye la Sala que las necesidades del servicio han sido atendidas correctamente, sin que pueda prevalecer sobre las mismas la circunstancia de que la vacante de Murcia no hubiese sido cubierta con anterioridad.

5. DERECHOS ECONÓMICOS. COMPLEMENTO PERSONAL Y TRANSITORIO

A) El incremento salarial previsto anualmente en las leyes de presupuestos no puede considerarse como modificación retributiva a efectos de su absorción

La **STSJ de Andalucía de 30 de octubre de 2003,** Ar. 265374, ha venido a reseñar la naturaleza de los denominados complementos personales transitorios. La Disposición Adicional Décima de la Ley de Medidas 30/1984, en relación con la Disposición Transitoria Primera de la Ley andaluza de Ordenación de la Función Pública 6/1985 disponen que el funcionario cuyos ingresos sufran una disminución en el total de sus ingresos anuales por razón de aplicación del régimen retributivo, tendrá derecho a un complemento personal y transitorio, que será absorbible por cualquier futura mejora retributiva, según los criterios que se establezcan las sucesivas leyes de presupuestos.

Pues bien, a partir de aquí se planteaba la cuestión de delimitar si la subida del IPC del 3,5 por ciento para mantener el nivel adquisitivo de los funcionarios acordada en las distintas normas presupuestarias del Estado y de la Comunidad Autónoma, podía considerarse como mejora retributiva a los efectos de su absorción. El TSJ de Andalucía, atendiendo a la naturaleza jurídica de este complemento, destinado a respetar el nivel retributivo como derecho adquirido del funcionario, llega a la conclusión de que el aumento previsto para compensar la depreciación del poder adquisitivo de los funcionarios no puede tenerse en cuenta para la absorción del complemento personal transitorio, ya que no supone mejora retributiva, sino simple compensación en las retribuciones de todos y cada uno de los funcionarios, sean estatales o autonómicos, de ahí que el nivel retributivo no se altera por dicha compensación.

B) El complemento personal transitorio no se ve afectado negativamente por los incrementos que se deban exclusivamente a méritos o singularidades individuales del preceptor

La Sentencia que comentamos en este punto versa sobre la aplicación del complemento personal transitorio de los profesores titulares de plazas universitarias y asistenciales cuyas retribuciones son objeto de unificación en una sola nómina en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1558/1986, de 28 de julio. El establecimiento del complemento personal transitorio tenía como finalidad evitar una brusca caída de las remuneraciones del profesor universitario por la aplicación de la unificación de retribuciones previstas en el mencionado decreto.

Pues bien, la **STSJ de Andalucía de 29 de septiembre de 2003,** Ar. 270161, analiza si los incrementos retributivos experimentados por el funcionario recurrente por los conceptos de complemento específico de méritos docentes (tramos quinquenales) y el complemento específico por cargo académico y el complemento de productividad (sexenios de investigación) han de ser absorbidos por dicho complemento transitorio. A juicio de la Sala debe prevalecer una consideración de carácter material, consistente en que dichos complementos retribuyen singularidades no ya del puesto de trabajo ocupado, sino del individuo que los percibe, correspondiéndose con actividades o méritos que ha de su poner un incremento neto de la retribución: de lo contrario, mientras no quedase completamente absorbido el complemento personal transitorio, sería económicamente indiferente para el interesado el obtener o no una valoración positiva de un quinquenio de docencia, o ser designado para un cargo académico, u obtener la aprobación de un sexenio de investigación. De ahí que, siempre con respeto a la lógica propia de lo que ha de entenderse por complemento personal transitorio, deba concluirse que éste no se verá afectado negativamente por los incrementos que se deban a méritos o singularidades individuales del preceptor, pues la finalidad propia de la progresiva absorción del complemento personal transitorio por las mejoras retributivas no puede justificar la irrelevancia económica de los mencionados méritos y circunstancias singularizadas.

COMPLEMENTO ESPECÍFICO

A) En el sistema funcionarial no tiene cabida un derecho individual del funcionario al complemento específico si previamente no está determinado en las relaciones de puestos de trabajo

La **STSJ de Andalucía de 30 de octubre de 2003,** Ar. 265371, vuelve a insistir en la especial naturaleza del complemento específico. En este caso, el funcionario recurrente había solicitado el abono del plus de peligrosidad y toxicidad por la labor que ejercitaba diariamente basándose en que al resto de personal laboral del centro se le había reconocido a través de la negociación colectiva la especial penosidad de sus puestos.

En la Sentencia, el TSJ recuerda que se trata de trabajadores laborales y no de funcionarios, sometidos a regímenes jurídicos diferentes, por lo que el significado de una determinada circunstancia de hecho en uno y otro marco jurídico no tiene por qué ser idéntico. Por ello, en esas circunstancias de modelos jurídicos de ordenación tan distintos, el laboral y el funcionarial, no cabe trasvasar al sector funcionarial una calificación hecha en el sector laboral para que, sólo con base en ella y sin impugnación ni directa ni indirecta de la relación de puestos de trabajo, reclamar un complemento inexistente en ésta.

Además de estas consideraciones, la Sala ha insistido en que en el sistema funcionarial no tiene cabida un derecho individual a un complemento específico, si previamente no se ha asignado este complemento al puesto de trabajo desempeñado por el que lo reclama. Pues en el régimen funcionarial no existe en abstracto un complemento de penosidad, establecido con carácter previo, a aplicar individualizadamente después en función de una singularizada valoración del puesto de trabajo, sino que lo que existe es una regulación directa del complemento retributivo asignada a cada puesto, mediante relación de puestos de trabajo, de modo que al margen de ella no existe complemento posible.

B) Aunque la competencia para la determinación del complemento específico corresponde al Pleno de la entidad local, se han de respetar los límites máximos fijados por el Estado

La **STS de 25 de septiembre de 2003,** Ar. 7198, ha vuelto a recordar la competencia estatal para la determinación de los incrementos retributivos. En este caso, la Mancomunidad de Municipios del Valle del Nalón (Asturias) había dispuesto un incremento retributivo del 4,3 por ciento para el personal de dicha Mancomunidad. El Acuerdo suscrito por la Mancomunidad con los representantes funcionariales había respetado la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cuanto a las retribuciones básicas, pero no había respetado este límite para la determinación del incremento del complemento específico alegando la competencia del Pleno de la Corporación Local.

El TS desestima el recurso planteado por la Mancomunidad por resultar plenamente de aplicación el art. 93.2 de la LRBRL de 1985, a cuyo tenor, las retribuciones complementarias se atendrán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del

resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado.

COMPLEMENTO DE DESTINO

A) Reconocimiento a los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Madrid que hubieran desempeñado un alto cargo en dicha Administración de un complemento de destino equivalente al de los Directores Generales

La **STC 202/2003, de 17 de noviembre,** ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el art. 20 de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1991, de 13 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad, en la medida en que había previsto para los funcionarios que hubieran desempeñado un alto cargo en la Comunidad la consolidación, con efectos económicos desde la aprobación de dicha ley, de un grado personal máximo equivalente al que anualmente se fija para los Directores Generales de dicha Comunidad.

Los autos principales de los que surge este incidente de inconstitucionalidad se producen cuando el funcionario de carrera perteneciente al Cuerpo de Arquitectos e Ingenieros Superiores de la Comunidad de Madrid fue Director General en la Comunidad Autónoma durante casi cuatro años. Pidió que se le aplicase el beneficio previsto en el art. 20 de dicha ley y obtuvo el reconocimiento de su derecho a percibir el complemento de destino correspondiente a su puesto de trabajo o su grado personal incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que en cada momento se fijara para los Directores Generales de la Comunidad de Madrid. Pero no se conformó con este resultado e impugnó en vía contenciosa dicha resolución pidiendo que se le reconociese, además, un grado personal consolidado equivalente al complemento de destino fijado para los Directores Generales autonómicos.

Entre otras varias cuestiones que ahora no vienen al caso, el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión de inconstitucionalidad entiende que al establecer la norma madrileña un grado personal máximo en función del complemento de destino señalado para los Directores Generales, se incidía de forma sustancial en el sistema de grados personales regulado con carácter básico por el legislador estatal en el art. 21 de la Ley 30/1984. La Sentencia, que cuenta con dos Votos particulares formulados por los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas y por D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, declara la constitucionalidad del precepto impugnado, siempre que se interprete de acuerdo con la Constitución y en el sentido establecido por el propio Pleno del Tribunal Constitucional.

En efecto, el TC parte de la premisa de que el régimen establecido en la Ley 30/1984 no es aplicable a los Directores Generales porque ni el cargo de Director General forma parte de la carrera administrativa, ni es tampoco un puesto de trabajo clasificado en alguno de los 30 niveles a que obliga el art. 21.1.a) de la Ley de Medidas. Por consiguiente, el complemento de destino señalado para los Directores Generales no expresaría ningún nivel funcionarial ni puede servir para determinar la consolidación de grado personal alguno. Ahora bien, a juicio del Tribunal, ello no es obstáculo para que los Directores Generales

tengan normalmente señalado en las normas presupuestarias un complemento de destino al modo de lo previsto en el art. 23.3.a) de la Ley 30/1984 para los funcionarios públicos.

Examinado así el precepto a la luz del modelo de carrera administrativa diseñado en la Ley 30/1984, todo apunta a que su verdadera significación no es la de permitir a los funcionarios que han sido alto cargo en la Administración consolidar un imposible grado personal máximo no pertinente y sí sólo, más modestamente, la de reconocerles un incremento en el complemento de destino correspondiente a su grado personal hasta igualarlo al que corresponda a los Directores Generales.

B) Es posible que las relaciones de puestos de trabajo consignen para determinados puestos de trabajo con igual denominación diferente nivel de complemento de destino y distinto importe del complemento específico

La **STS de 18 de noviembre de 2003,** Ar. 8177, ha anulado La STSJ de La Rioja de 26 de noviembre de 1997, en la que se le había reconocido a la funcionaria recurrente su derecho al abono de un complemento de destino correspondiente al nivel 12 tras analizar que en la relación de puestos de trabajo a varios puestos de operador de la información se les asignaba un nivel 12 y a otros un nivel 10 sin especificar los motivos de tal diferenciación.

El TS recuerda su jurisprudencia dictada al respecto en interés de ley, entre otras, en su Sentencia de 26 de febrero de 2002, en la que ha venido a declarar que las retribuciones complementarias necesariamente deben venir incluidas en las relaciones de puestos de trabajo, tal como dispone el art. 15.1 de la Ley 30/1984, pero que las indicaciones que en tales relaciones han de figurar no son exhaustivas en cuanto a la descripción del contenido, aspectos y características de todos y cada uno de los puestos que aparecen en dichas relaciones, limitándose únicamente a las esenciales.

Ello significa, a juicio del Tribunal, que no todas las indicaciones figurarán en la relación, y que, por consiguiente, es posible que algunas de esas características no aparezcan expresadas o consignadas en ella, de modo que ha de aceptarse que es posible que ésta consigne para determinados puestos de trabajo con igual denominación diferente nivel de complemento de destino, y distinto importe del complemento específico, y que, a pesar de ello, no precise de manera detallada cuáles son los datos y condiciones particulares que determinan esas diferencias, de lo que deriva que esta omisión, por sí sola, no impone la necesidad de calificar como injustificadamente discriminatoria esa distinción establecida sobre esos complementos, en cuanto que ello no excluye que, efectivamente, puedan existir elementos o aspectos adicionales no indicados en la relación de puestos de trabajo que justifiquen la diferencia.

COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD

A) El funcionario tiene derecho a percibir el complemento de productividad durante el período de tiempo en el que permaneció de baja por enfermedad

El funcionario recurrente había solicitado el abono del complemento de productividad durante los dos meses que estuvo de baja laboral por encontrarse en situación de incapacidad temporal para el servicio, originada por enfermedad común. La Dirección General de la Policía se lo había denegado en atención a la naturaleza de este complemento, ya que se trata de un complemento subjetivo e individual, sin que se tenga que reconocer a otro funcionario en el mismo puesto de trabajo destinado cuando no se reúnan esas cualidades.

Consecuencia de lo expuesto, según la **STSJ de Castilla y León de 5 de septiembre de 2003,** Ar. 265550, es que el complemento de productividad no tiene carácter consolidable, y remunera ese especial rendimiento o actividad extraordinaria mientras ésta se desempeñe, por lo que es indudable que desde esta perspectiva, no podría accederse a lo solicitado por el actor, y ello porque durante el período de tiempo que estuvo de baja por incapacidad no desempeñó de manera efectiva los cometidos propios de su puesto de trabajo y, por tanto, no es posible predicar esa forma especial de desempeño de los mismos a la que anuda la Ley el derecho al percibo del complemento en cuestión.

Ahora bien, en este caso concreto acontece que la Administración estaba aplicando una Instrucción de 22 de marzo de 1998 sobre criterios de distribución del complemento de productividad que iba en contra de la naturaleza de este complemento retribuyendo al funcionario en particular más que al concreto puesto de trabajo e incluso en situaciones en las que no había existido la correlativa prestación de servicios. En concreto, la Instrucción disponía que no percibirán el complemento de productividad los funcionarios que hayan estado de baja más de tres días, salvo que dicha baja obedezca a vacación anual o permiso reglamentario o a enfermedad por acto de servicio.

Pues bien, basándose en la inexistencia de causas objetivas que justifiquen la exclusión de este complemento únicamente en los supuestos de enfermedad común y, sobre todo, en el art. 69 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, a cuyo tenor las enfermedades que impidan el normal desempeño de las funciones públicas darán lugar a licencias de hasta tres meses cada año natural, con plenitud de derechos económicos, el TSJ decide finalmente estimar la pretensión del funcionario recurrente y su derecho a percibir el complemento de productividad.

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2003,** Ar. 468, ha desestimado la pretensión de un funcionario de policía de la Administración local de que le fueran abonados los complementos de productividad en concepto de gratificación por trabajo festivo y nocturno durante el tiempo que había permanecido de baja por enfermedad. Aplica la Sala el art. 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado que establece que las licencias por enfermedad, hasta tres meses por cada año natural, lo serán con plenitud de derechos económicos, lo que, a juicio de la Sala, excluye obviamente las gra-

tificaciones al ser un derecho económico de retribución complementaria– que retribuye un servicio extraordinario prestado fuera de la jornada laboral, de manera que la percepción de la gratificación va unida a la prestación de un servicio extraordinario, por lo que si el mismo no ha sido prestado no puede ser percibida. Según este pronunciamiento, pues, las retribuciones complementarias que se devengan por la prestación de un servicio extraordinario fuera de la jornada laboral ordinaria no estarían incluidas en la percepción de la retribución funcionarial con plenitud de derechos económicos que para el régimen económico de las licencias por enfermedad de hasta tres meses por año natural que garantiza el precepto citado.

6. DERECHOS COLECTIVOS. DERECHO AL PLANTEAMIENTO DE CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Los sindicatos representativos del Cuerpo Nacional de Policía tienen derecho a presentar declaración de conflicto colectivo ante el Ministerio del Interior, actuando como mediador el Consejo de Policía

La **SAN de 30 de septiembre de 2003,** Ar. 349, resuelve el recurso de apelación planteado por el Sindicato Unificado de Policía contra la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de 14 de febrero de 2003, por la que se rechaza la solicitud de los sindicatos representativos del Cuerpo Nacional de Policía de que se tuviese por planteado un conflicto colectivo de trabajo contra el Ministerio del Interior, así como que se reconociese el derecho de los funcionarios de dicho Cuerpo a la negociación colectiva.

Para la resolución de esta última cuestión, la Audiencia Nacional recuerda que, si bien los funcionarios tienen derecho a la negociación colectiva de una manera limitada según los arts. 32 y 34 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, dicha ley excluye de su ámbito de aplicación a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado, que se rigen por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo. Así las cosas, los derechos de representación colectiva de los policías nacionales se encuentran limitados por lo dispuesto en el art. 21.1 de dicha Ley, que señala que las organizaciones sindicales legalmente constituidas tendrán derecho a formular propuestas y elevar informes o dirigir peticiones a las Autoridades competentes. Por su parte, su art. 22.1.a) reconoce el derecho de las organizaciones sindicales del Cuerpo Nacional de Policía a participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios, a través de los procedimientos establecidos al efecto.

Por lo que se refiere al reconocimiento del derecho a plantear conflicto colectivo, el Juzgado Central había desestimado su pretensión al entender que la referencia a los conflictos colectivos a los que se refiere la Ley Orgánica 2/1986 no es en modo alguno equiparable con esta institución en el ámbito laboral, sino que había que limitarla meramente a funciones de discusión y debate sobre solicitudes y peticiones planteadas por los miembros del Consejo que se refieran a cuestiones relativas a la prestación del servicio

funcionarial. La Audiencia, por el contrario, considera que esta interpretación no es correcta por varias razones.

En primer lugar, porque en la Ley se utilizan de forma clara los términos mediación, conciliación y conflicto colectivo y porque la Orden de 22 de julio de 1987, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno del Consejo de Policía define a este órgano como el órgano colegiado paritario de participación de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y de la Administración, en la determinación de sus condiciones de empleo o de trabajo y de prestación del servicio y medio para la posible solución de los conflictos colectivos. En segundo lugar porque, ya que a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía se les priva del derecho de huelga en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, se les reconoce, en cambio, el derecho para plantear los conflictos que puedan ocasionarse por razones profesionales. Por ello, concluye la SAN que los sindicatos representativos del Cuerpo Nacional de Policía pueden presentar declaración de conflicto, actuando como mediador y conciliador el Consejo de Policía, tal y como previene el art. 25.2.a) de la Ley Orgánica 2/1986.

7. DERECHO DE ASOCIACIÓN

A) La colegiación obligatoria de los Secretarios de la Administración Local supone una vulneración de su derecho fundamental a la libertad de asociación consagrada en el artículo 22 de la Constitución

La **STC 227/2003, de 15 de diciembre,** se ha vuelto a pronunciar de nuevo sobre el derecho de asociación en su vertiente negativa a propósito del impago de cuotas colegiales. En concreto, el funcionario recurrente, Secretario de Administración Local, fue demandado por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Valencia debido al impago de las cuotas a dicho colegio, lo que motivó finalmente el planteamiento de un recurso de amparo por violación del derecho de asociación recogido en el artículo 22 de la Constitución frente a la resolución de la Audiencia Provincial de Valencia que le condenaba al pago de las cuotas impagadas.

Reiterando su ya inconcusa línea jurisprudencial sentada al respecto, entre otras muchas, en la STC 76/2003, de 23 de abril o en la STC 210/2003, de 1 de diciembre, el Tribunal ha concedido el amparo solicitado por entender que el requisito de la colegiación obligatoria para estos funcionarios supone una vulneración de su derecho a la libertad de asociación teniendo en cuenta, entre otros factores, que en definitiva, los miembros del colegio referido son funcionarios públicos, que ejercen su actividad profesional exclusivamente en el ámbito de la Administración Pública e integrados en una organización administrativa, por tanto de carácter público, sin poder desempeñarla privadamente, siendo la propia Administración Pública la destinataria inmediata de los servicios prestados por ellos. Asimismo, la exigencia de colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de los Secretarios de Administración Local a fin de garantizar el correcto desempeño de la misma y los intereses de quienes son los destinatarios de los servicios prestados por dichos profesionales.

8. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Faltas

a) Abandono de servicio y sanción de separación del servicio. Proporcionalidad

La **STS de 18 de noviembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, reitera la doctrina establecida por dicha Sala sobre los elementos que deben concurrir para que pueda apreciarse la falta muy grave de abandono del servicio. Según dicha doctrina, la apreciación de esta falta muy grave exige la concurrencia de dos elementos fundamentales, por un lado, una falta total y continuada de asistencia al servicio y, por otro lado, una dejación absoluta de las obligaciones funcionariales. En el supuesto enjuiciado por la STS de 18 de noviembre de 2003, la Administración ha apreciado correctamente la falta de abandono del servicio, pues el funcionario sancionado hizo caso omiso a los reiterados requerimientos de incorporación a su puesto de trabajo, asignado con motivo de una sanción de traslado y cambio de residencia que se le había impuesto anteriormente.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la infracción cometida expresa un innegable desprecio de las obligaciones profesionales, está justifica la opción de la Administración por la sanción más grave posible, por lo que el TS no aprecia falta de proporcionalidad en la aplicación de la sanción.

b) Conducta constitutiva de delito doloso relacionado con el servicio o que cause daño a la Administración o a los administrados. Puede ser cometida por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en situación administrativa de segunda actividad

De conformidad con el art. 13.2 de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en situación de segunda actividad sin ocupar destino están sometidos al régimen disciplinario de la función pública (Real Decreto 33/1986).

El art. 7.1.c) tipifica como falta grave las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados.

Pues bien, según la **STS de 18 de noviembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, dicha infracción puede entenderse cometida aunque el delito no tenga relación con el servicio prestado ni haya sido cometido en el ejercicio de la actividad, siempre –como ocurre en este caso– haya causado un daño a la Institución Policial y a los administrados.

B) Sanciones. Separación del servicio. Falta muy grave de incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades. Ausencia de circunstancias agravantes. Vulneración del principio de proporcionalidad

Según afirma la **STS de 25 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7199, la potestad sancionadora administrativa no tiene carácter discrecional. Por ello,

cuando la normativa aplicable haya previsto un elenco de sanciones para una misma infracción, la imposición de la sanción más grave o de cualquier otra superior a la mínima establecida debe motivarse mencionando las específicas circunstancias en que se funda "la superior malicia o desidia" que se tienen en cuenta para imponer el castigo mayor.

Puesto que, a juicio de la Sala, la aplicación de la sanción más grave no se corresponde con la valoración administrativa de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se desestima el recurso interpuesto por la Administración contra la Sentencia de la Audiencia que anuló la sanción de separación del servicio sustituyéndola por la de suspensión de funciones.

En el mismo sentido, *vid.*, también, **STS de 22 de septiembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7179.

9. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL. CONDENA PENAL DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CARGO PÚBLICO. REHABILITACIÓN. DECISIÓN ADMINISTRATIVA DETERMINADA POR CRITERIOS NORMATIVAMENTE ESTABLECIDOS. FUNCIONARIOS DE CORREOS CONDENADOS POR DELITOS DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

Las solicitudes de rehabilitación formuladas por funcionarios que han perdido su condición a consecuencia de una condena de inhabilitación para cargo público no pueden ser resueltas libremente por la Administración, sino con sujeción a los criterios fijados al efecto por el Real Decreto 2669/1998. La legalidad de las resoluciones administrativas en materia de rehabilitación viene determinada por una motivación de las mismas ajustada a tales criterios normativos, relativos a la gravedad de los hechos, a su relación con las funciones desempeñadas por el funcionario y, en definitiva, al daño que la comisión del delito haya podido ocasionar al servicio.

En el caso enjuiciado por la **STS de 17 de octubre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7825, la Sala no aprecia que el art. 6.2 del Real Decreto 2669/1998 hay sido aplicado de forma errónea o arbitraria. En el mismo sentido, pueden consultarse también las **SSTS de 17 de octubre y 4 de noviembre de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7827 y 8021, respectivamente.

Miguel Sánchez Morón
Belén Marina Jalvo
Josefa Cantero Martínez

XI. URBANISMO

Sumario:

1. Planeamiento urbanístico. Un PERI no puede excluir una parcela del área de intervención establecida en el PGOU. 2. Régimen urbanístico del suelo. A) Irretroactividad de las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbano impuestas por la Ley andaluza 1/1997, por impedirlo el artículo 9.3 CE. B) Improcedencia de autorizar en suelo rústico como obra de carácter provisional o desmontable una planta de fabricación de hormigón, que debió tramitarse como instalación de utilidad pública o interés social. **3. Ejecución del planeamiento.** A) Cesiones Obligatorias y Gratuitas. B) Reparcelaciones Urbanísticas. **4. Intervención administrativa en la edificación y uso del suelo.** A) Consecuencias de la STC 61/1997, de 20 de marzo. B) Otorgamiento de la licencia de obra. **5. Protección de la legalidad urbanística: Caducidad del expediente de legalización de obras solicitado por el administrado.**

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. UN PERI NO PUEDE EXCLUIR UNA PARCELA DEL ÁREA DE INTERVENCIÓN ESTABLECIDA EN EL PGOU

La **STS de 8 de julio de 2003,** Ar. 5448, casa la sentencia de instancia y declara improcedente la exclusión del ámbito del PERI de la finca propiedad de la recurrente, ya que esta nueva delimitación contraviene lo establecido en el planeamiento superior:

> "Respecto a la exclusión de parte de una finca del ámbito del PERI, la sentencia recurrida la justifica en función de lo dispuesto en los artículos 117 LS y 85.2 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, argumentando que, dada la naturaleza no normativa de las determinaciones del PGOM relativas a la delimitación del área de intervención, el PERI puede efectuar la delimitación que considere razonable, aunque se aparte de la establecida en el Plan General, siempre que se respeten las exigencias materiales impuestas en el artículo 117 LS. La Sala de instancia parte de una confusión entre lo que el PGOM denomina 'áreas de intervención' y los polígonos o unidades de actuación delimitados para su ejecución. El 'área de intervención' en el caso de que tratamos es el espacio físico acotado

para actuar mediante un PERI, por lo que es claro que si el PERI altera la delimitación de aquélla efectuada en el PGOM está modificando éste. El artículo 85.2 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico no presta cobertura a esta modificación, porque ese precepto autoriza a los Planes Especiales solamente a delimitar los polígonos o unidades de ejecución correspondientes, y tampoco lo hace el artículo 23.3 LS, porque de este precepto no se desprende que los Planes Especiales puedan modificar el Plan General con el único límite de que no alteren la estructura fundamental de aquél. Esto ocurre como, resulta claramente del artículo 83.2 y 3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, cuando se trata de operaciones de reforma interior no previstas en el Plan General, porque cuando éste prevé ese tipo de operaciones y establece todas o algunas de las líneas fundamentales que han de inspirarlas, la superioridad jerárquica del Plan General, establecida en el artículo 17.1 LS, se impone sobre el PERI que no puede apartarse de las determinaciones establecidas en el PGOM."

Además, la Sentencia rechaza el argumento de la Administración según el cual la inclusión de la finca controvertida en el ámbito del PERI se debió a un error material del PGOU, pues esta rectificación tendría que haber conducido a una modificación de dicho plan, en lugar de prescindir directamente de sus previsiones.

2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO

A) Irretroactividad de las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbano impuestas por la Ley andaluza 1/1997, por impedirlo el artículo 9.3 CE

En virtud de su Disposición Adicional Tercera, la Ley andaluza 1/1997, de 18 de junio, dicha Comunidad Autónoma aprobó como suyo el TRLA de 1992, retrotrayendo sus efectos al momento de la publicación de la archiconocida STC 61/1997. Sobre esta base, el Ayuntamiento exigió al recurrente, como condición para la obtención de la licencia de edificación, una suma de dinero en concepto de aprovechamiento urbanístico de un solar. Siguiendo el criterio sentado en otras anteriores, la **STS de 10 de octubre de 2003,** Ar. 7246, confirma en casación la nulidad de dicho acuerdo con este argumento:

"En todo caso, conviene recordar que, como ha declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de diciembre de 2002 y 29 de abril y 6 de mayo de 2003, la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, declaró la inconstitucionalidad del artículo 27 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, y los demás aplicables a cesiones, lo que determina que estos preceptos no puedan dar cobertura al acto aquí recurrido. Este acto no puede ser salvado acudiendo a la Ley del Parlamento Andaluz 1/1997, de 16 de junio, porque a esta ley no puede darse efectos retroactivos en materia de cesiones, al tratarse de restricciones al derecho de propiedad, por impedirlo el artículo 9.3 de la Constitución."

B) Improcedencia de autorizar en suelo rústico como obra de carácter provisional o desmontable una planta de fabricación de hormigón, que debió tramitarse como instalación de utilidad pública o interés social

El recurrente en este caso pretendía la validez de una licencia de obra para la instalación de una planta de fabricación de hormigón y trituración de áridos, sobre la base del art. 58.2 TRLS de 1976. Sin necesidad de examinar la verdadera entidad de dichas obras, la STS de 9 de junio de 2003, Ar. 6007, confirma la nulidad declarada en la instancia, al haberse concedido la licencia utilizando incorrectamente el procedimiento previsto para autorizar obras de carácter provisional en suelo urbanizable programado:

> "En contra de este parecer de la entidad recurrente y de lo resuelto por el Ayuntamiento al otorgar las licencias municipales de obra anuladas por la sentencia recurrida, las autorizaciones de usos u obras de carácter provisional, a que se refiere el artículo 58.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, como se deduce de lo establecido inequívocamente por los artículos 84.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 42.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, exclusivamente se pueden conceder, con los requisitos legalmente previstos, en terrenos en los que exista una previsión urbanística de alteración de la realidad cuando la obra o el uso pretendido sea contrario al planeamiento aprobado pero no desarrollado, circunstancias inexistentes cuando, como en este caso, el suelo sobre el que se autorizan las obras está clasificado como no urbanizable, y, por consiguiente, no hay previsión alguna para su transformación, razón por la que los citados artículos 84.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 42.1 del Reglamento de Gestión Urbanística contemplan tales obras e instalaciones provisionales en el suelo urbanizable programado, mientras que en el no programado y en el rústico sólo se pueden autorizar, mediante el procedimiento al efecto establecido, edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social (artículos 85.1.2ª y 3ª y 86.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), ordenación ahora recogida en los artículos 17 y 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones."

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Cesiones Obligatorias y Gratuitas

Dos son los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación a las cesiones obligatorias y gratuitas que creemos necesario resaltar habida cuenta de que las decisiones son totalmente diversas y los argumentos que han llevado a una y otra decisión ciertamente interesantes.

En primer lugar, el TS tiene que discernir en su **STS de 16 de junio de 2003,** Ar. 5873, un hecho fundamental: si los propietarios de suelo urbano consolidado están obligados o no a hacer cesiones gratuitas de suelo para viales, espacios libres y dotaciones públicas de carácter local, vinculado al respeto del principio de equidistribución de beneficios y cargas derivado del planeamiento, y en relación a la ejecución de un Plan Especial de Reforma Interior.

En el supuesto concreto que se debate, se utilizó el sistema de expropiación pero de tal manera que hacía recaer unas cesiones desmesuradas (el 75 por ciento) en el sector afectado, localizándose en suelo urbano consolidado y dirigido a equipamientos, sistemas generales y zonas verdes al servicio de un ámbito mucho mayor que la propia unidad de actuación.

A este respecto, el TS asume el informe del perito procesal para indicar que la actuación hace recaer en los propietarios afectados por la expropiación todo el peso de la actuación, quedando fuera una gran parte de propietarios afectados. Así, señala que el PERI debe tener como finalidad una actuación aislada, es decir, aquella que se efectúa de modo puntual o discontinuo para alcanzar pequeños resultados parciales. En el caso que nos ocupa, el PERI actúa sobre una parte de las edificaciones existentes con la finalidad de mantener una gran parte de las mismas, con el objetivo de modificar lo mínimo posible la realidad preexistente y la estructura de la propiedad. El problema que se genera es que si no se articulan mecanismos correctores, se soporta la rehabilitación por parte de los afectados, mientras que aquellos cuyas propiedades permanecen intactas se mantienen al margen. Para evitar este problema, es necesario una adecuada valoración de los terrenos a expropiar.

Además, el TS se opone a la tesis de la Administración en base a la cual es posible delimitar unidades de actuación en las que no es posible hacer efectivo el principio de equidistribución de beneficios y cargas si ello se salva con la utilización del sistema de expropiación. Obviamente, según el Tribunal, ello es contrario a los más elementales criterios de la ordenación urbanística, pues dicho principio es exigible cualquiera que sea el sistema de actuación utilizado, y ello es lógico pues como los propietarios no reciben compensación alguna por las cesiones obligatorias, si éstas son tales que no permiten la justa distribución de cargas y beneficios, es igual que se utilice el sistema de cooperación, el de compensación o el de expropiación, pues los propietarios siempre han de soportar cargas excesivas.

En este sentido, el TS indica que en supuestos de expropiación en suelo urbano, el cálculo de la edificabilidad, los aprovechamientos permitidos, no se obtienen dividiendo simplemente por la superficie del área, sino que la división debe realizarse una vez detraídos los terrenos destinados a espacios públicos que no pueden imputarse a la unidad de actuación, y que en el supuesto objeto de debate, son desproporcionados al superar el 75 por ciento y comprender viales y espacios verdes que no están al servicio de los propietarios, sino de la generalidad de la población, y que, además, son ya de titularidad pública.

Todo ello llevó al TS a estimar el recurso, indicando que el cálculo del coste de los sistemas generales a soportar por los propietarios de los terrenos afectados por el programa de actuación urbanística ha de ser el propio de la actuación que se ejecuta, es decir, los interiores a que se refiere el art. 122.a) TRLS de 1976 y arts. 59, 60, 61 RGU 1979 y los exteriores de infraestructuras necesarias para enlazar aquéllos con los sistemas generales del municipio o municipios en los que se desarrolla el programa.

Diferente a la decisión anterior, pero para un supuesto también diverso aunque así mismo referido a cesiones obligatorias y gratuitas, va a ser el pronunciamiento del TS en su **STS de 17 de junio de 2002,** Ar. 6011.

En este segundo ejemplo también se discute la vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas como consecuencia, en este caso, de la imposición de cesiones obligatorias para un vial en suelo urbano consolidado. Sin embargo, el TS va a negar la vulneración de dicho principio, pues indica que las licencias urbanísticas antaño otorgadas por el Ayuntamiento para la ejecución de la urbanización objeto del debate ya contemplaban la obligación de cesión del suelo para una calle que cruzaba la misma, de modo que el deber de ceder no se ha impuesto en el nuevo Plan General de Ordenación Urbana, sino que en éste sólo se ha materializado un deber preexistente, con el fin de comunicar, a través de un vial público, la urbanización con la red viaria local, lo que debe realizarse a costa de los propietarios de la urbanización que se beneficia de dicha red viaria local.

En definitiva, dice el TS, ni se ha actuado arbitrariamente, ni se imponen cargas a los propietarios que antes no tuvieran la obligación de cumplir, ya que desde el otorgamiento de las licencias, ésta venía condicionadas a la cesión de terrenos para viales. Además, la utilización del sistema de cooperación es adecuada, ya que va dirigido a unos propietarios que se han beneficiado de una situación de hecho que, por no haberse incorporado antes al planeamiento, ahora pretende evitar la cooperación indicando la necesidad de que el Ayuntamiento expropie el terreno para ese vial.

Por último, el TS señala que el hecho de que otra parcela tenga linderos con el vial que se pretende construir no supone una vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas, ya que la misma forma parte de otra unidad de actuación en la que ya se ha cumplido con sus obligaciones urbanísticas. Lo que sería inaceptable es que los propietarios ahora recurrentes se beneficien del esfuerzo urbanístico realizado por otros propietarios sin contribuir a la cesión de los terrenos que les corresponde para construir la malla urbana, en una especie de "isla" dentro de la ciudad.

B) Reparcelaciones Urbanísticas

El TS, en su **STS de 11 de junio de 2003,** Ar. 5657, debe discernir sobre la interpretación de un convenio urbanístico como una reparcelación urbanística.

El problema surge porque aprobado definitivamente el proyecto de reparcelación de una unidad de actuación, fue impugnado en vía judicial y anulado por sentencia de 8 de septiembre de 1994. A la vista de dicha sentencia, se firma un convenio con fecha 24 de abril de 1995 en el que se indica que "de conformidad con el artículo 115 del Reglamento de Gestión Urbanística (...) los comparecientes acuerdan la reparcelación voluntaria de la Unidad de Ejecución (...) que queda formulada en los mismos términos contenidos en el proyecto de reparcelación aprobado por el Ayuntamiento y anulado por la sentencia y proponen que dicha reparcelación voluntaria se tramite en la forma establecida en la legislación urbanística" (FJ 6º).

En este sentido, el TS indica que este convenio sirve como voluntad común de los interesados para que se inicie el expediente de reparcelación voluntaria y se tramite de la forma legalmente prevista, sin que haya nada de ilegal en el mismo.

Sin embargo, el TS señala que se ha producido un error en la interpretación que el Ayuntamiento en cuestión ha dado a ese convenido, pues lo ha identificado con la reparcelación voluntaria. Así, el Tribunal señala que "el Ayuntamiento no entendió así la significación y el valor del convenio, sino que creyó que ese acuerdo común valía por sí solo como reparcelación voluntaria, y por ello en el acuerdo de 4 de mayo de 1995, además de aprobar el convenio, convalidó el proyecto de reparcelación de la Unidad, es decir, aplicó a esta nueva reparcelación, ahora voluntaria, las formalidades cumplidas en el anterior que se había anulado judicialmente, cosa del todo ilegal" (FJ 6º).

Y continúa el TS indicando que si un tribunal anula por una cuestión de fondo un proyecto de reparcelación, cosa que sucede en el caso debatido, la anulación se extiende no sólo al acto final de aprobación, sino a todos los trámites intermedios que llevaron al mismo, "y que ya no podrían ser aprovechados para un proyecto futuro". De esta manera, la nueva reparcelación voluntaria, concluye el TS, debe ser tramitada como una verdadera y nueva reparcelación, que es lo que en verdad es, y no aprovechando trámites anteriores.

Por ello, el TS entiende que si bien el convenio no es ilegal, interpretado en la manera antes dicha, sí lo es el acuerdo del Ayuntamiento que convalida el proyecto de reparcelación, pues prescinde de los trámites exigidos en los arts. 115 y concordantes del RGU 1979.

4. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Consecuencias de la STC 61/1997, de 20 de marzo

En el período de tiempo al que se refiere la presente crónica se han dictado por el Tribunal Supremo dos sentencias en las que se analizan algunas consecuencias que se derivan de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992: Una primera, de carácter material, cual es la nulidad de la cláusula de cesión del 15 por ciento del aprovechamiento en suelo urbano consolidado que preveía aquella norma. La segunda, en el plano formal, la imposibilidad de amparar un recurso de casación en los preceptos afectados por la nulidad.

En relación con la primera, la **STS de 21 de septiembre de 2002,** Ar. 8286, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bilbao frente a la sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco que anuló el acto administrativo dictado por dicho consistorio en el que se señalaba como requisito para la obtención de una licencia de obras la adquisición del 15 por ciento del aprovechamiento proyectado, conforme a la

Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 8/1990, en relación con la Disposición Transitoria Primera del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo de 1992.

La pretensión municipal no es acogida por la Sala del Alto Tribunal, que entiende que la STC 61/1997 ha declarado inconstitucional y nula dicha obligación de cesión en el suelo urbano consolidado. Concretamente, en el FJ 4º se afirma que:

> "Dicha declaración, con efecto *erga omnes*, comporta en el caso (...) la desestimación del motivo único de casación. En efecto, la estimación del recurso supondría necesariamente dar aplicación a normas legales declaradas formalmente inconstitucionales y, por tanto, nulas con eficacia *ex tunc*. Como ya hemos dicho para casos similares en las Sentencias de 3 de abril y 17 de julio de 2000, en la de 4 de octubre de 2001 o en la de 3 de mayo de 2002, ningún pronunciamiento jurisdiccional posterior a la Sentencia 61/1997 puede resucitar un acto administrativo que ya viene anulado basándose para ello en la aplicación de normas que han sido declaradas inconstitucionales.
>
> Los procesos pendientes en los que procesalmente puede un Tribunal conocer de una Ley inconstitucional deben ser resueltos considerando que la misma ha carecido de eficacia jurídica en forma originaria desde el mismo momento de su formación o entrada en vigor. Por ello se debe mantener en este caso la anulación de los actos administrativos del Ayuntamiento de Bilbao impugnados en el proceso dichos actos no pueden recobrar vida al amparo de normas que, tras la STC 61/1997, se han revelado como inválidas desde su origen".

Sobre la segunda cuestión se pronuncia la **STS de 19 de septiembre de 2002,** Ar. 8460, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por dos vecinos frente al requerimiento que les efectuó el Ayuntamiento de Guadalajara para que en el plazo de dos meses solicitasen la correspondiente licencia para la legalización de unas obras por los mismos ejecutadas sin disponer de la correspondiente licencia.

Los recurrentes basaban su recurso en la infracción por el juez *a quo* de determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, declarados inconstitucionales por la STC 61/1997.

El Alto Tribunal considera que cuando los demandantes en casación interpusieron el correspondiente recurso debieron de haber ajustado sus pretensiones a la nueva situación creada por la anulación de la citada Ley del Suelo, ya que la sentencia del Tribunal Constitucional que produjo dicho efecto ya era conocida por aquéllos. Para la Sala es diferente el supuesto en el que el dicho recurso se hubiera interpuesto antes de la publicación de la Sentencia de inconstitucionalidad y la Sala hubiera aplicado los preceptos declarados nulos. En estas ocasiones, el propio Tribunal ha puesto de manifiesto a las partes esta circunstancia y les ha dado la oportunidad de que alegaren lo que estimaren procedente, pero esta solución no procede en el presente caso, en el que el recurrente ya pudo alegar al interponer la casación lo que hubiera considerado pertinente en defensa de sus pretensiones, no habiéndolo hecho así e insistiendo en ampararse en unos preceptos legales ya declarados nulos.

B) Otorgamiento de la licencia de obra

La **STS de 30 de octubre de 2002,** Ar. 9658, reitera la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo respecto de la nulidad de una licencia de obras cuando el Plan Especial que presta cobertura a la misma haya sido, asimismo, anulado por sentencia firme.

5. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA: CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE DE LEGALIZACIÓN DE OBRAS SOLICITADO POR EL ADMINISTRADO

La **STS de 14 de octubre de 2002,** Ar. 9122, considera que "La caducidad del procedimiento sólo tiene lugar (...) cuando el expediente se paraliza por causa imputable al administrado y, tras el correspondiente requerimiento de la Administración, aquél permanece inactivo durante un plazo de tres meses. No toda inactividad del administrado permite una declaración de caducidad del expediente, es preciso que se trate de una inactividad imputable al mismo y que impida entrar en el fondo del asunto. No es procedente por ello, declarar la caducidad del expediente cuando el administrado ha sido requerido para hacer algo superfluo o cuando, como sucede aquí, existe una discrepancia entre aquél y la Administración respecto a la necesidad de presentar determinada documentación", lo que no ocurre en el caso sometido a su fallo, ya que la recurrente no ha permanecido inactiva frente a los distintos requerimientos formulados por el Ayuntamiento, por lo que no se demuestra en ella voluntad alguna de abandonar la petición formulada.

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) Bienes patrimoniales afectos a fines públicos. Consecuencias en el régimen de utilización. B) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de bienes destinados a fines educativos. C) Adquisición de bienes. Efectividad de las cláusulas de reversión por incumplimiento de los fines a los que se destinó. D) Enajenación de bienes. Efectividad de las cláusulas de reversión por incumplimiento de los fines a los que se destinó. E) Utilización de los bienes de dominio público. Obligación de cumplir las diversas normas reguladoras de las actividades que se realicen en el dominio público. F) Potestades administrativas. Recuperación de oficio. G) Varios. Competencia del orden jurisdiccional civil para pronunciarse sobre las cuestiones de propiedad. **3. Aguas continentales.** A) Aguas subterráneas: proyecto de PHC y déficit de recursos hidráulicos como causa de rechazo de solicitud, sequía extraordinaria que origina denegación de concesión. B) Aprovechamientos hidroeléctricos: inscripción de un aprovechamiento adquirido por prescripción; denegación de concesión basada en discrecionalidad administrativa. C) Catálogo de aguas privadas: imposibilidad de inscripción por tratarse de aguas públicas. D) Comunidades de Regantes: aprobación de cuentas por Junta General; ejecución de convenio suscrito entre Comunidades de regantes. E) Concesión de riegos denegada: interpretación del artículo 52.1 Lag. de 1985. **4. Aguas marítimas.** A) Frente a usurpaciones demaniales la Administración ejercerá en cualquier tiempo la potestad de recuperación de oficio. B) Deslinde. a) Declara demanio marítimo lo que por naturaleza es tal, prevaleciendo sobre inscripciones registrales. b) La realización de un deslinde no imposibilita otro posterior más completo. c) Procedimiento de deslinde. d) El deslinde puede ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que no podrá pronunciarse sobre cuestiones de propiedad. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. a) Servidumbre de protección: derecho transitorio. b) Servidumbre de tránsito: el punto desde el que parte su medida viene determinado por el último deslinde practicado. D) Usos privati-

vos del demanio marítimo. a) Edificación. La regla general impide edificar sobre el dominio público marítimo-terrestre. b) Los usos privativos exigen el otorgamiento previo de una concesión administrativa. a') La denegación improcedente del título concesional genera derecho a indemnización. b') La concesión se extingue por transcurso del plazo fijado y por incumplimiento del clausulado. E) Infracciones y sanciones: sólo cabe legalizar obras sin título por razones de interés público. F) Puertos. a) Su naturaleza demanial sujeta los usos a la obtención del correspondiente título administrativo. b) El concesionario debe ejercer su derecho con sujeción al clausulado concesional. a') Las cláusulas de la concesión determinan el modo en que se desarrolla el título. b') Posibilidad de modificar el clausulado: carácter sustancial de las modificaciones y órgano competente. c') El incumplimiento de las condiciones determina la caducidad del título. c) El nexo causal entre inactividad de la Administración portuaria y daños a un buque determina la exigencia de responsabilidad patrimonial.

5. Carreteras. A) Infracciones y sanciones: demolición de casa en zona límite de edificación. B) Estaciones de servicio: autorización de accesos y mejora de enlace. C) Autorización de obras e instalaciones en zona de dominio público. D) Autopistas de peaje: inversión de beneficios que excedan de cierta cantidad. **6. Minas: actividad minera y reordenación de la minería. 7. Patrimonio cultural: autorización sobre cambio de uso de bienes de interés cultural. 8. Fiscalidad sobre bienes públicos.** A) Puertos: compatibilidad entre diversas exacciones. B) Bienes del Estado: Biblioteca pública estatal: exención 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 4203 a la 6530 del RA (cuadernillos 16 a 24) y la Constitucional desde la STC 185/2003, de 23 de octubre hasta la STC 230/2003, de 18 de diciembre.

2. BIENES LOCALES

A) Bienes patrimoniales afectos a fines públicos. Consecuencias en el régimen de utilización

En nuestro ordenamiento jurídico se diferencia entre bienes patrimoniales afectos a fines públicos y no afectos a finalidades públicas. En los afectos a fines públicos prima el inte-

rés público, lo que tiene sus consecuencias en el régimen jurídico de su utilización. Ello puede apreciarse en la **STS de 14 de julio de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6344. En ella se plantea la naturaleza civil o administrativa de un contrato de arrendamiento de una plaza de toros de un Ayuntamiento, que tiene la naturaleza de bien de propios, y la aplicación de la normativa correspondiente en uno u otro caso.

En relación con la calificación del contrato en la STS mencionada se afirma que es un contrato administrativo, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la competencia específica de los Ayuntamientos, por lo que no es aplicable el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, sino el artículo 5.2.b) de la misma Ley de Contratos, siendo competencia de los Municipios las relativas a actividades e instalaciones culturales y deportivas y ocupación del tiempo libre, según el artículo 25.1.m) de la LRBRL de 1985. Para justificar la directa vinculación del contrato a las finalidades públicas de la competencia del Ayuntamiento, sigue diciendo la Sentencia, basta atender a las cláusulas específicas que contiene y que regulan detalladamente el número y circunstancias de los espectáculos que la empresa debe dar en la plaza de toros, con inclusión de la determinación del precio de las entradas, de la fijación de un precio especial de promoción para jóvenes y jubilados y otras circunstancias que demuestran la aludida vinculación.

A continuación, en la Sentencia mencionada se dice que la jurisprudencia que se cita permite considerar como contratos de derecho privado los arrendamientos que recaen sobre un bien patrimonial no destinado a servicio público, ni conectado en cuanto a su utilización y explotación por el arrendamiento a las finalidades públicas de competencia del Ayuntamiento, que constituye exclusivamente una fuente de ingresos de derecho privado para el presupuesto de la Entidad local, pero éste no es el caso decidido por la Sentencia de instancia. En el supuesto que enjuiciamos es plenamente aplicable la Sentencia de esta Sala de 29 de junio de 1990, relativa al arrendamiento de la plaza de toros de propiedad de un Ayuntamiento, en la que claramente se expone que dicho arrendamiento, en cuanto adscrito al desenvolvimiento de un aspecto de la competencia municipal de ocupación del tiempo libre, sin que esto implique desconocer la faceta cultural y la deportiva del espectáculo taurino como tal, constituye un verdadero y propio contrato administrativo.

Finalmente, para la Sentencia citada la calificación administrativa del contrato de arrendamiento conlleva que su extinción no se rige por las normas de derecho privado sino por los preceptos contenidos en la legislación de régimen local y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995.

B) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de bienes destinados a fines educativos

Reiterando jurisprudencia anterior, en la **STS de 5 de marzo de 2003,** Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3475, se afirma que los bienes de los Ayuntamientos destinados a fines educativos competencia del Estado en un primer momento y la Comunidad Autónoma, después del proceso de trasferencia de competencias, no pueden utilizarse a

otros fines sin que previamente se desafecten de acuerdo con las normas especiales que exigen la intervención de la Administración educativa competente. Asimismo, tampoco puede cobrarse un canon por su utilización mientras esté destinado a dicho fin público.

C) Adquisición de bienes. Efectividad de las cláusulas de reversión por incumplimiento de los fines a los que se destinó

El Municipio ha podido adquirir bienes a título gratuito con la obligación de destinarlos a un determinado fin. En caso de que se incumpliera esa obligación, el bien revertiría al propietario que los hubiera cedido. En todo caso, la concurrencia de ese posible incumplimiento dependerá de los términos en que hubiera sido redactada esa condición o carga. Interpretación por los tribunales de una de estas cláusulas que puede apreciarse en la **STS de 4 de julio de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6155.

En particular, en la Sentencia citada se dice que la donación del bien al Ayuntamiento no se realizó en escritura pública, como es requisito de validez exigido por el artículo 633 del Código Civil. No obstante ello, su contenido deriva específicamente de la carta dirigida al Presidente del Ayuntamiento, en la que se expresa que la cesión se realiza para la construcción de un depósito que recoja las aguas excedentes de la fuente, aunque después se expresa la opinión del posible destino que pudieran tener. De ello se deduce, como lo ha hecho la Sentencia impugnada, que el fin u objeto de la donación de la parcela era construir un depósito que recogiese las aguas excedentes de la fuente, y que esta finalidad se sigue cumpliendo, aunque alguna se utilice para cargar una motobomba del servicio de extinción de incendios. La carga impuesta por los donantes al Ayuntamiento donatario era construir un depósito que recoja las aguas excedentes de la fuente. La referencia al destino de las aguas para riego no forma parte de la carga impuesta al Ayuntamiento donatario, ya que se menciona como una simple posibilidad del aprovechamiento de las aguas, pero sin establecerla como carga o condición de la donación. En consecuencia, la sentencia de instancia no ha vulnerado los artículos 619 y 647 del Código Civil, de los que se deriva la facultad de revocar la donación cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que el donante le impuso; ya que, en el supuesto objeto del proceso, el Ayuntamiento no ha incumplido la carga de la donación.

D) Enajenación de bienes. Efectividad de las cláusulas de reversión por incumplimiento de los fines a los que se destinó

Los bienes cedidos por los Ayuntamientos a otras Administraciones con la condición de destinarlos a determinadas finalidades pueden ser objeto de reversión si se incumple la misma.

Para comprobar si se ha producido un incumplimiento de las condiciones de la cesión con la consecuente reversión de los bienes es preciso examinar los términos en los que

está redactada la condición. En este sentido, en la **STS de 23 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4587, se afirma que no es procedente la reversión, al no haberse producido un incumplimiento de la finalidad para la que se cedió gratuitamente el bien y que era destinarlos a determinados fines vinculados al Ejército del Aire. Obligación de destino que puede tener carácter indefinido en el tiempo, si así se estableciera en la condición, tal y como se señala en la **STS de 5 de junio de 2003,** Sección Tercera, Sección Séptima, Ar. 5541.

E) Utilización de los bienes de dominio público. Obligación de cumplir las diversas normas reguladoras de las actividades que se realicen en el dominio público

La utilización de los bienes de las Entidades locales está sometida a lo previsto en el Reglamento de Bienes de las Entidades locales de 1986. No obstante, también deben respetarse las restantes normas aplicables a las diversas actividades que se realicen en el dominio público. En este sentido, en la **STS de 23 de junio de 2003,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 5723, se afirma la necesidad de respetar el Ayuntamiento el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961 para aquellas actividades que organice en un parque. En concreto, en la Sentencia citada se dice que en el primer motivo de casación la parte recurrente alega que la Sentencia recurrida infringe el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con los artículos 2.3, 3.1, y 74 a 91 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986, puesto que al declarar que las instalaciones no podían colocarse en el Parque está condicionando el derecho del Ayuntamiento a usar de un bien del dominio público municipal en la forma que estime pertinente. Dicho motivo es denegado en la Sentencia mencionada porque no existen potestades discrecionales en contra de la legalidad y la sentencia de instancia anula el acuerdo impugnado al comprobar que los ruidos producidos por las atracciones instaladas en el Parque superan ampliamente los límites establecidos en la correspondiente ordenanza y originan molestias insoportables a los vecinos.

F) Potestades administrativas. Recuperación de oficio

La potestad de recuperar bienes de las Entidades locales puede hacerse efectiva tanto para bienes ocupados por particulares como por otras Administraciones. Sobre esta ocupación de bienes locales por parte de otras Administraciones se pronuncia la **STS de 18 de marzo de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3294. En ella se admite el ejercicio de esta potestad, sin que pueda alegarse en su contra la imposibilidad de interponer interdictos prevista en el artículo 101 de la Ley 30/1992.

En concreto, en la Sentencia citada se dice que el artículo 101 de la Ley 30/1992 veta la admisión a trámite de los interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos, realizadas en el ámbito de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido; pero no priva a la Administración local de utilizar el medio de recuperación que previene el artículo 82.a) de la LRBRL de 1985 contra cualquier ocupante de hecho de un bien de dominio público, puesto que la misma circunstancia de esa ocupación fáctica es incompatible con la restricción indicada en cuanto a competencia y pro-

cedimiento adecuado para llevarla a cabo. Por otra parte, el ejercicio de esta potestad recuperatoria no prejuzga la cuestión de titularidad dominical.

G) Varios. Competencia del orden jurisdiccional civil para pronunciarse sobre las cuestiones de propiedad

La competencia sobre las cuestiones de propiedad corresponde a la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de los posibles pronunciamientos prejudiciales que pudieran resultar necesarias en un proceso contencioso-administrativo concreto. En este sentido en la **STS de 15 de abril de 2003,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 4660, se afirma que el debate sobre la propiedad del camino litigioso que se suscita en las demandas ha de tenerse insoslayablemente en la jurisdicción civil mediante el ejercicio de las acciones concernientes al dominio de los bienes. A esta declaración no se opone el que, después de valorar las pruebas practicadas, el tribunal llegue a la conclusión, de carácter prejudicial, de que el camino litigioso es de uso público, según permite, sin género de dudas, el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya decisión, como este mismo precepto establece, no produce efectos fuera del proceso en que se dicta y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente. Declaración que en el supuesto concreto era precisa para pronunciarse sobre la validez de la denegación de la licencia para construir en un camino que solicitó un particular por estimar el Ayuntamiento el camino de uso público.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas subterráneas: proyecto de PHC y déficit de recursos hidráulicos como causa de rechazo de solicitud; sequía extraordinaria que origina denegación de concesión

La **STS de 3 de junio de 2003,** Ar. 5595, entiende correcta la denegación de una concesión de aguas subterráneas solicitada por un particular. No se puede aducir falta de motivación de la Resolución de la CH del Guadalquivir, pues se han respetado las normas aplicables, en concreto, el artículo 184.2 del RDPH que señala que la tramitación de expedientes de concesión de aguas subterráneas ha de realizarse conforme a las normas de carácter general contenidas en dicho Reglamento, y el artículo 108.1 y 2 RDPH que indica que para que prosiga la tramitación de un expediente, el Organismo de cuenca debe apreciar su compatibilidad o no con el PHC. En este supuesto se valoró si la solicitud era compatible con el proyecto de PHC, y dado el déficit de recursos hidráulicos se denegó la solicitud, sin que se haya vulnerado el ordenamiento jurídico.

Fuera de ello, conforme al artículo 56 de la Lag. de 1985 (posterior art. 58 del TR de Lag. de 2001) en circunstancias de sequías extraordinarias o en similares estados de necesidad, el Gobierno, mediante Decreto, podrá adoptar para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión. La **STS de 19 de junio de 2003,** Ar. 4403, analiza un supuesto en el que se trata de averiguar si en virtud del RD

134/1994, de 4 de febrero (sobre medidas administrativas especiales para la gestión de los recursos hidráulicos, dictado en el marco del artículo 56 Lag. de 1985) podía denegarse la concesión de aguas subterráneas solicitada por un particular. El TS estima que aunque el peticionario hubiese probado que en la zona hidrogeológica núm. 3 (Carcelán) había agua sobrante, lo cierto es que en la cuenca hidrográfica del Júcar la situación era deficitaria en aquel momento. Asimismo, ha de rechazarse el argumento del TSJ de Castilla-La Mancha que sostenía que dicho RD no permitía denegar solicitudes, sino sólo reducir o suspender aprovechamientos ya otorgados, y es que aunque no se hubiera aprobado ese RD de 1994 –que sí era vigente–, podía rechazarse también la solicitud controvertida con base en la DT Sexta de la Lag. de 1985. En un sentido similar puede verse la **STS de 3 de julio de 2003,** Ar. 4575.

B) Aprovechamientos hidroeléctricos: inscripción de un aprovechamiento adquirido por prescripción; denegación de concesión basada en discrecionalidad administrativa

Según el artículo 149 de la Lag. de 1879 (derogada por la posterior de 1985), el que durante 20 años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición, continuará disfrutándolo aun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización. La **STS de 26 de mayo de 2003,** Ar. 5504, lleva a recordar necesariamente este precepto por cuanto en ella se analiza la conformidad a derecho o no de una Resolución de la CH del Ebro sobre inscripción en el Registro de Aguas de un aprovechamiento de aguas públicas a favor de la empresa "Hidroeléctricas Riol, SA" adquirido por prescripción. A dicha inscripción se opone el Ayuntamiento de Soriguera (Lérida), aduciendo la infracción de los artículos 90 de la Lag. de 1985 (necesidad de estudio de impacto ambiental), y 111 del RDPH (concurrencia de acto de confrontación como trámite del procedimiento concesional). No obstante, el TS rechaza ese argumento, pues la fecha del inicio del expediente de inscripción del aprovechamiento y del Acta de Notoriedad son de 1984, por lo que resultan inaplicables preceptos cuya entrada en vigor es posterior, siendo correcta la inscripción.

Por otra parte, en la STS de 9 de julio de 2003, Ar. 5453, se confirma la Sentencia de instancia (STSJ de Galicia) que había desestimado el recurso deducido por la entidad "Saltos de Castilla y León, SA" contra un Acuerdo de la Xunta de Galicia de 1994, por la que se denegaba su solicitud para instalar una minicentral. A pesar de que uno de los informes emitidos en el expediente fue favorable al otorgamiento de la concesión, ello no puede equivaler a la decisión final de la Administración, la cual denegó expresamente el aprovechamiento con el motivo de que había una utilización alternativa para esas aguas, más acorde con el interés público según la Administración hidráulica, por lo que la alegación de falta de motivación no puede prosperar a juicio del TS, pues el artículo 57.4 de la Lag. de 1985 (actual art. 59.4 del TR de Lag. de 2001) atribuye al órgano decisor potestad discrecional en este ámbito para el otorgamiento o la denegación.

C) Catálogo de aguas privadas: imposibilidad de inscripción por tratarse de aguas públicas

La **STS de 30 de abril de 2003,** Ar. 4537, considera acertada la resolución denegatoria de la CH del Guadalquivir sobre inscripción de un aprovechamiento de una Comunidad

de regantes en el Catálogo de aguas privadas. No consiguió probarse que se ostentase un título legítimo de aprovechamiento de las aguas, ni público, ni privado. Las aguas, objeto de controversia eran residuales, y si bien el artículo 13 de la Lag. de 1879 disponía que pertenecían a los pueblos "las aguas sobrantes de sus fuentes, cloacas y establecimientos públicos", ello fue derogado por el CC, cuyo art. 407.9 CC prescribió que esas mismas aguas serían de dominio público, y además de carácter estatal según reiterada jurisprudencia (FJ 7º). El título que aduce la Comunidad de regantes es la cesión a su favor con fecha de 24 de septiembre de 1970 de un concreto aprovechamiento de aguas residuales de naturaleza perpetua y gratuita, si bien, como reconoce el TS, esa cesión no fue realizada a dicha Comunidad, sino al Instituto Nacional de Colonización, de manera que aunque mantuviese un vínculo en aquel momento con el citado Instituto, ello no puede servir para argumentar que dicho aprovechamiento se sustente en título válido a su favor en la actualidad.

D) Comunidades de Regantes: aprobación de cuentas por Junta General; ejecución de convenio suscrito entre Comunidades de regantes

A la Junta General de la Comunidad de usuarios, se le atribuye por la Ley de aguas (anterior artículo 76 Lag. de 1985, actual artículo 84 TR de Lag. de 2001), el desempeño de toda función no atribuida específicamente a otro órgano, entre las que se incluye por tanto la aprobación de las cuentas anuales. La **STS de 20 de junio de 2003,** Ar. 5707, da la razón a un particular que había impugnado el Acuerdo de la Junta General de una Comunidad de regantes por el que se aprobaron las cuentas anuales de dicha Comunidad, y considera correcta la anulación de tal Acuerdo por el TSJ de Murcia, por no haber sido sometidas aquéllas previamente a censura de cuentas, como dispone el art. 50 de las Ordenanzas de la mencionada Comunidad. No puede prosperar el argumento del Abogado del Estado basado en la contradicción del art. 50 de las Ordenanzas con el art. 76 de la Lag., ya que el sometimiento de las cuentas al control de censores ajenos a la Comunidad antes de su aprobación por la Junta General se preveía legítimamente por las Ordenanzas, y está dentro de las facultades de autoorganización reconocida a las Comunidades de regantes por la legislación aplicable.

Por otro lado, en la **STS de 17 de junio de 2003,** Ar. 5685, se llega a la conclusión de que la Administración hidráulica sí puede intervenir en la ejecución de un convenio suscrito entre Comunidades de regantes. De ese modo, resulta inadmisible la negativa de la CH del Ebro si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 209.2 del RDPH, según el cual: "Las Comunidades de usuarios podrán solicitar del Organismo de cuenca el auxilio necesario para el cumplimiento de sus acuerdos, relacionados con las funciones de administración, policía y distribución de las aguas y cumplimiento de las Ordenanzas". Así pues, debe prestarse por la Administración competente el auxilio solicitado para llevar a cabo lo contenido en el citado convenio.

E) Concesión de riegos denegada: interpretación del artículo 52.1 Lag. de 1985

De acuerdo con el artículo 52.1 de la Lag. de 1985 (posterior art. 54.1 del TR de Lag. de 2001), el propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso de derecho. En la **STS de 6 de junio de 2003,** Ar. 5546, se interpreta este precepto en un supuesto en el que la parte recurrente, en concreto un particular, pretende la anulación de un Acuerdo de la CH del Guadalquivir denegatorio de una concesión para riegos. El TS estima que si bien el propietario de un terreno tiene un derecho al uso de las aguas pluviales que discurran por el mismo con base en el precepto antes citado, ello no puede equivaler a la reserva de unos caudales de agua calculados en función de la superficie de la finca y de la pluviosidad de la zona, ni mucho menos a la obligatoriedad por parte de la Administración hidráulica de otorgar una concesión, cuando en el expediente concurrió un informe desfavorable.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Frente a usurpaciones demaniales la Administración ejercerá en cualquier tiempo la potestad de recuperación de oficio

Las ocupaciones sin título de bienes del dominio público marítimo-terrestre obligan a la Administración del Estado –como titular de los mismos– al ejercicio en cualquier tiempo de la potestad de recuperación de oficio, ordenando la demolición de las instalaciones indebidamente realizadas sobre los bienes usurpados (**STS de 9 de junio de 2003,** Ar. 5550, FFJJ 1º y 2º).

B) Deslinde

a) Declara demanio marítimo lo que por naturaleza es tal, prevaleciendo sobre inscripciones registrales

Mediante el ejercicio de la potestad administrativa de deslinde la Administración costera pretende acotar los límites del dominio público marítimo-terrestre, integrando expresamente dentro de él lo que por naturaleza –y, a consecuencia de ésta, por reconocimiento normativo– es tal (**SSTS de 12 de junio, 22 y 25 de julio de 2003,** Ar. 5987, FJ 8º, 6169, FJ 1º y 6210) y excluyendo lo que carece de las particularidades exigidas (**SSTS de 10 y 30 de junio y 8 y 21 de julio de 2003,** Ar. 5869, FFJJ 3º y 4º, 5887, FJ 3º, 5936, FJ 3º y 4º, y 5968, FJ 3º). Y ello con independencia de previos aprovechamientos privados del mismo (**SSTS de 2 de junio y 14 de julio de 2003,** Ar. 5590 y 6031), que pueden incluso estar inscritos en el Registro de la Propiedad, pero sobre los que prevalece (**STS de 16 de junio de 2003,** Ar. 5678, FFJJ 2º y 5º).

b) La realización de un deslinde no imposibilita otro posterior más completo

De acuerdo con la doctrina extraíble de las **SSTS de 14 y 22 de julio de 2003**, Ar. 6261 y 6169, la existencia de un deslinde previo no obsta la realización de otro posterior más preciso, aunque la morfología de los terrenos permanezca inalterada. En concreto, el Tribunal afirma expresamente en ambos pronunciamientos que nada impide la realización de ulteriores deslindes:

> "si el llevado a cabo resulta incorrecto, incompleto o inexacto, aunque no haya cambiado la morfología de los terrenos, ya que el dominio público marítimo-terrestre viene configurado por hechos naturales que el deslinde se limita a comprobar",

para añadir, a renglón seguido, que

> "resulta innecesario por esta razón usar el procedimiento de revisión de los actos administrativos, pues con el deslinde no se persigue revisar actos contrarios al ordenamiento jurídico sino la determinación del dominio público marítimo-terrestre a fin de constatar si efectivamente un terreno reúne o no las características contempladas en la Ley de Costas. Y ello cuantas veces fuera necesario, bien de oficio o a petición de cualquier interesado, por lo que no cabe argüir, para impedir el deslinde, la existencia de otro practicado anteriormente".

c) Procedimiento de deslinde

Según indica el artículo 12.2 de la vigente Ley de Costas, la Comunidad Autónoma, los Ayuntamientos y los propietarios afectados por el deslinde deberán ser oídos a lo largo del procedimiento por el que se proceda a aquél, con el fin de que aporten cualesquiera pruebas en defensa de su derecho para su valoración por la Administración (**STS de 7 de julio de 2003,** Ar. 5920, FJ 4º). La omisión de este trámite determina la nulidad procedimental y la obligación de retrotraer las actuaciones al momento anterior a la aprobación del deslinde (**STS de 7 de junio de 2003,** Ar. 5549).

En ningún caso cabe alegar indefensión en los supuestos en que aquellos interesados voluntariamente no hagan uso de este derecho (**SSTS de 16 de junio y 25 de julio de 2003,** Ar. 5678, FJ 3º y 5986).

El artículo 12.7 de la Ley de Costas determina que durante la tramitación de un deslinde del dominio público marítimo-terrestre sólo podrán autorizarse por la Administración obras de emergencia para prevenir o reparar daños. Esta eventualidad no se entiende presente en el supuesto analizado por la **STS de 26 de junio de 2003,** Ar. 5738, que califica a las actuaciones planteadas como obras de ornato, conservación y consolidación.

d) El deslinde puede ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que no podrá pronunciarse sobre cuestiones de propiedad

Como se hizo constar en anteriores comentarios aparecidos en esta Revista, los afectados por la resolución de deslinde pueden oponérsele judicialmente en vía contencioso-administrativa. Este orden jurisdiccional es competente para revisar todas las decisiones adoptadas por la Administración a lo largo del procedimiento (incluidas modificaciones en la línea de trazado que, de demostrarse no sustanciales, resultan irrelevantes, **STS de 14 de julio de 2003,** Ar. 6030), siempre, eso sí, que no entre en cuestiones de propiedad. Así vuelven a recordarlo las **SSTS de 9, 10 y 30 de junio, 8 y 21 de julio y 24 de septiembre de 2003,** Ar. 5550, FJ 3º, 5869, FJ 2º, 5887, FJ 1º, 5936, FJ 2º, 5968, FJ 2º y 6439, respectivamente.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

a) Servidumbre de protección: derecho transitorio

La Disposición Transitoria Tercera.2 de la Ley de Costas establece, por lo que respecta a la sujeción a las servidumbres legalmente establecidas, que los terrenos que a la entrada en vigor de la misma tuviesen la calificación de suelo urbanizable programado o apto para la urbanización podrán seguir manteniendo el aprovechamiento urbanístico que tenían atribuido, para añadir en su apartado b) que, no obstante, "si no cuentan con Plan Parcial aprobado definitivamente, dicho Plan deberá respetar íntegramente las disposiciones de esta Ley, siempre que no se dé lugar a indemnización de acuerdo con la legalidad urbanística". El supuesto enjuiciado por la **STS de 16 de junio de 2003,** Ar. 4604, viene referido a unos terrenos con tal calificación y con Plan Parcial aprobado pero no publicado; hecho este último que, a juicio del Tribunal, determina la aplicación del meritado apartado b) y la negación de cualquier indemnización a los propietarios afectados por las limitaciones inherentes a aquellas servidumbres.

Por su parte, el apartado 3 de esa misma Disposición Adicional Tercera se refiere a los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley, sujetando los mismos a las servidumbres establecidas en la Ley de Costas. Este carácter de suelo urbano no puede probarse respecto de las superficies a que se refiere la **STS de 8 de mayo de 2003,** Ar. 4563, por lo que no les sería de aplicación la previsión aludida.

b) Servidumbre de tránsito: el punto desde el que parte su medida viene determinado por el último deslinde practicado

La servidumbre de tránsito –extensible seis metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar– debe permanecer, como establece expresamente el artículo 27 de la Ley de Costas, permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento. No cabe, por tanto, proceder al cerramiento de los terrenos afectados por la misma, y menos bajo el peregrino argumento de considerar que la línea desde la que arranca su extensión ha variado respecto de la que

indica el último deslinde practicado como consecuencia de rellenados de tierra (**STS de 3 de junio de 2003,** Ar. 5597).

D) Usos privativos del demanio marítimo

a) Edificación. La regla general impide edificar sobre el dominio público marítimo-terrestre

De acuerdo con lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Costas, sólo podrá otorgarse la preceptiva concesión de ocupación del dominio público costero cuando las obras proyectadas sobre el mismo no puedan tener, por su naturaleza vinculada a aquél, otra ubicación. Obviamente, no ocurre esto con las estaciones de servicio (supuesto al que se refiere la **STS de 17 de julio de 2003,** Ar. 6101), 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 denegación improcedente del título concesional genera derecho a indemnización

En el supuesto contemplado por la **STS de 30 de junio de 2003,** Ar. 5886, se enjuician las consecuencias de la denegación de concesión administrativa para instalar un kiosko-bar en una playa de Málaga; concesión a cuyo otorgamiento se había comprometido previamente la Administración como contraprestación por la demolición del edificio que su titular destinaba a esa actividad. Probado, por tanto, el lucro cesante, declara procedente la consiguiente indemnización.

b') La concesión se extingue por transcurso del plazo fijado y por incumplimiento del clausulado

La causa habitual de extinción de los títulos concesionales es el transcurso del plazo de tiempo fijado en los mismos, nunca superior a treinta años *ex* artículo 66.2 de la Ley de Costas. En atención a este límite, cabe revisión por parte de la Administración de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de este texto, sin indemnización (**STS de 25 de julio de 2003,** FJ 5º, Ar. 5987), y con el fin de adecuarlas a tal nuevo criterio de ocupación del demanio costero. En ningún caso el retraso del poder público en proceder a tal revisión va a implicarle una privación del ejercicio de potestades propias, tal como lo entiende la **STS de 17 de septiembre de 2003,** Ar. 6421.

Transcurrido el plazo citado, no puede considerarse que la demora de la Administración costera en dictar un acto expreso declarativo de tal extinción suponga una prorroga tácita del título (**STS de 20 de junio de 2003,** Ar. 5711). De la misma manera que tampoco cabe aducir indefensión por la incoación del expediente de extinción concesional con carácter previo a la resolución administrativa sobre petición de prórroga de la misma, a

la que en ningún caso prejuzga (**STS de 19 de junio de 2003,** Ar. 5700). Tampoco, por fin, pueden alegarse alteraciones en la naturaleza demanial de los bienes para evitar tal extinción habida cuenta la aceptación que de aquélla supone el propio disfrute de la concesión (**STS de 25 de septiembre de 2003,** Ar. 6494). Y, por supuesto, no cabe exigir indemnización por unos daños y perjuicios inexistentes en relación a un bien de dominio público y a un título concesional finito de uso y aprovechamiento (**STS de 16 de mayo de 2003,** Ar. 4758).

Debe conocerse asimismo que, en la medida en que las condiciones fijadas en las cláusulas concesionales son obligatorias para las partes, su incumplimiento determina la caducidad del título. Así ocurre en los supuestos enjuiciados por las **SSTS de 8 y 15 de julio de 2003,** Ar. 6219 y 5961, en los que, para oponerse a esta realidad jurídica, no cabe aludir, respectivamente, ni a una confusión de concedente y concesionario en la misma persona (por adjudicación de la concesión a la Administración en pública subasta derivada de un procedimiento de apremio por impago de deuda tributaria, demostrada irrelevante en primera instancia), ni a una hipotética desafectación táctica de los bienes –demostrada inexistente– que justificaría el cambio de destino de los bienes concedidos (desde usos comerciales a vivienda).

Finalmente ha de recordarse que, en consonancia con lo comentado en anteriores entregas de esta Revista, y contra lo que es regla general *ex* Disposición Transitoria Segunda.2 de la Ley de Costas, existen concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación anterior que no producen como efecto la transmutación de un bien demanial en privativo. Se trata, sobre todo, de concesiones sometidas a condición, pudiendo consistir ésta en la dación de un destino determinado a los bienes (cultivo agrícola en los supuestos resueltos por las **SSTS de 3 de junio y 2 de julio de 2003,** Ar. 5778 y 4570). Pues bien: en estos casos y en otros análogos, el incumplimiento de la cláusula concesional es determinante de la caducidad del título.

E) Infracciones y sanciones: sólo cabe legalizar obras sin título por razones de interés público

La construcción en zona de demanio costero sin previa concesión o autorización administrativa constituye, según dispone el artículo 91 la Ley de Costas, una infracción administrativa grave a la que se anuda la correspondiente sanción, así como el deber de reposición. Esto no es óbice, sin embargo (Disposición Adicional Cuarta de la misma norma), para que en algunos supuestos particulares, y por razones de interés público, pueda procederse a una legalización de este tipo de actuaciones. Este interés no se percibe en los supuestos resueltos por las **SSTS de 24 de junio de 2003,** Ar. 6282 (en que la presencia de informes no atendidos favorables a la legalización en nada presupone, contra lo alegado por el recurrente, ni un derecho a la misma ni una vulneración de la doctrina de los actos propios y del principio de confianza legítima), **25 de junio de 2003,** Ar. 5427 (en que la existencia previa de licencia municipal y Plan General de Ordenación Urbana calificando la superficie como suelo urbano no altera la ilegalidad de las viviendas construidas, dada la prevalencia de la concesión demanial), y **21 de julio de 2003,** Ar. 6168 (que reitera una doctrina previamente expuesta en esta Revista, y que diferencia entre tal

interés público e "interés del público"; conceptos que a veces interpenetran pero que se diferencian claramente por la amplitud de fines).

El interés público sí se aprecia, por el contrario, en el supuesto atendido por la **STS de 17 de septiembre de 2003,** Ar. 6358, en que una terraza anexa a un bar tiene efectos beneficiosos para prevenir y remediar avenidas torrenciales, dada la proximidad de la zona ocupada a una escorrentía que descarga en la playa con riesgo de inundaciones. Por esta razón, cabe proceder a su legalización.

F) Puertos

a) Su naturaleza demanial sujeta los usos a la obtención del correspondiente título administrativo

La naturaleza jurídica de los puertos es la de bienes demaniales, lo que determina la aplicación a los mismos de los principios y reglas inherentes a las propiedades públicas. Es por ello por lo que la realización de cualquier actividad que los tenga como basamento físico requiere del correspondiente título administrativo.

Éste es el caso de la construcción y explotación de una instalación náutico-deportiva; uso privativo que, en cuanto tal, demanda una concesión administrativa entre cuyas cláusulas puede encontrarse, perfectamente, la exigencia de fianza para preservar el dominio público afectado, tratándose como se trata esta última de una obligación estatal *ex* artículo 20 de la Ley de Costas (**STS de 9 de junio de 2003,** Ar. 4374).

También es el caso de los usos provisionales, sujetos a una autorización administrativa temporalmente limitada, a cuya finalización deberá el beneficiario desalojar la porción de demanio usada, sin que quepa oponer por parte de éste un pretendido derecho previo a continuar en tal uso (**STS de 3 de junio de 2003,** Ar. 5596).

b) El concesionario debe ejercer su derecho con sujeción al clausulado concesional

a') Las cláusulas de la concesión determinan el modo en que se desarrolla el título

Puesto que las cláusulas de la concesión son vinculantes para las partes, la fijación expresa en ellas de la legislación aplicable al título impide el reclamo de otra normativa más favorable. Éste es el caso que analiza la **STS de 7 de julio de 2003,** Ar. 5447, en la que las partes sometían expresamente su desarrollo a la Ley de Puertos vigente en el momento en que se otorgó la concesión (Ley de Puertos de 1928). Pues bien: esta Ley no preveía la reversión a favor de la Administración de los bienes afectos a las instalaciones portuarias concedidas, dejándolos a la libre disposición del concesionario. Es por esta razón que no debe estimarse la pretensión de la Administración de aplicar al caso enjuiciado lo establecido en la Ley de Contratos (justamente lo contrario), con un pretendido amparo en la naturaleza contractual del título.

b') Posibilidad de modificar el clausulado: carácter sustancial de las modificaciones y órgano competente

Por supuesto, y como se ha indicado *supra*, tales títulos concesionales exigen del concesionario del demanio portuario la sujeción a las cláusulas que determinen en cada caso; cláusulas con las que inicialmente puede disentir, presentando sus reparos a lo largo del procedimiento de otorgamiento (**STS de 26 de mayo de 2003,** Ar. 5574). No obstante, si esos reparos son sustanciales –planteando en realidad una auténtica modificación de las condiciones que pretende imponer el título–, la Administración puede declarar la conclusión del expediente (artículo 146 del Reglamento de Costas vigente) sin que esto vulnere la doctrina de los actos propios, ceñidos exclusivamente a las condiciones ofertadas en la concesión (**STS de 23 de abril de 2003,** Ar. 4677). También puede pretender aquél una ampliación de su contenido originario, en cuyo caso deberá dirigirse a la Administración competente que, en ningún caso, podrá verse sustituida por los Tribunales en el ejercicio de esta potestad discrecional so pena de exceso de jurisdicción (**STS de 6 de junio de 2003,** Ar. 6134).

c') El incumplimiento de las condiciones determina la caducidad del título

Es evidente que el incumplimiento del clausulado concesional determina la declaración de caducidad del título, tal y como sucede en los supuestos enjuiciados por las **SSTS de 17 de junio de 2003,** Ar. 5684 (en que el concesionario extiende ilegítimamente su aprovechamiento privativo a unos viales de uso y dominio público no contemplados en la concesión portuaria), **7 de julio de 2003,** Ar. 6158 (en que desoye las condiciones sobre mantenimiento de usos y tráfico mínimo) y **1 de julio de 2003,** Ar. 5894 (en que, simple y llanamente, cesa en el uso, no estando legitimado además, por esta razón, para proceder a una transmisión *inter vivos* del título, expresamente prohibida por el artículo 70 de la Ley de Costas).

c) El nexo causal entre inactividad de la Administración portuaria y daños a un buque determina la exigencia de responsabilidad patrimonial

Según establece la **STS de 20 de junio de 2003,** Ar. 5709, corresponde a la Administración –sin posibilidad de resarcimiento posterior– la asunción de los gastos derivados de la extracción de los restos de un naufragio cuando el mismo no es consecuencia de culpa o negligencia de la tripulación sino de una deficiente realización de las funciones de vigilancia de la seguridad del tráfico marítimo encomendadas a las autoridades portuarias.

5. CARRETERAS

A) Infracciones y sanciones: demolición de casa en zona límite de edificación

En la **STS de 6 de mayo de 2003,** Ar. 4555, el TS confirma la decisión del TSJ de Galicia de 22 de noviembre de 1997, que consideró ajustada a Derecho la Resolución del

Ministerio de Obras Públicas de decretar la demolición de una casa construida a 15 metros de la arista exterior de la explanación de una carretera nacional, por infracción de lo establecido en el artículo 25.1 de la Ley de Carreteras de 1988 (LCarr), que establece una línea límite de edificación de 25 metros en este tipo de vías. Además, también se había impuesto una sanción pecuniaria.

En el presente caso, el recurrente alegó la existencia de caducidad del procedimiento, por el transcurso de los plazos legales previstos para dictar resolución.

Frente a ello, el TS considera que es aquí aplicable el artículo 27.3 de la LCarr, que establece que la adopción de los acuerdos oportunos por parte de la Administración (en este caso, la demolición), se realizará sin perjuicio de las sanciones y responsabilidades que sean procedentes.

Por este motivo, el TS estima que el régimen de caducidad aplicable a la demolición debe ser diferente del aplicable al régimen sancionador, y por lo tanto debe ser aquí el general, propio de los procedimientos administrativos iniciados de oficio.

Y como el procedimiento se inició dentro de los 18 meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 (al que hace referencia la Disposición Adicional Tercera de ésta), se aplica la normativa anterior (LPA de 1958), en donde no existía ningún plazo de caducidad en los procedimientos sancionadores.

Tampoco existe aquí prescripción, pues no ha transcurrido el plazo legalmente establecido para ello; y no puede igualmente alegarse que existía licencia municipal y que el terreno donde se hallaba la casa iba a ser urbanizado por el MOPU, pues en esta zona límite de edificación no cabe legalizar construcción nueva alguna.

B) Estaciones de servicio: autorización de accesos y mejora de enlace

En el presente caso, la **STS de 8 de mayo de 2003,** Ar. 4453, estima en la forma (entrando así a enjuiciar el recurso presentado en primera instancia) el recurso de casación interpuesto y anula la Sentencia del TSJ de Madrid de 1998 (que había inadmitido a trámite el recurso), que había confirmado la decisión de la Administración de no autorizar la instalación de una estación de servicio, al estar en tramitación todavía un Estudio Informativo de reordenación de accesos y áreas de servicio en aquella zona.

Sin embargo, en los aspectos de fondo se confirma la decisión de la Administración, por considerar que el proyecto presentado por el solicitante de la autorización era insuficiente, y no cumplía con lo establecido en los arts. 21, 22 y 23.4 de la LCarr de 1988 y 55 y 68.1 de su Reglamento (RD 1812/1994).

C) Autorización de obras e instalaciones en zona de dominio público

Por otra parte, en la **STS de 4 de julio de 2003,** Ar. 5828, se confirma la STSJ de La Rioja de 1998, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ENAGAS, SA contra una Resolución de la Demarcación de Carreteras del Estado de 1995, que había autorizado la instalación de una tubería de gas cruzando la autopista A-68 para el suministro a un polígono industrial, pero imponiendo la condición de la prestación de un aval de 15 millones de pesetas y un plazo de validez de 10 años para garantizar las condiciones a las que se sometió la autorización concedida.

En este caso, se estima que la Administración ha aplicado incorrectamente los artículos 21.3 y 29 de la LCarr (que permiten el otorgamiento de autorizaciones de obras en la zona de dominio público de las carreteras cuando se trate de la prestación de un servicio de interés general), así como también los artículos 92 y 94 de su Reglamento (RD 1812/1994).

D) Autopistas de peaje: inversión de beneficios que excedan de cierta cantidad

En la **STS de 23 de junio de 2003,** Ar. 4586, se confirma la decisión del TSJ de Cataluña, de 1995, que desestimó el recurso presentado por la concesionaria de autopistas ACESA frente a un requerimiento de la Administración estatal para que realizara una propuesta de inversiones en el plazo de 2 meses, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 165/1967, de 26 de enero, que obliga a esta concesionaria a destinar un 50 por ciento de los beneficios que excedan del 15 por ciento de su capital nominal para realizar inversiones en los distintos tramos de la autopista.

¿Se encuentra en vigor el citado Decreto tras la aprobación de la Ley de Autopistas de 1972 (Ley 8/1972) y el Pliego General de 1973 (Decreto 215/1973)? Pues la respuesta es afirmativa, según el Tribunal Supremo, y más en concreto el artículo 7 del Decreto 165/1967, que contiene la citada previsión de obligación de destino de los beneficios de la concesionaria, que sí que se encontraba en vigor en el momento en que planteó este litigio (sin embargo, ha sido derogado por el RD 2346/1998, de 23 de octubre).

Además, la Ley 8/1972 y el Decreto 215/1973 no prohíben que se acuerden sistemas de inversión de beneficios como el aquí objeto de controversia.

6. MINAS: ACTIVIDAD MINERA Y REORDENACIÓN DE LA MINERÍA

Sobre esta materia, destaca en primer lugar la **STS de 14 de julio de 2003,** Ar. 5456, que revoca la Sentencia del TSJ canario de 1999 y considera ajustada a Derecho la Resolución de la Administración autonómica que estableció determinadas condiciones (prohibición de acceso de personas que no tengan instalado cabrestante homologado y necesidad de que la maquinaria a instalar cuente con marca CE) en la aprobación del proyecto de instalación de maquinaria y electrificación en un pozo de captación de aguas subterráneas situado en una explotación minera. Por ello, estima el TS que no existe obligación de

indemnización por parte de la Administración. Se estima, en definitiva, que se ha aplicado correctamente lo establecido en el RD 863/1985 y demás normas que regulan esta materia.

Por otra parte, en la **STS de 21 de julio de 2003,** Ar. 5970, se desestima el recurso de casación y se confirma la decisión del TSJ de Madrid de 1998, que consideró adecuada a Derecho una Resolución del Ministerio de Industria y Energía de 1996, sobre compensaciones a una empresa en relación con el Plan de Reordenación de la Minería del Carbón.

Estas compensaciones se establecieron para minorar los costes de generación de centrales eléctricas, y se calculaban según un aspecto laboral (que la reducción de personal fuera autorizada por el Ministerio de Trabajo) y otro relativo a la reducción de la producción.

La controversia se refiere aquí al segundo aspecto, sobre el que el TS argumenta con base en lo establecido en la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 6 de julio de 1994, la de 20 de diciembre de 1994 y la Resolución de 29 de julio de 1994 (que desarrolla la primera), y llega a la conclusión de que para determinar el importe a compensar deberá tenerse en cuenta la planificación administrativa establecida para 1993.

Y, por ello, como en este caso 10.915 toneladas sobre 22.715 suministradas con autorización en 1993 no se encontraban planificadas (sino que fueron autorizadas con carácter excepcional), no deben incluirse dentro de las que deben ser objeto de la compensación económica.

7. PATRIMONIO CULTURAL: AUTORIZACIÓN SOBRE CAMBIO DE USO DE BIENES DE INTERÉS CULTURAL

En relación con este punto, debe mencionarse la **STS de 23 de junio de 2003,** Ar. 4443, que confirma la decisión del TSJ castellano-leonés de 1996, que anuló un acuerdo de la Administración autonómica por el que se había declarado ésta incompetente para decidir sobre una solicitud de autorización de uso como bodega de embotellado y elaboración de vino de un edificio construido junto al Castillo de Fuentidueña (declarado este último como Bien de Interés Cultural).

En aplicación del artículo 19.3 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, la Administración consideró que no era competente para otorgar la autorización, al no estar la bodega integrada dentro del Castillo.

Pero el TSJ y el TS consideran que es de aplicación el artículo 36.2 de la mencionada Ley, y por tanto sí que es preciso autorización en este caso, pues se trata de un cambio de uso de un inmueble afectado por una declaración de Bien de Interés Cultural.

Se confirma la línea seguida por el TS en otras dos Sentencias anteriores sobre el mismo supuesto (en concreto, las de 21 de noviembre de 2000, Ar. 9864 –véase crónica en número 12 de esta Revista-; y de 14 de febrero de 2001, Ar. 1745).

8. FISCALIDAD SOBRE BIENES PÚBLICOS

A) Puertos: compatibilidad entre diversas exacciones

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de diciembre 2002** (JT 2003, 1243), desestima el recurso interpuesto por una empresa titular de una concesión administrativa. Se ocupa la superficie portuaria con un muelle destinado al tráfico de mercancías propias. Pues bien, la concesionaria abonaba tradicionalmente un canon por ocupación de esa superficie. Por aplicación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, se le exige además un canon o tasa de actividad industrial por las mercancías movidas anualmente por el muelle (tarifa C-7). El TSJ entiende, como la Autoridad Portuaria, que ambas prestaciones son compatibles, y que no puede admitirse la alegación de que la actividad realizada debe destinarse al público para poder someterla a la referida tarifa C-7. De la lectura del artículo 69 bis de la Ley 27/1992 resulta que la exigencia de la tasa de actividad se vincula a la prestación de servicios al público o al desarrollo de actividades comerciales o industriales todo ello en el ámbito portuario. Frente al argumento de la recurrente de que no hay actividad al público, entiende el TSJ que el desarrollo de la actividad debe ir destinada al público cuando se trate de "prestación de servicios", pero no necesariamente en el caso de actividad comercial o industrial, que bien puede ir referida a mercancías propias.

B) Bienes del Estado: Biblioteca pública estatal: exención en el IBI

Se plantea la posible exención en el IBI de una biblioteca pública, lo que había sido rechazado por el TSJ que dictó la sentencia recurrida por la Administración General del Estado (Castilla-La Mancha), así como por otros Tribunales. La cuestión se contrae a determinar si una biblioteca pública puede considerarse como un bien directamente afecto a los servicios educativos y, por tanto, exento de este Impuesto. El Tribunal Supremo, en su **STS de 2 de julio 2003,** Ar. 4596, acoge el argumento del Abogado del Estado según el cual puede referirse a todos los servicios relacionados directamente con la enseñanza, la educación y la cultura.

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) Inejecución por España de una Sentencia del Tribunal de Justicia en materia de calidad de aguas de baño. Condena a pagar una multa coercitiva. Forma de determinación de su cuantía. B) Utilización o liberación de Organismos o microorganismos modificados genéticamente. Incumplimientos de Estado. Papel de las normas de derecho administrativo y de los principios generales del derecho en la aplicación del derecho comunitario al lado de las normas específicas de trasposición. La seguridad de las instalaciones. C) Directiva de Evaluación de impacto ambiental y licencia de explotación minera otorgada sin previa evaluación. Plena aplicabilidad del derecho comunitario sobre normativas internas interpretables de forma distinta. Derechos de los particulares para invocar la aplicación de directivas. El principio de cooperación leal entre Estados. D) Zonas de Especial Protección de las Aves. Infracción de la Directiva 92/43/CE al autorizar la ampliación de un campo de golf a pesar de las conclusiones negativas de una evaluación. Procedencia del pronunciamiento del Tribunal pese a existir una Sentencia anulatoria interna. **3. Actividades clasificadas.** A) Prohibida la instalación de actividades de feria en el emplazamiento habitual al producir molestias insoportables a los vecinos. B) No puede imponerse de plano nuevas medidas correctoras a una actividad que se viene ejerciendo con licencia. C) Responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Sevilla por vulneración de derechos fundamentales al desestimar por silencio administrativo la solicitud de cierre inmediato de una discoteca por exceso de ruidos y vibraciones. **4. Evaluación de impacto ambiental.** A) Eficacia del estudio ambiental previo al otorgamiento de autorizaciones y concesiones de actividades que pudieran implicar riesgos para el medio ambiente acuático del artículo 90 de la Ley de Aguas. B) La Declaración de Impacto Ambiental se configura como un acto de trámite no impugnable directamente en sede jurisdiccional. **5. Espacios Naturales Protegidos. Los Planes Rectores de Uso y Gestión no son reglamentos de ejecución de la legislación básica que requieran informe del Consejo de Estado. 6. Aguas continentales.** A) Delito ecológico: granja sin licencia

administrativa que oculta balsa de purines con vertido a torrente. B) Protección piscícola: jurisprudencia constitucional sobre colisión competencial entre las materias pesca fluvial (autonómica) y aprovechamientos hidráulicos (estatal en cuencas intercomunitarias). C) Vertido de aguas residuales: suspensión de autorización por rebasar límites contaminantes; infracción por ausencia de autorización. **7. Aguas marítimas.** A) Cabe expropiar terrenos sitos en zonas de servidumbre de protección por razones ambientales. B) La modificación sustancial de los límites de los puertos exige evaluación de impacto ambiental. **8. Minas. Evaluación de impacto ambiental. 9. Fiscalidad medioambiental.** A) Cánones de saneamiento autonómicos. naturaleza de impuesto y no de tasa y aplicación del principio de reserva de ley. B) Otros tributos medioambientales. El Impuesto gallego sobre la contaminación atmosférica: declaración positiva de constitucionalidad por el TSJ de Galicia. C) Incentivos fiscales medioambientales. El Impuesto sobre Sociedades: deducciones por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de noviembre y diciembre de 2003 y enero de 2004; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia 4203 a la 6530 del RA (cuadernillos 16 a 24) y la Constitucional desde la 185/2003, de 23 de octubre, hasta la 230/2003, de 18 de diciembre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Inejecución por España de una Sentencia del Tribunal de Justicia en materia de calidad de aguas de baño. Condena a pagar una multa coercitiva. Forma de determinación de su cuantía

El Tribunal de Justicia en Pleno ha dictado una muy interesante **STJCE de 25 de noviembre de 2003, asunto C-278/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España. El supuesto de hecho versa sobre la inejecución de la Sentencia del Tribunal de 12 de febrero de 1998 (asunto C-92/96) que opuso a la Comisión contra el Reino de España y que supuso la condena de éste por no haber adoptado las obligaciones que le imponía el art. 4 de la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño, y para que las aguas españolas se adecuaran a los valores límites fijados en el art. 3 de dicha Directiva.

La primera cuestión de la que se trata es la de la constatación del incumplimiento de la Sentencia. Frente a las alegaciones del Reino de España de las dificultades de cumplimiento de la Sentencia en virtud de las especificidades de las aguas españolas, el Tribunal constata, sin más, dicha inejecución en cuanto que han pasado más de tres temporadas de baño del límite que se fijó para su cumplimiento en el día 27 de febrero de 2000.

La cuestión fundamental es la de la fijación de la cuantía y régimen jurídico de la multa coercitiva a la que se refiere el art. 228 del Tratado de la Comunidad. Existe un método de cálculo de la multa previsto en algunas comunicaciones de la Comisión a las que se hace referencia en el punto 36 de la Sentencia que comentamos. Sobre dicha base, la Comisión solicita una multa de 45.600 euros por día de retraso en la ejecución. A la misma llega operando sobre una base uniforme de 500 euros a la que multiplica por un coeficiente 4 (en una escala de 1 a 20) por la gravedad de la infracción, un coeficiente de 2 (en una escala de 1 a 3) por la duración de la infracción y un coeficiente de 11.4, basado en el producto interior del Estado miembro de que se trata y en la ponderación de sus votos en el Consejo de la Unión Europea.

Dejando ahora de lado las alegaciones contrarias del Reino de España, nos referimos, simplemente, a la respuesta del Tribunal de Justicia. Éste comienza razonando sobre su libertad de fijación, no predeterminada, en modo alguno, por las peticiones de la Comisión tal y como ya estableció en la Sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión/Grecia, en el asunto C-387/97, apartados 89 y 90. Como en estos apartados se dijo, la fijación de la multa debe ser adecuada a las circunstancias y, por otra parte, proporcionada respecto del incumplimiento declarado así como de la capacidad de pago del Estado miembro de que se trate.

Punto fundamental de la decisión del Tribunal va a ser la periodicidad de la multa coercitiva. Frente a la petición de la Comisión de que sea una multa diaria, el Tribunal establece su carácter de multa anual dado que también la evaluación del estado de las aguas de baño se hace anualmente y, por tanto, sólo anualmente podrá considerarse el estado de incumplimiento del país tras la presentación del correspondiente Informe.

La multa debe ser, también, adecuada al grado de incumplimiento, por lo que deberá fijarse un sistema que permita apreciar la progresividad del cumplimiento.

Reconoce también el Tribunal la dificultad de cumplimiento de una Sentencia como la de 12 de febrero de 1998, por lo que considera excesivo el coeficiente de 2 solicitado por la Comisión de entre una escala de 1 a 3, por lo que lo fija en 1'5. Le parecen, sin embargo, correctos los otros coeficientes sobre la gravedad y la capacidad de pago del país.

De las correspondientes operaciones matemáticas resultaría una cantidad de 12.483.000 euros al año. Esa cantidad se ha hecho sobre la base del incumplimiento del 20 por ciento de las zonas de baño de España. Quiere ello decir que a cada 1 por ciento de incumplimiento le corresponde una multa coercitiva de 624.150 euros anuales. La conclusión final, entonces, es que "procede condenar al Reino de España a pagar a la Comisión, en la cuenta "recursos propios de la Comunidad Europea", una multa coercitiva de 624.150

euros al año por cada punto porcentual de zonas de baño en las aguas interiores española cuya no conformidad con los valores límite fijados en virtud de la Directiva quede demostrada respecto del año en cuestión, a partir del momento en que se evalúe la calidad de las aguas de baño correspondiente a la primera temporada de baño siguiente al pronunciamiento de la presente sentencia y hasta el año en el que se complete la ejecución de la Sentencia Comisión/España, antes citada" (apartado 62).

B) Utilización o liberación de Organismos o microorganismos modificados genéticamente. Incumplimientos de Estado. Papel de las normas de derecho administrativo y de los principios generales del derecho en la aplicación del derecho comunitario al lado de las normas específicas de trasposición. La seguridad de las instalaciones

Las Sentencias relativas a incumplimientos de Estado en el ámbito de los Organismos modificados genéticamente (OMG) comienzan a aparecer con una cierta profusión (*vid.* el núm. 22 de esta misma Revista). En esta entrega tenemos ocasión de comentar dos Sentencias relativas a algunos incumplimientos de la República Francesa en relación a determinadas prescripciones de normativa comunitaria.

Así, la **STJCE de 20 de noviembre de 2003,** (Sala Sexta), **asunto C-296/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, declara el incumplimiento de este país de diversas obligaciones que le correspondían en virtud de la Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, en su versión modificada por la Directiva 97/35/CE de la Comisión, de 18 de junio de 1997, por la que se adapta al progreso técnico por segunda vez la Directiva 90/220.

La Sentencia que comentamos presenta el atractivo de combinar en sus respuestas tanto las normas internas francesas relativas a la trasposición de la Directiva mencionada (la Ley 92-654, de 13 de julio de 1992 y Decretos de desarrollo) como algunas normas de derecho administrativo general relativas a la motivación de los actos administrativos y los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Ello en el marco de un recuerdo del Tribunal (*vid.* punto 55 de la Sentencia) a su jurisprudencia tradicional acerca de que "la adaptación del derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro (...) ya que para el cumplimiento de una directiva puede bastar, en función de su contenido, un contexto jurídico general". La idea se refuerza indicando que "En particular, la existencia de principios generales de Derecho constitucional o administrativo puede hacer superflua la adaptación del Derecho interno mediante medidas legales o reglamentarias específicas, siempre que, no obstante, dichos principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva por la administración nacional y que, en el caso de que la disposición controvertida de la directiva tenga por objeto crear derechos para los particulares, la situación jurídica que se desprenda de dichos principios sea suficientemente precisa y clara y que los beneficiarios estén en condiciones de conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, de invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales".

En función de todo ello la Sentencia establece la necesidad de que el derecho interno francés establezca de forma clara y trasparente las circunstancias en las que puede aceptarse una sola notificación para diversas liberaciones de OMG (art. 5.3 Directiva 90/220) y ello porque la norma de trasposición no lo hace; por el contrario, se considera que las normas de derecho interno francés sobre motivaciones y silencio administrativo negativo, bastan para el cumplimiento de lo relativo a plazos de notificación y contenido de ésta establecidos en el art. 6.2 de la Directiva 90/220 y relativos a la solicitud de autorización de liberación de OMG. Por otra parte se considera insuficiente el derecho francés en relación al contenido de la notificación que el fabricante de un producto o el importador de éste en la Comunidad debe presentar a la autoridad competente del Estado miembro en que el producto sea comercializado por primera vez (art. 11.1 Directiva 90/220). El Tribunal, en otro orden de cosas, estima presente en el derecho francés la obligación que establece el art. 11.6 de la Directiva 90/220 relativa a la obligación de notificación de toda persona que haya recibido una autorización de liberación de OMG o de comercialización de un producto compuesto total o parcialmente de OMG, de cualquier nuevo dato que pueda modificar la apreciación del riesgo para la salud pública o el medio ambiente. Por el contrario, se considera que ninguna norma francesa recoge el principio del art. 19.2 y 3 de la Directiva 90/220 relativo a la petición de confidencialidad en cuanto a su "justificación verificable" que cualquier notificador puede realizar a la autoridad competente a los efectos de proteger su competitividad en el mercado.

En la **STJCE de 27 de noviembre de 2003,** (Sala Sexta), **asunto C-429/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, se declara el incumplimiento de algunas obligaciones que le corresponderían a este país en virtud de la Directiva 90/219/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (MOMG), en su versión modificada por la Directiva 94/51/CE, de la Comisión, de 7 de noviembre de 1994, por la que se adapta al progreso técnico la anteriormente citada. Las principales cuestiones ventiladas en esta Sentencia hacen referencia a la seguridad de las instalaciones en las que deba tener lugar la utilización de los MOMG.

Así, la Sentencia declara el incumplimiento de la normativa francesa en lo relativo al plan de emergencia a que hace referencia el art. 14.a) de la Directiva 90/219. Para ello se interpreta el precepto comunitario en el sentido de que no hay posibilidad de exenciones genéricas de instalaciones donde tenga lugar la utilización de MOMG de la obligación de realizar un plan de emergencia. El derecho interno debe reconocer la necesidad de que se juzgue caso por caso en función de los riesgos correspondientes sobre la necesidad de disponer de dicho plan.

El art. 14.1.b) de la Directiva (modificada en este punto por la Directiva 98/81/CE) dispone que todas las personas que puedan verse afectadas en caso de accidente, estén adecuadamente informadas, sin que deban solicitarlo, sobre las medidas de seguridad y el comportamiento que deben observar en caso de accidente. El Tribunal, en base a las propias afirmaciones del Gobierno francés, constata que estas medidas no están, efectivamente, a disposición del público.

Finalmente y como en el caso indicado en la anterior Sentencia comentada en este mismo epígrafe, también se va a considerar en esta Sentencia que el derecho francés no recoge de forma clara y precisa la justificación verificable que habrá de aportarse en el caso de que se desee un tratamiento confidencial de la información del utilizador, a efectos de defender su competitividad. El Tribunal afirma en el punto 85 de la Sentencia que "en la medida en que la confidencialidad constituye la excepción, la solicitud de confidencialidad debe justificarse" y que ello no está asegurado de forma precisa en el derecho interno francés.

C) Directiva de Evaluación de impacto ambiental y licencia de explotación minera otorgada sin previa evaluación. Plena aplicabilidad del derecho comunitario sobre normativas internas interpretables de forma distinta. Derechos de los particulares para invocar la aplicación de directivas. El principio de cooperación leal entre Estados

Mediante la **STJCE de 7 de enero de 2004,** (Sala Quinta), **asunto C-201/02,** se resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por el *Queen's Bench División* (Tribunal administrativo del Reino Unido) que mira a obtener una decisión prejudicial en un pleito que opone a un particular con el Secretario de Estado para el Transporte, Régimen Local y Regiones, relativa a la interpretación de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

Las distintas cuestiones planteadas resultan muy interesantes y, en su conjunto, plenamente defensoras de una plena aplicabilidad del derecho comunitario que triunfa en las posibles oposiciones que se derivaran de normativas internas interpretables de forma opuesta a sus prescripciones. Así, en virtud de determinadas prescripciones del derecho inglés (de cuya exposición detallada prescindimos) se ha concedido autorización para reanudar una explotación minera iniciada en los años cuarenta del siglo XX, en 1991, tres años después de la plena aplicabilidad de la Directiva 85/337, y esa autorización (en la que se han fijado una serie de condiciones) se ha otorgado sin la práctica de una evaluación de impacto ambiental que, sin embargo, procedería según las prescripciones de esta Directiva para las explotaciones mineras. La propietaria de una casa vecina a la finca donde se va a reanudar la explotación minera, es la que ha planteado un recurso primero administrativo y luego judicial, en los trámites del cual llega el asunto a la competencia del Tribunal de Justicia comunitario.

La principal cuestión, se adivina ya, es la aplicabilidad a una vieja explotación minera reanudada, de la práctica de la evaluación de impacto ambiental regulada muchos años después de que en 1947 se otorgara la primitiva autorización. Pues bien, después de declarar admisible su competencia, el Tribunal establece que el otorgamiento de un permiso en 1991 con fijación de condiciones para reanudar la explotación minera, constituye una autorización en el sentido del art. 2.1 de la Directiva 85/337 y, por tanto, se debería haber llevado a cabo un procedimiento de evaluación de impacto ambiental antes de concederse la autorización.

De mucho interés resulta la respuesta a otras preguntas planteadas por el Tribunal administrativo del Reino Unido y relativas a la posibilidad de que un particular plantee las disposiciones de una Directiva comunitaria. El Tribunal recuerda su jurisprudencia según la cual el principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan crear obligaciones a cargo de los particulares aun cuando sí pueden crear derechos (punto 56 de la Sentencia comentada). En este caso no estaríamos, en sentido estricto, ante una "obligación" creada para el titular de la explotación minera sino ante una mera "repercusión negativa sobre los derechos de tercero", hecho que no permitiría negar a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate. La necesaria paralización que deberán llevar los trabajos de explotación minera hasta que se practique la evaluación de impacto ambiental no es consecuencia de la acción de la propietaria de la casa, sino del retraso del Reino Unido en cumplimentar las obligaciones que se derivaban de la Directiva 85/337.

Finalmente y aplicando el art. 10 del Tratado CE que establece el principio de cooperación leal de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia comunitario indica que los Estados miembros están obligados a eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del derecho comunitario (punto 64 de la Sentencia), por lo cual y si es necesario, se deberá llevar a revocar la autorización concedida para la reanudación de los trabajos de explotación minera porque obligación de los Estados miembros es la de adoptar todas las medidas generales o particulares destinadas a subsanar la omisión de la evaluación de las repercusiones de un proyecto sobre el medio ambiente (punto 70 de la Sentencia).

D) Zonas de Especial Protección de las Aves. Infracción de la Directiva 92/43/CE al autorizar la ampliación de un campo de golf a pesar de las conclusiones negativas de una evaluación. Procedencia del pronunciamiento del Tribunal pese a existir una Sentencia anulatoria interna

La **STJCE de 29 de enero de 2004** (Sala Segunda), **asunto C-209/02,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Austria, constata el incumplimiento de este país al autorizar la ampliación de un campo de golf pese a las conclusiones contrarias del proceso de evaluación realizado conforme indica el art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE (directiva hábitats).

De particular interés resulta la declaración de admisibilidad de la acción declarada por el Tribunal, pese a que el Tribunal de lo contencioso-administrativo interno (*Verwaltungsgerichtshof*) ha anulado la autorización de la ampliación del campo de golf en el recurso formulado por un interesado. Para ello el Tribunal recuerda la tradicional jurisprudencia acerca de que en los recursos por incumplimiento del derecho comunitario hay que partir de la necesidad de apreciar la situación al tiempo de formularse el dictamen motivado por parte de la Comisión (punto 16 de la Sentencia) y que, en el caso concreto, en ese momento pervivía la situación. Por otra parte también se indica que, en todo caso, ahora procedería internamente adoptar una nueva decisión y que para ello, servirá eficazmente el pronunciamiento del Tribunal europeo.

En relación al fondo del asunto, se describe la existencia de dos dictámenes contrarios a la ampliación del campo de golf adoptados en el procedimiento administrativo anterior a la

resolución ampliatoria. Ambos señalaban los perjuicios que, en concreto, tendría tal ampliación para un guión de codornices. Consiguientemente se señala la falta de fundamento de esta resolución y su contradicción con lo dispuesto en el art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Prohibida la instalación de actividades de feria en el emplazamiento habitual al producir molestias insoportables a los vecinos

El TS en su **STS de 23 de junio de 2003,** Ar. 5723, ratifica la del TSJ de Asturias que declaró que la instalación de las atracciones de ferias en un parque próximo a una urbanización no podrían ubicarse en el mismo en ediciones sucesivas como solicitaban los demandantes, por cuanto que los ruidos producidos en su funcionamiento originaban molestias insoportables a los vecinos. La Sala, tras valorar la conducta del Ayuntamiento en relación con las molestias que las atracciones de feria venían causando a los vecinos próximos al lugar de su instalación, llegó a la conclusión de que el Ayuntamiento había actuado ilegalmente al no ponderar debidamente la naturaleza de las actividades desarrolladas en un lugar inmediato a una zona residencial, dado que el mismo Ayuntamiento, aunque reconoce que se causan molestias al vecindario, desprecia su importancia por limitarse su actividad a unos cuantos días al año.

B) No puede imponerse de plano nuevas medidas correctoras a una actividad que se viene ejerciendo con licencia

En aplicación de los arts. 36 y 37 del Reglamento de Actividades, aprobado por Decreto de 30 de noviembre de 1961, no puede imponerse de plano la exigencia de nuevas medidas correctoras a una actividad calificada que ha venido funcionando legalmente, sin otorgar un plazo razonable en atención a la calidad de las correcciones a realizar, ni ponderar las medidas alternativas que cupiese adoptar en el caso de que no fuese posible llevar a cabo las propuestas. A esta conclusión llega, siguiendo su doctrina tradicional, el TS en la **STS de 18 de junio de 2003,** Ar. 5691, al estimar el recurso interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Madrid que había desestimado a su vez el recurso interpuesto contra la Resolución del Ayuntamiento de Madrid por la que se requería a la entidad demandante la subsanación de determinadas deficiencias en materia de seguridad contra incendios en determinado edificio de Madrid sin otorgar un plazo razonable para su ejecución.

C) Responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Sevilla por vulneración de derechos fundamentales, al desestimar por silencio administrativo la solicitud de cierre inmediato de una discoteca por exceso de ruidos y vibraciones

Los hechos siguiendo los relatados en la sentencia son del siguiente tenor. El TSJ de Andalucía con sede Sevilla desestimó el recurso jurisdiccional interpuesto, por el cauce especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, contra la desestimación por silencio administra-

tivo de la solicitud de cierre de una discoteca presentada ante el Ayuntamiento de Sevilla por razón del exceso de ruido y vibraciones que producía, y de reconocimiento de una indemnización de 3.003.500 pesetas. En dicho recurso se denunciaba la vulneración del derecho a la integridad física y moral del art. 15 de la CE; el de libertad y seguridad del art. 17; el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18, y el derecho a elegir libremente la residencia del art. 19. Y se solicitaba una indemnización de 1.593.000 pesetas, equivalente a la mitad de la renta arrendaticia pagada por la vivienda, y 1.410.500 pesetas por daños morales.

La Sala del TSJ desestimó el Recurso con base en que la lesión de los derechos fundamentales invocados no tenía como agente a la Administración sino al titular de la discoteca, y que la cuestión relativa a la no adopción de determinadas medidas administrativas "queda al margen de este proceso especial, cuyo conocimiento se circunscribe a la protección de los Derechos fundamentales frente a los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo".

El TS en su **STS de 29 de mayo de 2003,** Ar. 5366, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 119/2001, de 24 de mayo, en la que se invocaba la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de llegar a la convicción sobre la existencia de una contaminación acústica, producida por los ruidos y vibraciones de la discoteca, que afectó directa y gravemente al domicilio de demandante. Y constatar, además, la pasividad municipal en relación a dicho problema, que sólo finalizó en 1997, y que califica como una dejación de la competencia y responsabilidad que en materia de medio ambiente es asignada a los Ayuntamientos en los arts. 25.2.f) y h) de la LBRL, 42.3ª de la Ley General de Sanidad y en los art. 6, 36 y 37 del Reglamento de Actividades Clasificadas de 1961. Estima finalmente el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia, declarando que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la inviolabilidad de su domicilio que le reconoce el art. 18.2 de la Constitución Española.

Esa declaración va acompañada con una condena al Ayuntamiento a que mantenga la clausura de la actividad hasta que se compruebe de que dispone de las medidas eficaces para impedir totalmente los ruidos y vibraciones que afecten a las viviendas próximas o colindantes; y a que indemnice al demandante en la cuantía de 1.410.500 pesetas por los daños sufridos como consecuencia de la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Estimando por tanto parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día y condenando al Ayuntamiento demandado al pago de las costas del procedimiento de instancia.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) Eficacia del estudio ambiental previo al otorgamiento de autorizaciones y concesiones de actividades que pudieran implicar riesgos para el medio ambiente acuático del artículo 90 de la Ley de Aguas

La **STS de 25 de julio de 2003,** Ar. 6056, viene a resolver el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado y la entidad "Sarriopapel Celulosa, SA"

contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, estimatoria de los recursos interpuestos por "Greenpace España" y la Diputación General de Aragón contra las resoluciones del Sr. Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro, por las que se autorizó el vertido (procedente de una producción anual de 180.000 toneladas de pasta blanqueada y 105.000 toneladas de papel, con un vertido previsto de 2650 metros cúbicos a la hora) de la fábrica de papel "La Montañanesa" y la construcción de un emisario (una zanja de 2.5 metros de profundidad y 5.5 km de longitud que discurre casi en su totalidad por las riberas del río Gállego) para la evacuación al río Ebro de las aguas residuales de esa fábrica de papel.

El Tribunal de instancia anuló los actos recurridos por cuanto, entre otras razones, no se había cumplido el requisito de la previa evaluación de impacto ambiental exigido en el art. 90 de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto (LA), y el art. 236 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, de 11 de abril de 1986 (RDPH), ni tampoco los trámites exigidos por el art. 7 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna, que exigía un informe previo de la Administración actuante al estar en tramitación el Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro.

La fundamentación de la sentencia del TSJ, cuya argumentación dará por buena el TS rechazando los Recursos de Casación interpuestos contra la misma, se encuentra fundamentalmente, no en la necesidad de una evaluación de impacto ambiental del Real Decreto Legislativo 1302/1986, sino en la ausencia del preceptivo estudio ambiental de evaluación de los efectos que pudieran implicar riesgos para el medio ambiente acuático que prescriben los arts. 90 de la LA y 236 y 237 del RDPH. Estudio ambiental que se debe presentar en el procedimiento de tramitación de las concesiones y autorizaciones que afecten al dominio público hidráulico, cuando se considere que las obras o actividades susceptibles de contaminar o degradar el medio ambiente, puedan causar efectos sensibles en el mismo como era el caso.

B) La Declaración de Impacto Ambiental se configura como un acto de trámite no impugnable directamente en sede jurisdiccional

El recurso contencioso-administrativo interpuesto por los Ayuntamientos de Biscarrués, Ayerbe y Santa Eulalia de Gállego de la provincia de Huesca contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de abril de 2000, por el que se autorizó la celebración del contrato correspondiente al Concurso de proyecto y construcción del embalse de Biscarrués y variantes de carreteras, se fundamentó por los recurrentes en varios motivos de impugnación que la sentencia agrupó en dos bloques. El primero atacando directamente la autorización decidida por Acuerdo del Consejo de Ministros, y el segundo para discutir la validez de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que precedió al proyecto cuya contratación fue autorizada por dicho Acuerdo.

Respecto a este segundo los recurrentes, según consta en la **STS de 17 de junio de 2003,** Ar. 6139, de la que damos noticia, alegaron que se habían vulnerado diversos preceptos

de las Directivas 85/337/CEE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y las también Directivas 92/43/CEE, 97/62/CEE y 79/409/CEE, relativas a la conservación de los hábitats naturales de la flora y fauna silvestres, así como en diversos preceptos del ordenamiento interno que incorporaban aquellas directivas.

La DIA, formulada únicamente a efectos ambientales, declaraba, entre otras consideraciones, que la alternativa del embalse de Biscarrués era ambientalmente viable si se cumplía con lo establecido en el Estudio de Viabilidad Económica, Social, y Medioambiental de Riegos del Alto Aragón, y establecía unas condiciones de las que hacía depender la viabilidad ambiental del Embalse.

Pues bien, el TS, siguiendo la doctrina sentada en la sentencia de su Sala Tercera de 17 de noviembre de 1998, Ar. 10522, cuyo Fundamento de Derecho Cuarto transcribe literalmente, va a desestimar el recurso, por cuanto entiende que la DIA es un acto administrativo que participa de la naturaleza propia de los actos de trámite, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, por lo que su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnable en sede jurisdiccional.

5. ESPACIOS NATURALES: LOS PLANES RECTORES DE USO Y GESTIÓN NO SON REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA QUE REQUIERAN INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO

La naturaleza jurídica de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales se infiere no sólo de su contenido y efectos, sino también de su naturaleza ordenadora, a tenor del art. 4 de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales, mas como reconoció el TC en el fundamento séptimo de la sentencia 102/1995, al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la citada la Ley "la planificación de los recursos naturales, (...), es una ordenación del espacio y de su contenido que guarda relación con la ordenación del suelo y la planificación urbanística, inspirada por los principios mencionados en el art. 2 de la LCEN".

Pues bien, el TS en su **STS de 16 de junio de 2003,** Ar. 4458, partiendo de la anterior premisa y después de examinar el procedimiento de elaboración de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PRUG), estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana pronunciándose frente a aquélla en el sentido de que no es preceptivo el informe de Consejo de Estado para la aprobación de estos planes. Entendiendo, a mayor abundamiento, que las Comunidades Autónomas cuando en el marco de sus competencias, por naturaleza no básicas, elaboran PRUG no dictan reglamentos de ejecución en desarrollo de la normativa estatal básica, razón por la que no es necesario el informe del Consejo de Estado exigido por la sentencia impugnada.

6. AGUAS CONTINENTALES

A) Delito ecológico: granja sin licencia administrativa que oculta balsa de purines con vertido a torrente

Es preciso recordar cómo el art. 325 del Código Penal de 1995 tipifica como delito la actividad que, contraviniendo normas de protección del medio ambiente, conlleve vertidos en el suelo, subsuelo o aguas terrestres, que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, imponiéndose la pena de prisión prevista en su mitad superior si implicase grave perjuicio para la salud de las personas. Asimismo, el art. 326.a) del mismo texto contempla como agravante la clandestinidad, mientras que el art. 329 prevé la figura de la prevaricación medioambiental, en relación con la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, y con motivo de inspecciones de industrias o actividades contaminantes hubieren silenciado la infracción de normativa de carácter general. Estos preceptos son objeto de aplicación e interpretación por la **STS de 24 de mayo de 2003** (Sala de lo Penal), Ar. 4387, cuando trata de dilucidar si era anulable o no la Sentencia de primera instancia (AP de Barcelona) recurrida que condenó a M.A. (responsable de la granja) como autor de un delito ecológico, y absolvió a J.M. (responsable municipal) del delito de prevaricación medioambiental que le era imputado.

Al decidir este recurso de casación, el TS confirma la Sentencia de la AP en lo relativo a M.A., y por el contrario llega a la conclusión de que J.M. ha de ser castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por 7 años, y multa de 12 meses con cuota diaria de 20 euros al haber incurrido en un delito de prevaricación medioambiental. La razón que aduce el Alto Tribunal para llegar a esta última conclusión es que ha resultado probado que el responsable municipal (J.A.), a pesar de las inspecciones que los equipos técnicos llevaron a cabo en la granja porcina, silenció las infracciones normativas en que ésta estaba incurriendo, al tratarse de una instalación que no contaba con licencia de actividades clasificadas. No puede olvidarse que el objetivo de esta licencia según el Reglamento de 1961 es permitir el control de todas las instalaciones que puedan alterar las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente, ocasionar graves daños o puedan implicar riesgo grave para las personas o los bienes (FJ 1º).

Fuera de lo relativo al responsable municipal, y por lo que se refiere a M.A. (gerente de la granja), como se ha comentado, el TS confirma lo ya sentado por la Sentencia de primera instancia, y no atiende ninguno de los motivos esgrimidos en su defensa por el condenado. Los distintos análisis practicados llevaron a detectar una contaminación de las aguas originada por los vertidos de purines (almacenados en una balsa de tierra sin impermeabilizar y con tubos para su evacuación) que constituía un foco potencial de transmisión de enfermedades para todos los animales que consumieran el agua del torrente acuífero. También el carácter tóxico del vertido suponía una destrucción del oxígeno, necesario para la vida de los peces. No obstante, la duración en el tiempo de esta situación lleva a acreditar la alteración del equilibrio de los sistemas naturales, con peligro inclusive para la salud de las personas.

Tampoco puede admitirse que el hecho de presentar tres escrituras en relación con el terreno privado en el que se ubicaba la granja, pueda eximir de responsabilidad a M.A., pues el delito ecológico no distingue entre aguas públicas o privadas, de manera que difícilmente sirve para su pretensión la cita del art. 5 de la Lag. de 1985 (FJ 3º). Finalmente, es improcedente de igual forma la alusión a la Disposición Adicional Sexta de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental, pues aunque deja sin aplicación en su ámbito territorial el Reglamento estatal de actividades clasificadas de 1961, ello "no significa que se hayan levantado las barreras protectoras que establecía el Reglamento, consagrando una especie de ley de la selva, con carácter retroactivo a los tiempos anteriores a la fecha de la Ley catalana" (FJ 4º).

B) Protección piscícola: jurisprudencia constitucional sobre colisión competencial entre las materias pesca fluvial (autonómica) y aprovechamientos hidráulicos (estatal en cuencas intercomunitarias)

Siguiendo jurisprudencia anterior [así, SSTC 15/1998, de 22 de enero, 110/1998, de 21 de mayo, y 166/2000, de 15 de junio; respectivamente crónica XIII.7.A) del núm. 1, crónica XIII.5 del núm. 2 y crónica XIII.5.A) del núm. 10 de esta Revista], la **STC 123/2003, de 19 de junio** (BOE de 17 de julio) aborda la problemática que desde hace algunos años se viene suscitando por la aprobación de sucesivas leyes autonómicas sobre pesca fluvial (basadas en los arts. 148.1.11 y 149.1.23ª CE, y en los preceptos correspondientes de los Estatutos de Autonomía) y que inciden de alguna forma en la competencia estatal sobre aprovechamientos hidráulicos en el ámbito de las cuencas intercomunitarias (art. 149.1.22ª CE).

En esta ocasión, el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de Extremadura 8/1995, de 27 de abril, de pesca fluvial. Algunos de los preceptos impugnados se declaran conformes con el orden constitucional, en concreto: arts. 26; 29; 30; 41.5; 44.3; 63.a).6 y 8); 63.b).12, 13) y 14); 63.c).12, 20), y 21); y 63.d).5, 6 y 7, respectivamente, relativos a: que los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos están obligados en general a dejar circular el caudal mínimo necesario para garantizar la evolución biológica natural de las poblaciones piscícolas; obligación de los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos de colocar y mantener rejillas en la entrada de los canales de derivación y en su salida para impedir el paso de los peces; sometimiento a autorización de la Agencia de Medio Ambiente de Extremadura de cualquier actuación que modifique la vegetación de las orillas de los cauces; prohibición de cualquier procedimiento que implique la construcción de obstáculos o barreras para encauzar a los peces en una dirección determinada para facilitar la pesca; prohibición de navegar con lanchas o embarcaciones de recreo en zonas donde se entorpezca la pesca y estén señalizadas; e infracciones en relación con esas previsiones.

Por su contenido, los arts. 26 y 29 que se acaban de citar presentan un especial interés, de ahí que sea preciso resaltar lo argumentado por el TC para llegar a la conclusión de que son conformes con la distribución competencial prevista en nuestra Constitución. El TC reconoce respecto del art. 26 de la Ley autonómica, que no puede deducirse del mismo que la Comunidad de Extremadura se esté atribuyendo la competencia para fijar los caudales mínimos, y como quedó sentado por jurisprudencia anterior, lo único que

en este ámbito (cuencas intercomunitarias) es inconstitucional es la fijación unilateral por la Comunidad Autónoma del mencionado régimen de caudales, ya que corresponde al Organismo de cuenca con base en los Planes Hidrológicos de cuenca aprobados su determinación específica, pudiendo la Administración autonómica ambiental fijar cifras orientativas sobre caudales ecológicos.

Para explicar que el art. 29 de la Ley autonómica es constitucional el TC remite a lo ya expuesto en Sentencias anteriores sobre esta problemática (FJ 11º de la STC 15/1998, y FJ 5º de la STC 110/1998). En éstas se dijo expresamente que los preceptos referidos al establecimiento de rejillas en la entrada y salida de los canales de derivación para impedir el paso de peces son obligaciones que integran el régimen de las nuevas concesiones que otorgue la Administración hidráulica, configurándose como medidas adicionales de protección que el Organismo de cuenca ha de tener presente cuando proceda al otorgamiento de una concesión.

Sin embargo, sí que son declarados inconstitucionales en la presente Sentencia los arts. 27.1, 28, 31 y 63.c).13 de la Ley extremeña, referentes sucesivamente a: obligación de construir escalas o pasos en presas, diques y otras obras hidráulicas existentes para facilitar el tránsito de la fauna piscícola; prohibición de extraer piedras de los cauces o acumular escombros en las orillas cuando ello pueda perjudicar al medio biogénico; prohibición de realizar vertidos que alteren las condiciones biológicas de las masas de agua; y la inclusión entre las infracciones graves de la acción de agotar o disminuir ostensiblemente el caudal del agua de los embalses, canales, o ríos sin autorización emitida por el órgano competente en materia de pesca, cuando resulten dañados los recursos piscícolas, con independencia de que se haya producido o no lesión en los bienes del dominio público hidráulico.

En el caso del art. 27.1, el TC aduce que su contenido supone una intervención directa en el dominio público hidráulico con entero desconocimiento de la competencia estatal sobre el mismo, y es que en cuencas intercomunitarias el art. 21.b) de la Lag. de 1985 [posterior art. 23.b) del TR de Lag. de 2001] atribuye la administración y control del dominio público hidráulico al Organismo de cuenca, de manera que no se puede imponer por la Ley autonómica la obligación de establecer en las instalaciones hidráulicas existentes escalas o pasos, porque es una decisión que corresponde a la mencionada entidad estatal. No ocurre así, con el supuesto contemplado en el art. 27.2, que ha de entenderse conforme a la distribución competencial y por tanto constitucional, ya que se circunscribe a la obligación de construir escalas o pasos para facilitar el tránsito de los peces respecto de nuevas instalaciones hidráulicas, prescripción que quedará concretada como medida adicional de protección en el correspondiente título concesional.

Un similar argumento se utiliza por el Alto Tribunal para decidir sobre la inconstitucionalidad de los arts. 28 –prohibición de extraer piedras de los cauces que perjudique al medio biogénico– y 63.c).13 –infracción consistente en agotar o disminuir notablemente el caudal del agua sin autorización– de la Ley extremeña. En efecto, se entiende

en estos supuestos que se invade la competencia del Organismo de cuenca que tiene adjudicada por el ordenamiento vigente para el control del dominio público hidráulico.

Finalmente, en relación con el art. 31 de la Ley autonómica, el TC estima que no cabe aceptar la prohibición que se contempla en ese artículo sobre la emisión de vertidos contaminantes al medio hídrico, cuando se perjudique a los recursos piscícolas, puesto que el art. 92 de la Lag. de 1985 (actual art. 100 del TR de Lag. de 2001 –téngase en cuenta que la Ley de acompañamiento a los Presupuestos 62/2003, de 30 de diciembre– modifica la redacción de algunos apartados de dicho art. 100, aunque para lo que nos interesa ahora, continúa en parecidos términos) sujeta a autorización los vertidos de aguas residuales, y no los prohíbe, debiendo prevalecer lo que ha sido declarado como legislación básica estatal por este Tribunal (STC 227/1988).

C) Vertido de aguas residuales: suspensión de autorización por rebasar límites contaminantes; infracción por ausencia de autorización

En la **STS de 9 de junio de 2003,** Ar. 5780, se entiende conforme a derecho la suspensión de una autorización de vertido otorgada a una empresa y que se decidió por la CH del Júcar al demostrarse, tras los análisis correspondientes, que la concentración de sustancias contaminantes era superior a la autorizada. No llegan a prosperar los motivos de casación aducidos por la parte recurrente, ya que si bien es cierto que no concurrió informe del Consejo del Agua, como indicaba preceptivamente el art. 261.3 del RDPH de 1986, esa circunstancia debió ser alegada en la primera instancia, no pudiendo examinarse en casación. Tampoco es atendible el supuesto defecto de que no se fijó un plazo de suspensión, pues el art. 262.2 del RDPH de 1986 no señalaba esa exigencia para la suspensión de licencias, sino para la revocación de éstas, de modo que el tiempo que ha de durar la paralización dependerá de que las sustancias contaminantes se adecuen a los límites previstos en la citada autorización. (Téngase en cuenta que por RD 606/2003, de 23 de mayo, se opera una modificación importante de los preceptos relativos a vertidos del RDPH, de manera que en la actualidad esos preceptos citados varían en su redacción.)

Por otra parte, la **STS de 24 de julio de 2003,** Ar. 5467, estima en parte el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la Sentencia impugnada del Juzgado de lo contencioso de Barcelona. Éste había anulado la Resolución de la Agencia Catalana del Agua que imponía a una empresa una multa por infracción grave por el vertido de aguas residuales sin autorización y que exigía además indemnización por los daños causados. El Juzgado se basaba en que en virtud del art. 327 del RDPH habían prescrito por el transcurso de dos meses tanto la infracción, como la obligación de reparar los daños causados al dominio público. El TS estima que esa solución se basa en un error de interpretación del art. 327 del RDPH, pues éste siempre dispuso que la obligación de reponer las cosas a su estado primitivo prescribiría a los 15 años. Por otro lado, en cuanto a la multa o sanción, el Juzgado tomó los dos meses previstos en la redacción originaria del art. 327 del RDPH para la prescripción erróneamente, ya que este precepto se había modificado por RD 1771/1994, de 5 de agosto, remitiéndose a partir de entonces para lo relativo a los plazos de prescripción a lo contenido en el art. 132 de la Ley

30/1992, fijándose pues en 2 años el plazo de prescripción de las infracciones graves, precepto modificado que era el aplicable en este supuesto.

7. AGUAS MARÍTIMAS

A) Cabe expropiar terrenos sitos en zonas de servidumbre de protección por razones ambientales

La Disposición Adicional Tercera de la Ley de Costas declara la utilidad pública, a efectos de expropiación, todos los terrenos de propiedad particular y los incluidos en la zona de servidumbre de protección que se estimen necesarios para la defensa y el uso del dominio público marítimo-terrestre. Ésta es precisamente la situación que se daba en el supuesto enjuiciado por la **STS de 7 de julio de 2003,** Ar. 5925, en el que la gran afección ambiental producida por el vertido de residuos mineros en una bahía justifica la expropiación de terrenos aledaños con el fin de ampliar la dársena de protección y proceder a su regeneración.

B) La modificación sustancial de los límites de los puertos exige evaluación de impacto ambiental

Es doctrina extraíble de la **STS de 5 de mayo de 2003,** Ar. 4551, la exigencia indiscutida de Evaluación de Impacto Ambiental para proceder a la modificación sustancial de la configuración y los límites exteriores de un puerto. Y ello en base al apartado 8 del Anexo del Real Decreto Legislativo 1302/1986, que impone tal valoración en función del medio ambiente a los puertos comerciales. Resulta indiferente, por tanto, que la legislación de puertos aplicable en el momento en que se produjo el supuesto enjuiciado no contuviera un requerimiento semejante, viniendo el mismo suficientemente justificado por la existencia de una legislación sectorial ambiental que se pronuncia en el tenor indicado.

8. MINAS: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Sobre esta materia, cabe destacar en esta ocasión dos pronunciamientos del Tribunal Supremo. En primer lugar, la **STS de 10 de julio de 2003,** Ar. 4594, que confirma la de instancia y con ello, la anulación de las Resoluciones de la Administración autonómica castellano-manchega, por las que se otorgaba una concesión minera para explotar minerales de piedra caliza ornamental, con una superficie de siete cuadrículas mineras en un terreno situado en una localidad de Albacete.

En aplicación de lo establecido en el RD 1131/1988, de 30 de septiembre (en concreto, el Anexo 2, número 12), que aprobó el Reglamento de desarrollo del RD Legislativo 1302/1986, sobre evaluación de impacto ambiental, el TS considera que era necesario en este caso formular evaluación de impacto ambiental, pues es obligatorio realizarlo en las explotaciones a cielo abierto de las Secciones A, B, C y D de la Ley de Minas visibles desde vías de comunicación (como en este caso, donde existe una carretera próxima) o desde núcleos urbanos de más de 1.000 habitantes, entre otros supuestos regulados en aquella norma.

Por último, en la **STS de 24 de junio de 2003,** Ar. 5730, se confirma la STS de Madrid de 1998, que consideró ajustada a Derecho una concesión otorgada por el Ministerio de Industria y Energía en 1996, para la explotación de arenas silíceas y arcillas en Cantabria y Palencia. No cabe invocar en este caso algunas normas de la legislación sobre montes que utilizan los demandantes (arts. 168 y ss. del Reglamento de Montes de 1962), pues estos argumentos no fueron invocados en el proceso de instancia; y además tampoco cabe enjuiciar si se han cumplido adecuadamente o no las medidas correctoras impuestas en la declaración de impacto ambiental, pues lo que se impugna en este pleito es la Resolución que otorgó la concesión, y no el modo en el que se ha realizado la explotación posteriormente.

9. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

A) Cánones de saneamiento autonómicos: naturaleza de impuesto y no de tasa y aplicación del principio de reserva de ley

En el recurso que genera la sentencia que se comenta, la recurrente alega en primer lugar que no se produce el hecho imponible de lo que califica como "tasa". Dice que cuenta con una instalaciones propias de tratamiento y depuración de las aguas que luego vierte, de manera que no hay actividad administrativa. La **STSJ de Valencia de 10 de enero de 2003** (JT 841) rechaza este argumento, advirtiendo que no se trata de una tasa, sino de un impuesto afectado a la financiación de ciertas inversiones y gastos, cuyo hecho imponible consiste en el vertido de aguas residuales, manifestado a través del consumo.

La mayoría de los cánones de saneamiento regionales modulan la cuota aplicable a los usos industriales del agua en función de ciertos índices o coeficientes dependientes de las características de la actividad desarrollada (contaminación producida, capacidad de depuración, incorporación ostensible del agua a los productos fabricados, ...) De los variados argumentos que se aducían de manera alternativa a lo visto en el párrafo anterior interesa cómo se reclama contra la fijación reglamentaria de requisitos formales añadidos para los años 1993 y 1994, señalando que infringía el principio de reserva de ley. En efecto, el TSJ estima este razonamiento, considerando que estos factores correctores constituyen un elemento esencial en la fijación de la cuota del canon, de manera que el establecimiento por vía reglamentaria de requisitos añadidos infringe dicho principio.

B) Otros tributos medioambientales. El Impuesto gallego sobre la contaminación atmosférica: declaración positiva de constitucionalidad por el TSJ de Galicia

Se comenta a continuación la **STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2002** (JT 2003, 849). No es ésta la primera vez que se pronuncia el TSJ de Galicia en relación con el Impuesto sobre la Contaminación Atmosférica. Diversos sujetos pasivos escogieron la técnica de autoliquidar y solicitar a continuación la devolución de lo que consideraban indebidamente ingresado, recurriendo en vía contenciosa el resultado negativo de su solicitud. El propósito –está claro– era conseguir que el TSJ plantease una cuestión de inconstitucionalidad. No lo hizo así en otros casos y, lógico, tampoco con ocasión del recurso cuya sentencia se comenta.

El TSJ rechaza que se hayan vulnerado los principios constitucionales de igualdad, generalidad y no confiscatoriedad. Ante la alegación de la recurrente de que en la práctica se limita la tributación a los grandes emisores se señala que en puridad se gravan todas las empresas emisoras, lo que ocurre es que se fija una exención para las menos contaminantes, lo que se configura como un incentivo para la adopción de medidas anticontaminantes.

También se rechaza la posible vulneración del principio de territorialidad, pues el Impuesto no afecta a la fase de distribución del producto fuera de la Comunidad Autónoma.

Asimismo se rechaza la posible vulneración del art. 6.3 LOFCA, por gravar materias reservadas a las Corporaciones Locales, en concreto la que somete a imposición el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Los recurrentes también habían aducido la nulidad del Reglamento del Impuesto, por irregularidades en el procedimiento de aprobación del mismo, rechazando el TSJ sus argumentos.

C) Incentivos fiscales medioambientales. El Impuesto sobre Sociedades: deducciones por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 2003** (JT 1088) no admite que la adquisición por parte de una empresa dedicada a la limpieza viaria de elementos de transporte con paneles fonoabsorbentes se beneficie de la deducción por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente en el Impuesto sobre Sociedades. La deducción afecta a inversiones en elementos contra la contaminación atmosférica, sin que pueda considerarse como tal la contaminación acústica. Desestima pues el recurso interpuesto contra la denegación por la Administración autonómica del certificado de convalidación necesario como soporte de la referida deducción.

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. Contratación del sector público y derecho comunitario. Ámbito subjetivo y derecho comunitario. En especial los organismos creados para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. 3. Defensa de la competencia. A) Acuerdos sobre retransmisión de partidos de fútbol. B) Prácticas restrictivas de la competencia. **4. Denominaciones de origen.** A) Denominación de Origen "Cava". Delimitación territorial de la región productora del cava. B) Aplicación del artículo 24.1.c) Ley 30/1992 a los Consejos Reguladores. Análisis de la posibilidad, obligación y prohibición de abstención de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. **5. Fomento.** A) El concepto de ayuda en la jurisprudencia comunitaria. a) La atribución de una ventaja económica y el criterio del inversor privado. b) En especial, la exigencia de que la contraprestación satisfaga necesidades efectivas. c) En especial, el problema de la financiación de los servicios de interés económico general. d) El carácter selectivo de la medida. B) Carácter público de la ayuda. Doctrina del TJCE. C) Incompatibilidad con el mercado común. Doctrina del TJCE. D) Planes de formación continua en las Administraciones públicas. Competencias autonómicas en la concesión de ayudas. E) Incumplimiento parcial de las condiciones impuestas para el otorgamiento de subvenciones. F) Denegación de beneficios reconocidos por cambio de titular. **6. Industria.** A) Normalización industrial. B) Reglamento de Seguridad contra incendios. **7. Mercado de valores. Determinación del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores y, paralelamente, del ámbito de actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. 8. Precios. 9. Televisión. Televisión local por ondas. Necesidad de concesión o autorización. Administración competente para ordenar el cese de actividad. 10. Transportes. Sustitución de autorización de transporte.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye el estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre los números 198/2003, de 10 de noviembre y 6/2004, de 16 de enero, así como las Sentencias del Tribunal Supremo contenidas en los cuadernos Aranzadi 20 a 25 de 2003, y las Sentencias el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del año 2003.

2. CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO Y DERECHO COMUNITARIO. ÁMBITO SUBJETIVO Y DERECHO COMUNITARIO. EN ESPECIAL LOS ORGANISMOS CREADOS PARA SATISFACER ESPECÍFICAMENTE NECESIDADES DE INTERÉS GENERAL QUE NO TENGAN CARÁCTER INDUSTRIAL O MERCANTIL

Las Directivas sobre contratación pública constituyen uno de los principales instrumentos al servicio del objetivo comunitario de racionalización y configuración jurídica del sector público de los Estados miembros. La delimitación de su ámbito de aplicación –y, en particular, la interpretación del concepto de "poder adjudicador"– opera como una suerte de bisagra que permite identificar las diversas condiciones en las que estos últimos actúan en el ámbito de las relaciones económicas, y, consiguientemente, los distintos regímenes jurídicos a los que pueden quedar sujetos. Los conceptos de "poder adjudicador" y de "organismo de Derecho público", son definidos, en términos sustancialmente coincidentes, por los arts. 1.b) de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/36/CEE, sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, suministro y obras, respectivamente. Así, en primer lugar, son poderes adjudicadores "el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público". En segundo lugar, un organismo de Derecho público es cualquier organismo en el que concurran los siguientes tres requisitos: (i) haber sido creado "para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil"; (ii) estar "dotado de personalidad jurídica", y (iii) que su actividad "esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público", que su "gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos", o que su "órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público".

En relación con el concepto de poder adjudicar debe mencionarse, ante todo, la **STJCE de 15 de mayo de 2003, As. C-214/00, Comisión c. España,** que se pronuncia acerca de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la legislación española de contratos públicos, y, en particular, de la exclusión de su ámbito de aplicación de las sociedades mercantiles estatales. Con carácter general, la sentencia recuerda que para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del Derecho derivado de la contratación,

una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que se han señalado, así como que el concepto debe recibir una interpretación amplia, guiada por criterios funcionales que atiendan a los principios de transparencia y de apertura a la competencia (apartados 52 y siguientes). Por el contrario, "el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora", ya que el efecto útil del Derecho comunitario "no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen jurídico correspondan al Derecho privado" (apartados 54 y siguientes). La sentencia concluye así afirmando que, "en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos no incorpora correctamente el concepto de 'entidad adjudicadora'" (apartado 60).

Dejando a un lado otros pronunciamientos, de gran calado, acerca de las insuficiencias del sistema español de tutela cautelar, las consecuencias de la sentencia respecto de la legislación española de contratos públicos no pueden ser de mayor importancia. La primera es la obligación del legislador español de reformarla con el objeto de extender la aplicación de las reglas de las Directivas a las sociedades mercantiles estatales que satisfacen necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; una obligación esta a la que se ha hecho frente, con una celeridad desacostumbrada, a través del art. 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que da nueva redacción al art. 2.1 y a la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP. La segunda consecuencia de la sentencia es la posible activación del sistema de responsabilidad patrimonial por la incorrecta transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación, en aquellos casos en los que las sociedades mercantiles estatales no hayan ajustado su actuación a aquéllas por aplicación de las normas ahora derogadas, y el juez aprecie la concurrencia de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE en materia de responsabilidad de los Estados miembros por defectuosa transposición del Derecho comunitario.

Una vez sentado que los Estados miembros no pueden excluir en bloque a un determinado grupo de entes –aquellos que gozan de un estatuto de Derecho privado– del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación, el problema de la consideración de una entidad como poder adjudicador ha de plantearse caso a caso, tal y como disponía ya el art. 1.3 TRLCAP para los entes de Derecho público, y lo hace ahora el art. 2.1 TRLCAP para las sociedades mercantiles estatales. En este sentido, la **STJCE de 16 de octubre de 2003, As. 283/00, Comisión c. España,** señala que a tal efecto "procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados (…), sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esta Directiva" (apartado 74). Esta segunda sentencia conoce de un recurso por incumplimiento interpuesto con motivo de un contrato de obras celebrado por SIEPSA, una sociedad anónima de capital íntegramente público encargada de gestionar los planes de amortización y creación de los centros penitenciarios españoles. El Gobierno español reconocía que la licita-

ción relativa al procedimiento de adjudicación del contrato no cumplía las exigencias de la Directiva 93/37, pero alegaba que SIEPSA no puede ser considerada como entidad adjudicadora en el sentido de dicha Directiva, debido a que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó SIEPSA no tienen carácter industrial o mercantil.

Con carácter preliminar, el Tribunal realiza tres afirmaciones generales acerca de la interpretación de este requisito (apartados 79 y siguientes). Por un lado, el concepto de 'necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil' "pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate". En segundo lugar, el concepto se refiere a "aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante". Por último, recuerda el Tribunal que "la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate" (en el mismo sentido se pronuncian, recientemente, las **SSTJCE de 27 de febrero de 2003, As. C-373/00, Truley**, y **de 22 de mayo de 2003, As. C-18/01, Korhonen**). Pues bien, atendiendo a esas circunstancias, el Tribunal llega a la conclusión de que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente la sociedad no tienen carácter industrial o mercantil, de modo que SIEPSA debe ser calificada como organismo público y, por tanto, como entidad adjudicadora (apartados 93 y siguientes).

En primer lugar, la sentencia afirma que "si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil". Sin embargo, lo cierto es que "SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado. Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza

sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública" (apartados 82 y siguientes).

En segundo lugar, "puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios". "Actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado", (…) de modo que "dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos" (apartados 87 y siguientes).

En tercer lugar, la sentencia tampoco acoge la alegación del Gobierno español, en el sentido de que SIEPSA desarrollaba su actividad con ánimo de lucro. "Aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado" (apartados 88 y siguientes).

Por último, el Tribunal considera poco probable que SIEPSA haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad: "habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA" (apartado 91).

Por todas estas razones la sentencia estima que "existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas", y que es precisamente para evitar tal posibilidad, por lo que deben aplicarse las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (apartado 92).

La **STJCE de 22 de mayo de 2003, As. C-18/01, Korhonen,** analiza la concurrencia del requisito comentado en el caso de un contrato de servicios celebrado por Taitotalo, una sociedad anónima finlandesa de capital íntegramente municipal, cuyo objeto social consiste en adquirir, vender y arrendar bienes inmuebles y partes del capital de sociedades inmobiliarias, en organizar y prestar servicios de gestión inmobiliaria, y en realizar otras prestaciones conexas que la administración de dichos bienes y partes sociales requiera. El contrato controvertido se celebró en el marco de una operación de promoción inmobiliaria realizada por Taitotalo, como consecuencia de la decisión del Ayuntamiento de Varkaus de crear en su territorio un polo de desarrollo tecnológico. En efecto, el objetivo del proyecto era crear unas condiciones favorables para el ejercicio de actividades comerciales o industriales en el territorio, de modo que, una vez construidos, los inmue-

bles se cederían a precio de coste a las empresas de alta tecnología que quisieran establecerse en él. La sentencia analiza, en primer lugar, si Taitotalo ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general, y, en segundo lugar, si este último presenta o no carácter industrial o mercantil.

Respecto de la primera de las cuestiones, el Tribunal recuerda que en su STJCE de 10 de mayo de 2001, As. 223 y 260/99, Agorà (de la que en su momento se dio noticia en esta revista), afirmó que las actividades dirigidas a desarrollar y apoyar la organización de ferias, exposiciones y congresos "satisfacen necesidades de interés general en la medida en que el organizador de dichas manifestaciones, al reunir en un mismo lugar geográfico a fabricantes y comerciantes, no actúa sólo en interés particular de éstos, que disfrutan, de esta manera, de un espacio de promoción para sus productos y mercancías, sino que también procura a los consumidores que acuden a estas manifestaciones una información que les permite elegir en condiciones óptimas", de modo que "el impulso que se da así a los intercambios es de interés general". Pues bien, lo mismo puede decirse en el caso controvertido, ya que "al contratar los servicios de planificación y de construcción en el marco de un proyecto inmobiliario relativo a la construcción de edificios de oficinas, la demandada en el procedimiento principal no actúa únicamente en interés particular de las empresas directamente afectadas por dicho proyecto, sino también en interés del Ayuntamiento de Varkaus. Puede considerarse que actividades como las que Taitotalo ejerce en el asunto principal satisfacen necesidades de interés general, en la medida en que pueden impulsar los intercambios así como el desarrollo económico y social del ente territorial de que se trate, dado que la implantación de empresas en el territorio de un municipio suele repercutir favorablemente en éste en relación con la creación de empleo, el aumento de los ingresos fiscales así como la mejora de la oferta y la demanda de bienes y servicios" (apartados 42 y siguientes).

Por lo que hace al segundo problema, la propia sentencia señala que "resulta más delicada la cuestión de si tales necesidades de interés general tienen o no carácter industrial o mercantil". Según se ha señalado ya, "existencia de competencia puede constituir un indicio de que una necesidad de interés general tiene carácter industrial o mercantil". Sin embargo, "la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil". En efecto, han de tenerse en cuenta las condiciones concretas en las que ejerce sus actividades el organismo de que se trate, y, en particular, "si opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad".

Pues bien, resulta que el propio Gobierno finlandés reconoció durante el procedimiento que, "aunque sociedades como Taitotalo presentan, desde el punto de vista jurídico, pocas diferencias con las sociedades anónimas cuyo capital está en posesión de operadores privados, en la medida en que soportan los mismos riesgos económicos que éstas y pueden asimismo ser declaradas en quiebra, los entes territoriales a los que pertenecen rara vez permitirán que se llegue a tal situación y procederán, en su caso, a recapitalizar

dichas sociedades a fin de que puedan continuar asumiendo las funciones para las que fueron creadas, a saber, esencialmente, la mejora de las condiciones generales para el ejercicio de actividades económicas en el ente territorial de que se trate".

El mismo Gobierno indicó también que, "aunque no se podía descartar que las actividades de sociedades como Taitotalo generen beneficios, su obtención no puede en ningún caso constituir el objetivo principal de dichas sociedades, dado que, a tenor de la normativa finlandesa, éstas siempre están obligadas a fomentar de forma prioritaria el interés general de los habitantes del ente territorial interesado". "En tales circunstancias –concluye el Tribunal– parece verosímil que una actividad como la que ejerce Taitotalo en el litigio principal pueda satisfacer una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil, máxime cuando se da la circunstancia, como indica el órgano jurisdiccional remitente, de que la demandada en el litigio principal se benefició de una financiación pública para la realización del proyecto inmobiliario de que se trata en el procedimiento principal" (apartados 46 y siguientes).

En definitiva, la sentencia considera que "la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate" son los criterios que permiten afirmar que una entidad persigue un interés general sin carácter industrial o mercantil.

3. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Acuerdos sobre retransmisión de partidos de fútbol

El Tribunal de Defensa de la Competencia, con fecha de 10 de junio de 1993, resolvió declarar contrarios a las reglas de defensa de la competencia diversos acuerdos en materia de retransmisión por televisión de partidos de fútbol. Concretamente se refirió a los siguientes acuerdos y motivos: conducta prohibida por los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 6 de la Ley 16/1989 llevada a cabo por la Liga Nacional del Fútbol Profesional (LNFP),consistente en utilizar el poder en el mercado de la contratación de derechos de emisión de fútbol por televisión alterando la competencia en el mercado de televisión; conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 85.1 del Tratado CE, consistente en el acuerdo entre la LNFP y las Televisiones autonómicas para la cesión en exclusiva de determinadas retransmisiones de fútbol; conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, consistente en el acuerdo entre la LNFP y Canal Plus, SA para la cesión en exclusiva durante 8 temporadas de la retransmisión de 38 partidos de fútbol por temporada; conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 consistente en el acuerdo entre televisiones autonómicas y Canal Plus para la cesión de derechos de imagen sobre los resúmenes de Canal Plus durante 8 temporadas; conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 consistente en el acuerdo entre televisiones autonómicas y Televisión Española, SA para la cesión en exclusiva a TVE, por una temporada, de la retransmisión directa de 45 partidos de fútbol y cesión de resúmenes de fútbol.

Impugnada la resolución del TDC, la Audiencia Nacional la confirmó por Sentencia de 17 de julio de 1998. Recurrida esta sentencia en casación, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia recurrida mediante su **STS de 9 de junio de 2003,** Ar. 6409.

La sentencia de la Audiencia Nacional centró el objeto del recurso en el examen de los requisitos que deben concurrir para entender que existe abuso de posición dominante, analizando a tal efecto la precisa determinación del mercado relevante, la evidencia de que los operadores económicos implicados en la conducta examinada disponen de una posición de dominio en el mercado relevante previamente definido y la evidencia de que dichos operadores han abusado de su posición privilegiada en el mercado. Este análisis fue el que llevó a concluir que se habían cometido las infracciones sancionadas por el TDC.

En el recurso de casación las entidades recurrentes, entre otros argumentos de carácter formal o relativos al ejercicio de la potestad sancionadora, alegan la errónea determinación del mercado relevante, que la sentencia recurrida determina como "el mercado de las retransmisiones por televisión de partidos de fútbol de equipos españoles en competición nacional". El Tribunal Supremo desestima este argumento al entender que los criterios tenidos en cuenta para fijar el mercado relevante fueron correctos, sin que deba entenderse que el TDC y la sentencia se apoyaran únicamente en criterios indiciarios.

Sobre este concreto punto el Tribunal Supremo recoge la doctrina de la sentencia recurrida y reiterada jurisprudencia del propio Tribunal (en particular la Sentencia de 5 de noviembre de 1977, Ar. 8582) sobre la validez de la prueba de presunciones en asuntos relativos a la defensa de la competencia.

Los recurrentes discuten también que la determinación del mercado relevante sea materialmente correcta. Frente a tal alegación el Tribunal afirma que:

> "el motivo no puede ser acogido. Por de pronto, no podemos compartir que una motivación incorrecta –incorrecta sólo en el sentir de la recurrente– sea equivalente a una falta de motivación. La resolución del TDC que la sentencia declara conforme a Derecho se encuentra fundada en una sólida argumentación, que, ciertamente, las TA rechazan. Tienen razón las recurrentes cuando afirman que la definición del mercado relevante de producto no es sólo una cuestión de puro hecho, excluida de la casación, sino que, al constituir un concepto jurídico indeterminado,es posible el control judicial del proceso intelectivo que ha llevado a cabo la Administración para concluir efectuando tal delimitación. Tienen razón porque, siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto (en este caso, el art. 6 de la LDC) el Juez puede fiscalizar la aplicación siempre que se le facilite procesalmente el conjunto de hechos relevantes y las pruebas que puedan ser oportunas para realizar tal valoración, revisando la inicial aplicación del concepto jurídico indeterminado llevada a cabo por la Administración. En nuestro caso, es el conjunto probatorio que ha sido facilitado al Juez de instancia, quien, tras su valoración, ha concluido aceptando la delimitación del mercado relevante de producto realizada por el

TDC. Con otras palabras, la Sala de la Audiencia Nacional (también esta Sala del Tribunal Supremo al efectuar el control de legalidad propio de la casación) ha estimado que la determinación de la zona de incertidumbre identificable en todo concepto jurídico indeterminado se ha producido, en este caso, en términos válidos, conformes con el ordenamiento jurídico, porque es la que se considera más legalmente adecuada para el cumplimiento de los fines que trata de satisfacer el art. 6 de la LDC (también el art. 86 del Tratado CE) cuando prohíbe el abuso de la posición dominante, lo que hace preciso (preciso para verificar si la prohibición ha sido o no respetada) delimitar previamente cuál sea el mercado relevante donde el abuso tiene lugar. Al ponderar el conjunto probatorio que la Administración ha reunido, más el llevado al proceso, la sentencia ha estimado razonable apreciar que los consumidores en España consideran insustituible la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol de la Liga y Copa de Su Majestad El Rey y que no los consideran intercambiables por las retransmisiones de otros partidos de fútbol nacionales o internacionales susceptibles de ser retransmitidos por televisión. La recurrente, después de admitir que el concepto jurídico indeterminado ha sido objeto de múltiples definiciones genéricas, propone otra definición, distinta de la aceptada por la sentencia impugnada, 'a los puros efectos prácticos'. Pues bien, esa otra delimitación está carente del necesario fundamento, toda vez que los resistentes datos de la realidad, adecuadamente acreditados por un conjunto de pruebas heterogéneas, rechazan el criterio de sustituibilidad que la recurrente defiende. Y son esos datos de la realidad los que conducen a una respuesta negativa cuando se pretende sustituir la oferta de productos que la sentencia integra en el mercado relevante que en este caso se toma en cuenta por la de otros productos o servicios que las TA proponen como sustitutivos de aquéllos".

Alegan también los recurrentes, en este caso las televisiones autonómicas, que no es posible considerar posición dominante conjunta ni la de la LNFP ni la de las cadenas de televisión autonómicas dada la cuota de mercado cubierto (34,60 por ciento).

El Tribunal Supremo rechaza este argumento por diversas razones. En primer lugar por ser un motivo subsidiario del anterior (los recurrentes parten del concepto de mercado relevante que ellas estiman correcto y que el Tribunal Supremo previamente niega); en segundo lugar por ser un motivo alegado por las televisiones autonómicas, cuando la infracción se imputa a la LNFP; en tercer lugar, recogiendo la doctrina de la STS de 8 de mayo de 2003 sobre los requisitos para que se entienda existe abuso de posición dominante, el Tribunal Supremo concluye que se dan en el caso examinado estos requisitos.

Por último, la sentencia comentada niega que se trate de un supuesto en el que se puedan aplicar las exenciones o autorizaciones singulares recogido en el artículo 3 de la LDC.

B) Prácticas restrictivas de la competencia

La **STS de 7 de julio de 2003,** Ar. 5832, desestima el recurso de casación interpuesto por determinados operadores petrolíferos (las empresas REPSOL, BP Oil España y CAMPSA) y la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de mayo de 1998, sobre prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal.

Los hechos origen del conflicto son los siguientes. La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio presentó una denuncia contra las empresas REPSOL, BP Oil España y CAMPSA por la supuesta realización de prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en otorgar a los distribuidores (esto es, a los que llevan a cabo la distribución al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos) y a los titulares de instalaciones fijas (los encargados de la distribución al por menor, en la que el consumidor o usuario final no puede proceder a la venta al público de los productos suministrados) mejores condiciones económicas que las que conceden a las estaciones de servicio (es decir, los que realizan la distribución al por menor en instalaciones de venta al público) con las que las citadas empresas tienen suscritos contratos de compra exclusiva del producto.

El Director General de Defensa de la Competencia, mediante acuerdo de 31 de marzo de 1995, decreta el archivo de la denuncia presentada. Contra este acuerdo, la citada Confederación interpuso recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, siendo desestimado por su Pleno mediante el acuerdo de 22 de noviembre del mismo año.

La Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio interpone recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia ante la Audiencia Nacional. Este tribunal, en su Sentencia de 28 de mayo de 1998, estima el recurso, anulando el acuerdo impugnado y ordenando continuar la instrucción del procedimiento, realizando nuevas investigaciones encaminadas a determinar, con la mayor exactitud posible, si son ciertos o no los hechos contenidos en la denuncia y si son o no constitutivos de infracciones administrativas de las tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia.

La Sentencia de la Audiencia Nacional es ahora objeto de recurso de casación por los operadores petrolíferos mencionados y por la Administración General del Estado. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de julio de 2003 declara que no ha lugar al recurso interpuesto.

Entre sus razonamientos, el Tribunal Supremo resalta que, primero el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia y después la Sentencia de la Audiencia Nacional, consideran probados los siguientes hechos. Por un lado, que los márgenes o comisiones otorgados por los operadores petrolíferos a los distribuidores y a las instalaciones fijas son superiores a los concedidos a las estaciones de servicio. Y, por otro, que la distribución al por mayor, la distribución a instalaciones fijas y la venta al por menor en estaciones de servicio son canales comerciales que compiten entre sí, puesto que todos luchan en el mercado para captar a clientes tales como comunidades de propietarios de viviendas, instalaciones docentes o sanitarias, flotas de autobuses o camiones, etc.

A continuación, el Supremo hace suya la consideración de la Audiencia Nacional, en el sentido de que la decisión adoptada por el Director General de Defensa de la Competencia precisaba "de un desarrollo probatorio más esmerado" a los efectos de

poder decidir con fundamento si la conducta imputada se subsume o no en la prohibición del abuso de posición de dominio (FJ 3º). Y, en consecuencia, se da por buena la decisión de la Audiencia: "Al entender la Sala de instancia que las pruebas obrantes en el expediente administrativo eran insuficientes para decretar el archivo (...) no hizo sino un juicio de legalidad de una decisión que, cual la de archivo de un procedimiento sancionador, debe descansar, para ser conforme con el ordenamiento jurídico, en el análisis de todos los datos y circunstancias que, siendo posible conocer, permitan tener por no realizada o no acreditada la conducta infractora objeto de investigación". Concluyendo que: "No se excedió, por tanto, en el ejercicio de la función revisora que es propia de este orden jurisdiccional; ni desconoció una supuesta potestad discrecional de orden técnico hipotéticamente atribuida a la Administración, pues tal potestad es inexistente cuando se trata de decidir si una conducta se subsume o no en un tipo infractor".

4. DENOMINACIONES DE ORIGEN

A) Denominación de Origen "Cava". Delimitación territorial de la región productora del cava

La **STS de 23 de mayo de 2003,** Ar. 5775, desestima el recurso de casación interpuesto por la Cooperativa Agrícola de Gandesa y otras contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 1998, en la que se discutió el ajuste al principio de igualdad de la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 14 de noviembre de 1991, por la que se aprueba el Reglamento de la Denominación de Origen "Cava" y su Consejo Regulador.

En breve, los antecedentes de la Sentencia del Tribunal Supremo son los siguientes. La Cooperativa Agrícola de Gandesa y otras cooperativas de producción de vinos, todas ellas sitas en municipios de la provincia de Tarragona, interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la citada Orden que aprueba el Reglamento de la Denominación de Origen "Cava" y su Consejo Regulador.

Según las cooperativas recurrentes, la Orden es discriminatoria habida cuenta que su artículo 4 del Anexo, al precisar cuál es la región correspondiente productora del cava, excluye de la delimitación geográfica de la Denominación de Origen a los municipios donde se encuentran ubicadas dichas cooperativas.

En defensa del carácter discriminatorio de la Orden, los actores formulan las siguientes alegaciones. De entrada, se sostiene que la exclusión no es conforme a Derecho, toda vez que el cava designa un producto sin referencia geográfica alguna, ya que es el origen el que determina la calidad. En segundo término, se afirma que concurren los requisitos para que las zonas donde tienen su sede las cooperativas se incluyan en la región correspondiente. Se mantiene, en tercer lugar, que las cooperativas en cuestión han venido elaborando vino base para la producción de cava y pueden elaborar cualitativamente ese producto. Se alega también que, en todo caso, los municipos correspondientes se encuentran próximos a la zona geográfica de la provincia de Tarragona que se incluye en

la región correspondiente. Y, por último, se pone de manifiesto que la normativa comunitaria aplicable a la materia no establece limitaciones que exijan la delimitación territorial efectuada, aludiendo sólo a la determinación de áreas o conjuntos de áreas vitivinícolas.

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 18 de noviembre de 1998, da la razón a las entidades recurrentes en algunas de sus alegaciones: la Denominación de Origen "Cava" se refiere a una cualidad, por un lado, y la normativa comunitaria aplicable, que alude a "regiones determinadas", no exige la delimitación territorial precisa que efectúa la Orden impugnada, por otro. Esa normativa comunitaria, sin embargo, y según prosigue el razonamiento del tribunal, no prohíbe que esas "regiones determinadas" se delimiten territorialmente fijándose los municipos que comprenden. Cuestión distinta, en cambio, es averiguar el porqué no se han incluido en la lista los municipios en los que se encuentran las cooperativas recurrentes.

En relación con este último extremo, que constituye la clave del proceso, a juicio del tribunal, la Sentencia declara que el resultado de la prueba practicada no acredita que la materia prima o el producto que se elabora en los municipios cuya inclusión se pretende cumplan los requisitos exigidos en la Orden recurrida. Lo que sirve de fundamento para desestimar el recurso interpuesto.

Las cooperativas vitivinícolas vencidas en juicio interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo invocando un solo motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 22/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: se cita como infringido el artículo 14 de la Constitución, que recoge el principio de igualdad, en la medida en que la Sentencia recurrida declara conforme a Derecho una Orden que es de carácter discriminatorio. Por lo demás, los recurrentes reiteran los términos de la demanda presentada ante la Audiencia Nacional.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia, entiende que los actores tratan de desvirtuar la declaración sobre los hechos y la valoración de la prueba efectuados en la Sentencia recurrida. En este sentido, en su FJ 2º, afirma: "al razonar de este modo se desnaturaliza el recurso de casación, pues en él no puede combatirse la apreciación de los hechos que realiza el Tribunal *a quo* más que en supuestos tasados e invocando las normas procesales aplicables, lo que no sucede en el recurso estudiado. Es decir, en definitiva las cooperativas recurrentes no demostraron ante la Audiencia Nacional que los vinos espumosos que puedan producir reúnan las características o cumplan los requisitos que establece la Orden impugnada, y este cumplimiento de los requisitos, indispensable para que el producto tenga la calidad correspondiente, es el criterio decisivo, además de la posibilidad de que anteriormente se hubiera elaborado cava". Y concluye: "Toda vez que esta falta de acreditación del supuesto, que es la razón de decidir de la Sentencia impugnada, no ha sido combatida procesalmente en debida forma, hemos de llegar a la conclusión de que debe confirmarse esa Sentencia desestimatoria de las pretensiones de las cooperativas". En respaldo a esta decisión, el Tribunal Supremo afirma atenerse a su línea jurispruden-

cial "que viene considerando indispensable la acreditación en debida forma de las calidades y los requisitos del vino con denominación de origen cava" (SSTS de 14 de marzo de 1989, Ar. 2015; de 17 de julio de 1989, Ar. 5387; y de 13 de octubre de 1999, Ar. 9512).

B) Aplicación del artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992 a los Consejos Reguladores. Análisis de la posibilidad, obligación y prohibición de abstención de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas

La **STS de 15 de julio de 2003,** Ar. 5964, estima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Galicia contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 18 de junio de 1999. Esta sentencia, a su vez, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Unions Agrarias de Galícia contra la resolución de 3 de noviembre de 1995 de la Consellería de Agricultura, Gandería e Montes, que desestimaba el recurso administrativo planteado contra un acuerdo adoptado, el 23 de julio de 1995, por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Ribeiro.

El objeto principal de la discusión consiste en determinar si el artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992 resulta aplicable a los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen. En el marco del régimen de funcionamiento de los órganos colegiados, el citado precepto legal, en su último párrafo, establece que: "No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados". En el caso enjuiciado, resulta que la decisión fue tomada por el Consejo Regulador con la abstención del presidente y dos vocales designados por la Administración.

Contradiciendo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Tribunal Supremo sostiene que el artículo 24.1.c) citado no es aplicable al caso. Tras unos extensos razonamientos sobre el significado y alcance de la obligación o posibilidad de abstención de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones, afirma que el precepto legal mencionado "contiene la novedad de prohibir la abstención a 'quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados'". Ahora bien, rápidamente matiza que "Este precepto, como se deriva directamente de su texto, no afecta a todos los miembros de los órganos colegiados, sino solamente a aquellos miembros o integrantes que tengan dicha condición por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas. Es necesario, pues, no propiamente que el nombramiento se haya adquirido en función de dicha condición, sino que se 'tenga' en virtud de dicha cualidad" (FJ 7º).

La prohibición legal de abstención "requiere, de este modo, una interpretación restrictiva" (FJ 8º). No puede extenderse, por ejemplo, al ámbito de los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen, puesto que: "tanto el presidente como los vocales, aun designados por la Administración, son llamados al Consejo, al margen de toda vinculación derivada del principio de jerarquía administrativa o de su condición de funciona-

rios o servidores públicos, como personas idóneas por sus conocimientos técnicos o adecuadas, en el caso de los presidentes, para garantizar el funcionamiento de la institución. No es requisito necesario que ostenten el carácter de autoridades administrativas o personal dependiente de la Administración en cualquiera de sus formas y modalidades. La designación, en consecuencia, no constituye una prolongación de las competencias o deberes que corresponden como funcionario o agente público al designado, sino que constituye una forma de integrar un órgano esencialmente participativo" (FJ 10º). Y concluye: "De todo ello se desprende que el presidente y los vocales nombrados por la Administración no tienen tal condición en función de su cualidad de autoridades o personas al servicio de las Administraciones Públicas, ni ésta, en el caso de tenerla, resulta relevante desde el punto de vista de la naturaleza participativa o corporativa del órgano. En consecuencia, no los alcanza la prohibición de abstención que establece el artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992" (FJ 10º).

5. FOMENTO

A) El concepto de ayuda en la jurisprudencia comunitaria

a) La atribución de una ventaja económica y el criterio del inversor privado

La **STJCE de 20 de noviembre de 2003, As. C-126/01, GEMO,** se pronuncia sobre la regulación francesa del servicio público de recogida y eliminación de animales muertos y de sus desechos, que descansa sobre dos elementos: primero, la obligación de acogerse al servicio impuesta a los mataderos y a los propietarios y poseedores de animales muertos, y segundo, la tasa impuesta a los comercializadores al por menor de carne, despojos animales y piensos elaborados con los anteriores, cuyo importe se destina a financiar mediante un fondo la prestación del servicio público. Conforme a su jurisprudencia tradicional, la sentencia afirma que "el concepto de ayuda puede comprender no sólo prestaciones positivas como subvenciones, préstamos o tomas de participación en el capital de las empresas, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos". Dentro de esas ventajas indirectas "se cuentan el suministro de bienes y la prestación de servicios en condiciones preferenciales". Pues bien, el Tribunal afirma que la prestación gratuita a los ganaderos y a los mataderos del servicio de recogida y eliminación de animales muertos y de desechos de matadero supone un beneficio que libera a las empresas de una carga que grava normalmente su presupuesto. En efecto, "la carga económica ocasionada por la eliminación de animales muertos y de desechos de matadero debe considerarse un coste inherente a la actividad económica de los ganaderos y de los mataderos", puesto que la eliminación de los productos y residuos inutilizables incumbe a los responsables de su producción, de modo que "la intervención de las autoridades públicas con el fin de liberar a los ganaderos y a los mataderos de dicha carga es una ventaja económica que puede falsear la competencia" (apartados 28 y siguientes).

En supuestos especialmente complejos, el Tribunal aplica el criterio del inversor privado para dilucidar si una medida del poder público tiene por efecto otorgar a su beneficiario una ventaja económica. Durante este período se han dictado diversas sentencias que proceden a aplicar y desarrollar el criterio señalado. Así, la **STPI de 6 de marzo de 2003, As. T-228 y 233/99, WLG,** lo hace a propósito de una medida de intervención en el capital de una empresa pública alemana. El Tribunal señala en primer lugar que el criterio del inversor privado, lejos de aplicarse exclusivamente a las empresas en crisis, puede también ser aplicado a las medidas adoptadas por una autoridad nacional respecto de las empresas rentables: "la cuestión de si la empresa beneficiaria de una ayuda es rentable o no, no es en sí misma determinante para comprobar si existe tal ventaja. En cambio, dicha cuestión debe ser tenida en cuenta para apreciar si el inversor público actuó como un inversor en una economía de mercado o si la empresa beneficiaria recibió una ventaja económica que no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado" (apartado 208). En segundo lugar, la sentencia recuerda que el criterio implica "apreciar si, en circunstancias similares, un inversor privado que opere en condiciones normales de una economía de mercado, de un tamaño que pueda ser comparable al de los organismos que gestiona el sector público, podría haber sido empujado a realizar la aportación de capital en cuestión. (…) La comparación entre el comportamiento de los inversores público y privado debe apreciarse teniendo en cuenta la actitud que hubiera adoptado, en la transacción controvertida, un inversor privado, habida cuenta de las informaciones disponibles y de la evolución previsible en aquel momento" (apartados 245 y siguientes). Pues bien, frente a las alegaciones de los demandantes, el Tribunal acepta los términos en los que la decisión impugnada realizó esta operación, y, en particular, el hecho de que la Comisión acudiera al criterio del rendimiento medio del sector, toda vez que "el comportamiento de un inversor privado en una economía de mercado se guía por perspectivas de rentabilidad. Así, la utilización del rendimiento medio debe corresponder a la idea de que un inversor privado perspicaz, a saber, un inversor que desea maximizar sus beneficios sin correr demasiados riesgos en relación con los demás participantes del mercado, a la hora de calcular la remuneración adecuada que espera obtener de su inversión, exigiría en principio un rendimiento mínimo equivalente al rendimiento medio del sector de que se trate" (apartado 255).

La **STJCE de 3 de julio de 2003, As. C-83, 93 y 94/01, Chronopost**, anula la STPI de 14 de diciembre de 2000, As. T-613/97, Ufex, de la que recientemente se dio noticia en estas páginas. El asunto se refiere a ciertas ventajas concedidas por *La Poste*, empresa pública francesa que opera en el sector del correo ordinario en régimen de monopolio, a SFMI, filial de aquella que opera en el sector del correo urgente compitiendo con otros operadores. La medida controvertida consiste en la prestación por la primera de un apoyo logístico y comercial a la segunda, y, en particular, en la puesta a disposición de SFMI de sus infraestructuras postales para la recogida, selección, transporte y distribución de sus envíos. En la sentencia anulada el TPI afirmaba que para aplicar correctamente el criterio del inversor privado, la expresión "en condiciones normales de mercado" debía interpretarse en el sentido de que exige la comparación con la contrapartida eventualmente exigida por una "sociedad financiera privada o un grupo privado de empresas que, sin actuar en un sector reservado, persiga una política estructural, global o sectorial, y se

guíe por perspectivas a largo plazo". Pues bien, en los apartados 31 y siguientes de la STJCE de 3 de julio de 2003, As. C-83, 93 y 94/01, Chronopost, el Tribunal considera que el establecimiento de la red de *La Poste*, lejos de responder a una lógica puramente comercial, sólo se explica desde su condición de empresa encargada de prestar un servicio de interés económico general. Toda vez que "la red nunca habría sido creada por una empresa privada, (...) no es posible comparar la situación de *La Poste* con la de un grupo privado de empresas que no actúe en un sector reservado", de modo que las "condiciones normales de mercado" deberán valorarse en base a otros datos objetivos y verificables, como son, señaladamente, "los costes soportados por *La Poste* para prestar apoyo logístico y comercial a su filial". La sentencia concluye así afirmando que "puede excluirse la existencia de una ayuda de Estado en favor de SFMI si, por una parte, queda acreditado que la contrapartida exigida comprende debidamente todos los costes variables adicionales necesarios para prestar el apoyo logístico y comercial, una contribución adecuada a los costes fijos derivados de la utilización de la red postal y una remuneración apropiada del capital propio en la medida en que se destina a la actividad competitiva de SFMI-Chronopost, y si, por otra parte, ningún indicio induce a pensar que estos elementos han sido subestimados o fijados de manera arbitraria".

b) En especial, la exigencia de que la contraprestación satisfaga necesidades efectivas

La **STPI de 5 de agosto de 2003, As. T-116 y 118/01, P&O European Ferries,** aplica el criterio del inversor privado a un acuerdo celebrado entre la Diputación Foral de Vizcaya y la empresa *P&O European Feries*, en virtud del cual la primera se comprometía a adquirir, durante el período comprendido entre enero de 1995 y diciembre de 1998, un total de 46.500 bonos de viaje utilizables en la línea marítima Bilbao-Portsmouth, explotada por la segunda. El Tribunal recuerda que en su sentencia de 28 de enero de 1999, As. T-14/96, BAI c. Comisión –referida a una Decisión previa de la Comisión acerca del mismo acuerdo–, afirmó que "el hecho de que los términos del acuerdo, en particular en lo relativo al compromiso de compra a largo plazo y a los descuentos por volumen concedidos al comprador, sean comparables a los de los contratos celebrados generalmente entre las compañías marítimas y los operadores privados (...) no basta para considerar que la adquisición de vales de viaje tenga el carácter de una transacción comercial normal". "El mero hecho de que un Estado miembro compre bienes y servicios en las condiciones habituales de mercado no basta para que esta operación constituya una transacción comercial realizada en unas condiciones que un inversor privado hubiera aceptado o, en otras palabras, una transacción comercial normal, si resulta que el Estado no tenía necesidad real de tales bienes y servicios". Quiere ello decir que el Estado miembro ha de demostrar que la operación constituye una transacción comercial normal cuya finalidad es "satisfacer necesidades efectivas", especialmente allí donde, como era el caso, la elección del operador no ha ido precedida de un procedimiento de licitación (apartados 115 y siguientes). Pues bien, el Tribunal considera que existen elementos que acreditan que el acuerdo no satisface el requisito señalado. Por un lado, "el número de bonos de viaje adquiridos por la Diputación en virtud del nuevo acuerdo se había calculado supuestamente sobre la base de la experiencia del Gobierno vasco en el marco del programa

Inserso, que permitía ofrecer aproximadamente 15.000 viajes al año a los vizcaínos de la tercera edad. Teniendo en cuenta esta cifra, la Comisión considera inexplicable, acertadamente, que la Diputación decidiera adquirir a *P&O European Ferries* 15.000 bonos de viaje para 1995, cuando en ese año todavía participaba en el programa *Inserso*" (apartado 125).Y por otro lado, "el hecho de que menos del 25 por ciento de los bonos de viaje adquiridos fueran efectivamente utilizados confirma la opinión de la Comisión según la cual no existía una necesidad real de bonos de viaje" (apartado 132).

c) En especial, el problema de la financiación de los servicios de interés económico general

La STJCE de 3 de julio de 2003, As. C-83, 93 y 94/01, Chronopost, a la que ya se ha hecho referencia, no es la única decisión del Tribunal sobre la aplicación del concepto de ayuda en el ámbito de los servicios de interés económico general. En efecto, la **STJCE de 24 de julio de 2003, As, 280/00, Altmark Trans,** se pronuncia acerca de si las medidas dirigidas a compensar el déficit causado por las obligaciones de servicio público impuestas a su beneficiario son subsumibles en el concepto de ayuda. Confirmando una línea jurisprudencial de cuyo desarrollo se ha venido dando noticia en números anteriores de esta revista, el Tribunal responde del modo siguiente a la cuestión prejudicial planteada (apartados 87 y siguientes). Por una parte, "si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 92, apartado 1, del Tratado" (actual art. 87.1 TCE). Por otro lado, sin embargo, la conclusión anterior presupone que se cumplen cuatro requisitos: primero, "la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas"; segundo, "los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente"; tercero, la "compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones"; por último, "cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones".

La sentencia citada se limita a responder a la cuestión prejudicial en los términos generales que se acaban de señalar. Sin embargo, en la posterior **STJCE de 27 de noviembre**

de 2003, As. C-34/01 a C-38/01, Enirisorce, el Tribunal los aplica al régimen italiano de financiación de las *Aziende* –entes públicos encargados de la gestión de los bienes y equipamientos de carga y descarga en los puertos–, y que descansaba fundamentalmente en la atribución a dichos entes de una parte considerable de una tasa que grava la carga y descarga en todos los puertos de Italia. Pues bien, la sentencia concluye que dicho régimen de financiación no constituye la contrapartida de las prestaciones efectuadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, sino una ayuda subsumible en el artículo 87.1 TCE, debido a que no satisface los requisitos a los que se ha hecho referencia. De un lado, recuerda que "de su jurisprudencia no se desprende que la explotación de cualquier puerto comercial constituya una gestión de un servicio de interés económico general", resultando, además, que "del expediente enviado al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente no resulta que se haya encomendado a las *Aziende* una misión de servicio público ni, *a fortiori*, que ésta haya sido claramente definida". De otro lado, "el importe de los ingresos recaudados con la tasa portuaria atribuido a las *Aziende* no refleja los costes realmente efectuados por estas últimas con motivo de la prestación de sus servicios de carga y descarga, ya que este importe está vinculado al volumen de mercancías transportadas por el conjunto de los usuarios y al tráfico en los puertos de que se trata. El importe atribuido depende por tanto del grado de actividad del puerto o los puertos de que se trate". Por todo ello, "dicho sistema no satisface la exigencia según la cual la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones" (apartados 31 y siguientes).

d) El carácter selectivo de la medida

El concepto de ayuda, tal y como debe ser interpretado en el sentido del artículo 87.1 TCE, comprende tanto las ayudas singulares como los regímenes de ayudas que, por beneficiar a determinadas empresas o producciones, presentan un carácter selectivo. Se plantea así el problema de la distinción entre estos últimos y las medidas de carácter general que no resultan subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 87.1 TCE. La **STJCE de 13 de febrero de 2003, As. 409/00, España c. Comisión,** se refiere a esta cuestión con motivo del convenio celebrado en 1997 entre el Ministerio de Industria y el ICO, por el que se establece, en el marco del Plan Renove Industrial, un sistema de préstamos bonificados para la compra de vehículos industriales por parte de personas físicas sujetas al IAE o PYMES. Con carácter general, el Tribunal recuerda que el artículo 87.1 TCE "no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos. (…) De lo antedicho se deduce que la aplicación [del precepto] requiere únicamente que se examine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a 'determinadas empresas o producciones' en relación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen. (…) En caso de respuesta afirmativa, la medida de que se trate cumplirá el requisito de selectividad constitutivo del concepto de ayuda de Estado previsto en

dicha disposición" (apartados 45 y siguientes). Según señala la sentencia, "en el presente caso, de los autos se desprende en primer lugar que la estructura del régimen de ayudas establecido por el Convenio, en la medida en que éste pretende favorecer y ha favorecido efectivamente a personas físicas y PYME que se dedican a actividades de transporte por cuenta propia o por cuenta ajena, tiene carácter selectivo. La alegación formulada por el Reino de España, según la cual el Convenio se rige por criterios objetivos de aplicación horizontal, resulta irrelevante, ya que únicamente puede demostrar que las ayudas controvertidas forman parte de un régimen de ayudas y no de una ayuda individual. (…) Resulta, en segundo lugar, que el Convenio excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las grandes empresas, aun cuando dichas empresas hayan adquirido o puedan adquirir un vehículo industrial nuevo durante el período de aplicación del régimen de ayudas y hayan participado por ello, de igual modo que las personas físicas y las PYME, en el objetivo de renovación del parque automovilístico" (apartado 49).

En la **STJCE de 20 de noviembre de 2003, As. C-126/01, GEMO,** que según se ha señalado tiene por objeto la regulación francesa del servicio público de recogida y eliminación de animales muertos y de sus desechos, el Tribunal no acepta la alegación del Gobierno francés, en el sentido de que la configuración normativa del servicio público constituye una medida de carácter general. A pesar de que los ganaderos y mataderos no son los únicos que se benefician del carácter gratuito del servicio público, puesto que éste se refiere igualmente a animales domésticos y salvajes, la sentencia afirma que el régimen "despliega sus efectos esencialmente a favor de los ganaderos y los mataderos", y que "el hecho de que las empresas beneficiarias de la medida controvertida pertenezcan a distintos sectores de actividad no puede ser suficiente para desvirtuar su carácter selectivo y, por consiguiente, para excluir la calificación de ayuda de Estado" (apartados 37 y siguientes). Nótese, en efecto, que al trasladar el gravamen a otro integrante de la cadena de distribución, el régimen controvertido permite que la exportación de carne francesa se beneficie de una ventaja competitiva frente a los mayoristas localizados en otros Estados miembros.

B) Carácter público de la ayuda. Doctrina del TJCE

Las ayudas a las que se refiere el artículo 87.1 TCE son tan sólo aquellas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales. En sus apartados 23 y siguientes, la **STJCE de 20 de noviembre de 2003, As. C-126/01, GEMO,** recuerda que "no procede distinguir entre los casos en que la ayuda es concedida directamente por el Estado y aquellos en que es otorgada a través de organismos públicos o privados, designados o instituidos por ese Estado". En efecto, lo relevante es "por una parte, que sean otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales y, por otra parte, que sean imputables al Estado". En cuanto a la primera cuestión, "el servicio público de recogida y eliminación de animales muertos se encomienda a las empresas titulares de contratos públicos celebrados con los prefectos de cada provincia. (…) El hecho de que empresas privadas desarrollen la actividad (…) en beneficio de los ganaderos y los mataderos no puede poner en duda la eventual calificación de ayuda de Estado, ya que los poderes públicos han establecido el régimen de dicha actividad. Este régimen puede imputarse al Estado". Respecto de la

segunda, resultaba claro que los recursos utilizados para financiar la prestación del servicio eran fondos estatales, puesto que procedían de la tasa impuesta a los comercializadores minoristas de carne, piensos y despojos animales, a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

C) Incompatibilidad con el mercado común. Doctrina del TJCE

No todas las intervenciones que, de acuerdo con lo anterior, constituyen ayudas públicas, son incompatibles con el mercado común. Conforme al artículo 87.1 TCE, es preciso que, además, satisfagan dos requisitos: primero, deben tener como efecto el falseamiento, real o potencial, de la libre competencia; y, segundo, la ayuda pública debe afectar a los intercambios intracomunitarios, alterando, siquiera sea potencialmente, la estructura de los flujos de intercambio entre diversos Estados miembros. En sus apartados 67 y siguientes, la **STJCE de 13 de febrero de 2003, As. 409/00, España c. Comisión**, se refiere a esta cuestión con motivo de los préstamos bonificados otorgados por España en el marco del Plan Renove Industrial. Con carácter preliminar, la sentencia afirma que "procede distinguir entre las ayudas controvertidas según hayan sido concedidas a personas físicas o jurídicas que realizan transportes por cuenta propia (no profesionales del transporte) o a personas físicas o jurídicas que realizan transportes por cuenta ajena (transportistas profesionales)", puesto que "de las diferencias de situación existentes entre estas dos categorías de beneficiarios se desprende que no forman parte del mismo sector ni participan en el mismo mercado". De la aplicación simultánea del umbral *de minimis*, se desprende la necesidad de distinguir los cuatro supuestos siguientes. En primer lugar, el Tribunal considera que las ayudas otorgadas a los no profesionales del transporte que no superen el umbral *de minimis* pueden en principio acogerse a la regla permisiva recogida en las comunicaciones y directrices de la Comisión, y ello a pesar de que el sector del transporte está expresamente excluido por estas últimas. Segundo, las ayudas concedidas a los no profesionales del transporte y de cuantía superior al umbral *de minimis*, pueden, según los casos, afectar a los intercambios entre Estados miembros y falsear o amenazar con falsear la competencia, correspondiendo a la Comisión apreciar motivadamente si esas circunstancias se producen. En tercer lugar, respecto de las ayudas de cuantía inferior al umbral *de minimis* concedidas a los transportistas profesionales, el Tribunal recuerda que "cuando se concede una ayuda a entidades que operan en un sector al que no se aplica la regla *de minimis* y cuando dicho sector se caracteriza por una fuerte competencia, determinadas ayudas de importancia relativamente escasa pueden afectar a la competencia y a los intercambios entre Estados miembros". Pues bien, en "un sector en situación de exceso de capacidad, como el sector de los transportes, [que] se caracterizaba necesariamente por una situación de fuerte competencia", las ayudas controvertidas "falsean o amenazan con falsear la competencia y afectan a los intercambios entre Estados miembros". Por último, a las ayudas otorgadas a los transportistas profesionales de cuantía superior al umbral *de minimis* "les son aplicables, con mayor razón, los motivos de la Decisión impugnada" que justificaban su incompatibilidad con el mercado común.

D) Planes de formación continua en las Administraciones públicas. Competencias autonómicas en la concesión de ayudas

La **STC 228/2003, de 18 de diciembre,** resuelve el conflicto positivo de competencias promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Catalunya contra la Orden del Ministerio para las Administraciones Públicas de 4 de mayo de 1995, que aprueba las bases reguladoras de la concesión de ayudas para el desarrollo de planes de formación, en el marco del Acuerdo de formación continua en las Administraciones Públicas de 1995.

La sentencia dedica la mitad de sus 12 fundamentos jurídicos a analizar cuestiones previas, relativas a los siguientes aspectos: contexto normativo en el que se inscriben las normas impugnadas, contenido del Acuerdo de formación continua de 1995, y del modelo de ayudas, la posible desaparición sobrevenida de la controversia competencial, y delimitación del objeto del conflicto. En cuanto a este último aspecto, la Generalitat de Catalunya reclama la territorialización y puesta a su disposición de los fondos correspondientes, y se opone a las potestades de gestión atribuidas al Instituto Nacional de Administración Pública (en adelante, INAP).

Una vez más, el Tribunal Constitucional tiene la oportunidad de examinar el alcance de la competencia subvencional del Estado, para lo que aplica la doctrina emanada en las SSTC 13/1992, de 6 de febrero, y 242/1999, de 21 de diciembre. De este modo, recuerda que el Estado no dispone de un poder general para subvenciones entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial. Por lo tanto, en la medida que las diversas instancias territoriales deben ejercer sobre las subvenciones las competencias que tienen atribuidas, corresponde al Tribunal Constitucional determinar en qué título competencial se incardinan las líneas de ayudas impugnadas.

A tales efectos, el TC aplica lo dispuesto en las SSTC 95/2002, de 25 de abril, y 190/2002, de 17 de octubre, y señala que los fondos destinados a formación continua en el ámbito de las Administraciones públicas deberán encuadrarse en las materias "bases (...) del régimen estatutario de sus funcionarios", o bien "legislación laboral", según que la relación de los empleados públicos con la Administración sea de carácter estatutario o laboral. Tanto en un caso como en el otro, la gestión de los fondos corresponde a las Comunidades Autónomas, y no puede consignarse a favor de un órgano de la Administración del Estado o de un organismo intermedio de éste. Así pues, las partidas deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado, si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias.

De acuerdo con esta doctrina, el modelo subvencional establecido en la Orden impugnada es contrario a la Constitución. El modelo en cuestión consiste en que los promotores de los planes de formación, esto es, la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, la Administración local y los sindicatos firmantes presentan dichos planes a

la Comisión General para la Formación Continua en las Administraciones Públicas y, una vez que esos planes han sido aprobados, presentan los mismos ante el INAP, concurriendo todos ellos entre sí para la obtención de las ayudas correspondientes.

El TC remarca que el Estado puede establecer las condiciones que deben cumplir los planes de formación del personal de las Comunidades Autónomas, pero no puede someter tales planes a un proceso centralizado de concesión subvencional de carácter concurrencial como el descrito. Tampoco puede asignar al INAP la convocatoria, tramitación, resolución y pago de las ayudas, porque se trata de atribuciones de carácter ejecutivo o aplicativo que corresponden a la Generalitat de Catalunya. Finalmente, la financiación puede remitirse a la Generalitat mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales, pero no puede condicionarse a la resolución del concurso adoptada por el INAP.

El Abogado del Estado alega que la gestión centralizada de las ayudas es necesaria para garantizar la igualdad de todos los perceptores, de acuerdo con el artículo 149.1.1 CE. Este planteamiento es rechazado por el TC, porque el mencionado precepto constitucional sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento. Además, este precepto no debe entenderse como una prohibición de divergencia autonómica (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, y 239/2002, de 11 de diciembre).

Por medio de la **STC 230/2003, de 18 de diciembre,** se resuelve el conflicto positivo de competencias promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Catalunya, contra la Resolución de 25 de julio de 2003, por la que se prorrogan las ayudas para planes de formación continua de trabajadores convocados en 2002.

La representación procesal de la Generalitat de Catalunya alega que las resoluciones impugnadas vulneran las competencias de la Generalitat en materia de ejecución de la legislación laboral (artículo 11.2 EAC), pues ya las SSTC 95/2002, de 25 de abril, y 190/2002, de 17 de octubre, incardinaron las acciones de formación continua de los trabajadores en la materia de legislación laboral, puesto que esta formación es uno de los derechos que los trabajadores ostentan en el seno de la relación laboral. Además, las mencionadas sentencias precisaron que la gestión y tramitación de las ayudas correspondientes debe realizarse por las Comunidades Autónomas, para lo cual deben transferirse a éstas los fondos pertinentes. Así pues, para la representación de la Generalitat, la resolución impugnada supone un incumplimiento manifiesto de las sentencias del Tribunal Constitucional.

El TC, tras recordar lo expuesto en las citadas SSTC 95/2002 y 190/2002, y examinar el contenido de las resoluciones controvertidas, concluye que, en efecto, los preceptos que disciplinan el procedimiento de concesión de estas ayudas vulneran la competencia de la Generalitat de Catalunya en la medida que atribuyen funciones ejecutivas a entes u órga-

nos que no son los de la propia Generalitat, o desconocen sus potestades de autoorganización en lo relativo a la gestión de las ayudas.

El Abogado del Estado alega que las resoluciones impugnadas no se encuentran afectadas por las sentencias reseñadas. También defiende que en ocasiones el Estado puede ejercer transitoriamente algunas competencias hasta tanto no se lleven a cabo las transferencias de funciones y servicios. Finalmente, se ampara en la urgencia de poner en marcha la nueva convocatoria de ayudas.

Estos planteamientos son rechazados por el TC, que concluye que las resoluciones ahora examinadas plantean, en esencia, los mismos problemas competenciales que ya fueron resueltos en las SSTC 95/2002 y 190/2002, y añade que la presente reivindicación competencial planteada por la Generalitat se sustenta en el carácter indisponible de las competencias constitucionales, cuyo reparto no puede verse alterado por la pasividad temporal de cualquiera de los entes interesados frente al indebido ejercicio de sus competencias por parte del otro. El TC recuerda que la Comunidad Autónoma de Cataluña, por medio de los Reales Decretos de traspasos 1557/1991, de 18 de octubre, y 47/1993, de 15 de enero, obtuvo la transferencia de los servicios relativos a la formación profesional ocupacional y, desde ese momento, el Estado carece de la facultad para actuar de forma supletoria o provisional. En fin, el TC señala que las sentencias se comunicaron inmediatamente a las partes, que era posible territorializar los créditos con posterioridad a los presupuestos y, especialmente, que carece de justificación alegar que no se alcanzó un acuerdo con la Generalitat de Catalunya.

E) Incumplimiento parcial de las condiciones impuestas para el otorgamiento de subvenciones

De nuevo debemos dar cuenta de una serie de sentencias que entran a analizar supuestos de incumplimiento de las condiciones impuestas en el otorgamiento de subvenciones.

La **STS de 23 de junio de 2003,** Ar. 6096, confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de julio de 1998, sobre incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de incentivos concedidos para la apertura de un hotel. En dicha sentencia se acordó estimar que el incumplimiento de condiciones había sido sólo parcial, ordenando en consecuencia retrotaer el expediente a fin de que se tramitara la modificación de la subvención concedida para adecuar el importe solicitado al incumplimiento producido.

La **STS de 3 de julio de 2003,** Ar. 5816, confirma la legalidad del acuerdo de devolución de cantidades por incumplimiento de condiciones, rechazando la alegación de caducidad de la acción (confirma que el plazo de que dispone la administración es de cinco años), y negando que lo reclamado fuera desproporcionado, ya que se trató de un incumplimiento sustantivo y no meramente formal.

La **STS de 4 de julio de 2003,** Ar. 5823, analiza un supuesto de incumplimiento de obligaciones tributarias en virtud del cual la administración redujo la cantidades a entregar hasta determinar una subvención igual a cero. El Tribunal confirma la resolución administrativa.

F) Denegación de benéficos reconocidos por cambio de titular

La **STS de 18 de julio de 2003,** Ar. 6038, admite la legalidad de denegar el derecho a los beneficios previamente reconocidos a otro titular, con ocasión se da una sucesión en la persona beneficiada, si existe o puede existir una disminución de garantías en el nuevo beneficiario.

6. INDUSTRIA

A) Normalización industrial

La Junta Directiva de AENOR, a propuesta de la Comisión de Certificación, aprobó los Anexos 3.2 y 3.3 al RP CTC 017, relativos a la gestión de la técnica de la marca AENOR para los alambres lisos de acero para mallas electro soldadas y para alambres de acero para hormigón armado.

Impugnado en alzada este acuerdo por diversas entidades del sector, el Ministerio de Industria y Energía lo declaró inadmisible, al entender que se trataba de un acuerdo de una entidad privada. Dicho acuerdo de desestimación se recurre en primera instancia y en casación, planteándose la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del acuerdo adoptado por AENOR.

La sentencia de primera instancia rechazó el recurso en base a una doctrina razonada y muy claramente expuesta que por su interés reproducimos (doctrina que recoge la sentencia de casación):

> "De ahí que la declaración de falta de competencia de la Administración para conocer de un pretendido recurso de alzada contra unos Anexos a esas normas técnicas sea conforme a Derecho por cuanto, según se infiere de lo expuesto:
>
> a) Las normas técnicas aprobadas por la asociación designada por el Ministerio de Industria y Energía para desarrollar tareas de normalización y certificación no son sino actuaciones privadas que no suponen el ejercicio de facultades 'delegadas' por la Administración ni son imputables a ésta, que ni siquiera ejerce una función de tutela o fiscalización sobre ella, sin perjuicio de las facultades de intervención o de control ya apuntadas a las que pueda añadirse la de retirar el reconocimiento otorgado en los términos previstos en el artículo 6 del Real Decreto 1614/1985.
>
> b) No cabe confundir la norma técnica con la certificación al tratarse de conceptos diferentes que afectan a unos aspectos de la normalización también distintos en cuanto que la primera se enmarca en la primera fase del proceso y la segunda en la última. Y es que la certificación presenta una problemática específica en cuanto a su naturaleza jurídica, dada la definición que de ella se proporciona en el Real Decreto 1614/1985, en la Ley

21/1992, de 16 de julio (RCL 1992, 1640), de Industria, y en el Real Decreto 800/1987, de 15 de mayo (RCL 1987, 1496), por el que se establece la certificación de conformidad a normas como alternativa de la homologación de tipos de productos por el Ministerio de Industria y Energía, lo que no es objeto del presente debate.

c) La aprobación de la norma técnica por la asociación se rige por lo dispuesto en normas propias –reglamentos internos según el artículo 10 del Real Decreto 1614/1985–, que no tienen que ser aprobadas por la Administración y cuyo trámite fundamental es el de someter el proyecto de norma a un período de información en el Boletín Oficial del Estado –artículo 5.2.d) del citado Real Decreto–.

d) El que la norma técnica aprobada por la asociación pueda llegar a tener una eficacia obligatoria en ciertas condiciones, tal y como se ha advertido con anterioridad, no la convierte en un acto administrativo.

e) Tampoco la asociación que aprueba la norma técnica puede calificarse como Administración Pública a los efectos de la aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a tenor de lo dispuesto en su artículo 2 en relación con el artículo 1 de sus Estatutos y de lo dispuesto en el artículo 5.2.a) del Real Decreto 1614/1985, ni tampoco, en modo absoluto, como una asociación de configuración legal en los términos señalados por la Jurisprudencia. De ahí que en la aprobación de las normas técnicas no tengan que observarse las garantías formales del Derecho Público sino, aparte de la ya expresada de información pública, las propias establecidas por la asociación.

f) Esto no supone excluir el control judicial de la norma técnica sino tan sólo que ese control no se va a efectuar por los órganos judiciales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que, en su caso, las controversias se dilucidarán ante órganos judiciales de otras Jurisdicciones como la Civil o, si procede, la Penal."

El Tribunal Supremo, en la **STS de 2 de junio de 2003,** Ar. 6090, confirma esta doctrina, y niega que existiera vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de declarar el recurso inadmisible. No existe tal vulneración cuando se declara que el derecho aplicable es ajeno al orden judicial ante el que se acude.

A continuación, también con un razonamiento de especial interés, el Tribunal Supremo vuelve a analizar la naturaleza del acuerdo impugnado, a partir de lo ya dicho en la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo rechaza que AENOR ejerza una función pública, y expone cómo se ha producido una evolución en las formas de intervención administrativa que ha llevado a sustituir la reglamentación pública por normas que elaboran entes privados. En concreto dice el Tribunal que:

"La sentencia recurrida, cuyos fundamentos se aceptan por esta Sala, distingue adecuadamente, de acuerdo con los criterios antes señalados, la intervención administrativa en el campo de la normalización, decantando lo que pertenece al ámbito privado de lo que inte-

gra el ámbito público. Frente a ello no cabe alegar el indudable interés general que tiene el dictado de estas normas, pues la pertenencia a uno u otro ámbito deriva de su naturaleza externa, lo que no cambia por el hecho de que con anterioridad fuese la Administración, a través del Instituto Español de Normalización (IRANOR), la que desarrollase estas funciones. El carácter administrativo que pudiera tener por razón del sujeto público que desarrollaba la normalización y certificación desaparece en determinados aspectos desde el momento en que se transfieren al ámbito privado atribuyendo a entes de esta índole estos cometidos.

Ello ha ocurrido a partir del Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto. Este cambio responde al signo de los tiempos y al entorno internacional en que nos encontramos inmersos, como su preámbulo se preocupa de manifestar, al señalar que 'se vierten progresivamente al campo de la actividad privada, donde teoría y práctica indican que deben estar, determinados aspectos de las actividades de normalización y certificación'. Y así lo expresa también el Real Decreto 800/1987, de 15 de mayo (RCL 1987, 1496), cuando indica que 'El reconocimiento de las tareas normalizadoras y de certificación de Asociaciones o Entidades no pertenecientes a la Administración Pública, supuso la aproximación de nuestro ordenamiento a sistemas vigentes en países de gran desarrollo industrial especialmente sensibles al control de calidad de los productos y en los que la Administración no asume materialmente funciones homologadoras, sino que la seguridad de los productos se basa en la eficacia de las actividades que llevan a efecto las entidades encargadas de control que no se integran en las respectivas Administraciones'.

Son circunstancias coyunturales las que pueden hacer exigible la modificación de estructura en las competencias administrativas, sin que sea impedimento de la misma su naturaleza anterior, porque ello petrificaría el sistema e imposibilitaría su adaptación a las nuevas circunstancias.

Por otra parte, la naturaleza privada de la actividad no cambia porque en la formación de la voluntad de los órganos que van a establecer esas 'normas' intervengan representantes de los agentes sociales y económicos interesados, conforme disponen los Estatutos de AENOR y el artículo 5 del Real Decreto. En el caso de que se vulneren las reglas a que se somete la toma de decisiones, el mecanismo de reacción que tienen tales agentes es el previsto en la Ley 191/1964, de 24 de diciembre (RCL 1964, 2842), de Asociaciones, cuyo artículo 11 remite a la jurisdicción ordinaria la resolución de las cuestiones en que no sea parte la Administración. Por esta razón, tampoco puede hablarse de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva."

B) Reglamento de seguridad contra incendios

Impugnado el RD 786/2001, de 6 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de Seguridad contra incendios en los establecimientos industriales, el Tribunal Supremo, en la **STS de 27 de octubre de 2003,** Ar. 6507, anuló dicha norma por vicios procedimentales. En concreto, se anula la norma por la falta del informe previo preceptivo del

Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial, órgano creado por el artículo 18.1 de la Ley de Industria 21/1992 y desarrollado por el RD 251/1997, de 21 de enero. Dicho reglamento estableció entre sus funciones la de informar preceptivamente los proyectos de reglamentaciones de seguridad industrial de ámbito estatal.

La declaración de nulidad se hace derivar de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, en conexión con el artículo 24.1.b) de la Ley del gobierno. A ello se añaden dos consideraciones de interés. El hecho de que el Consejo no estuviera operativo no justifica la falta del informe. De esta forma el Tribunal rechaza la alegación del Abogado del Estado, y señala que la Administración tuvo tiempo suficiente para poner en marcha el órgano que debió informar.

Por otro lado también rechaza que los informes emitidos por diversas entidades que debían formar parte del Consejo permitan subsanar la falta del informe de este órgano colegiado.

7. MERCADO DE VALORES. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES Y, PARALELAMENTE, DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

La **STS de 20 de junio de 2003,** Ar. 6366, estima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de fecha 1 de junio de 1998, en la que se estimaba, a su vez, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la compañía "Paulsen Anlagevermittlung Gmbh" contra una resolución sancionadora dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En breve, los antecedentes de la sentencia del Tribunal Supremo son los siguientes. La entidad "Paulsen Anlagevermittlung Gmbh", sociedad alemana de responsabilidad limitada, abrió una sucursal en España el 13 de mayo de 1992. En la oportuna escritura pública se hizo constar que esta sucursal se dedicaría al "asesoramiento y mediación de inversiones de todo tipo, especialmente de inmuebles". De los hechos probados resulta que su actividad mercantil se dirigía a la captación de potenciales clientes en España con el objeto de que, actuando la sociedad matriz alemana como intermediaria financiera, suscribiesen valores mobiliarios negociados en mercados extranjeros, en concreto, a través de un broker americano que opera en el mercado de futuros de Chicago.

El Ministerio de Economía y Hacienda español, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, mediante la resolución de 31 de octubre de 1994, impuso una sanción a la compañía "Paulsen Anlagevermittlung Gmbh" por infracción del artículo 99.q), en relación con el artículo 71.a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. La infracción, sancionada con algo más de setenta millones de pesetas, consistió en la recepción de órdenes de negociación de valores extranjeros y su tramitación a otras entidades, sin contar con la habilitación necesaria para ello.

La compañía sancionada interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. En su sentencia de 1 de junio de 1998, el citado tribunal acuerda anular la resolución impugnada por ser contraria a Derecho y, consecuentemente, deja sin efecto la sanción impuesta. Los razonamientos de la sentencia versan principalmente sobre el ámbito de aplicación de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y, paralelamente, el alcance de la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Según la Audiencia Nacional, dos son los artículos de la Ley 24/1988 que deben ser tomados en consideración a estos efectos. De entrada, su artículo 3, según el cual, la mencionada ley se extiende "a todos los valores cuya comisión, negociación o comercialización tenga lugar en territorio nacional", rigiendo claramente, por tanto, un principio de territorialidad en la aplicación de la ley. Ahora bien, el artículo 1, por su parte, establece que la ley tiene como objeto "la regulación de los mercados primarios y secundarios de valores, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento, las normas rectoras de la actividad de cuantos sujetos y entidades intervienen en ellos y su régimen de supervisión".

Enjuiciando el caso concreto objeto del proceso, la Audiencia sostiene que "la empresa sancionada en ningún caso ha intervenido, ni directa ni indirectamente, en mercados oficiales de futuro y opciones, ni en mercados de valores primarios o secundarios, ubicados en territorio nacional. Lo que implica, a juicio de esta Sala, que su actividad no se encuentra dentro del marco de la Ley 24/1988, ni por ende dentro del marco de actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores". Concluyendo que: "Lo anterior supone la estimación del primer argumento del recurrente y, por añadidura, la revocación de la sanción impuesta" (FJ 4º).

La Sentencia de la Audiencia Nacional que acabamos de exponer fue recurrida en casación por la Administración del Estado, fundado en la infracción del conjunto de artículos de la Ley del Mercado de Valores que se recogen en el quinto de los Antecedentes de Hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo.

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal Supremo comienza reseñando que la misma Audiencia Nacional, en decisiones ulteriores, se ha apartado de la tesis sostenida en la sentencia ahora recurrida (FJ 4º). En este sentido, invocando de modo expreso este precedente, para rectificar la doctrina en él mantenida, la misma Sala y Sección se manifestó en los siguientes términos al dictar su Sentencia de 19 de abril de 1999, por la que se desestimó un recurso de características muy similares al que ahora era objeto de examen:

> "Esta sentencia se aparta de la doctrina establecida por esta misma Sección sexta en su sentencia de 1 de junio de 1998, por lo que, en aplicación de las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva, se hace preciso el razonamiento de este cambio de criterio. (...) De mantenerse la interpretación dada por la sentencia de referencia se llegaría a la conclusión de que la Ley no protege al inversor sino a los valores que se negocian en territorio nacional. El bien jurídico protegido es obviamente más amplio: si la Ley se

propone defender los intereses de los inversores, no puede restringirse su ámbito de actuación a quienes contratan con ellos con la correspondiente autorización administrativa y además colocando la inversión en el mercado nacional. La ley trata de proteger al inversor y esta protección es operativa desde el mismo momento en que éste plasma su decisión de efectuar una inversión en alguno de los valores incluidos en el ámbito de la misma, firmando la orden de adquisición, máxime cuando, como ocurre en el supuesto litigioso, el receptor de la orden (dada y recibida en territorio nacional) ha efectuado una intensa campaña de captación de clientes. En conclusión, es preciso abandonar la tesis que prosperó en la sentencia señalada, al entender la Sección que los hechos constitutivos de la infracción por la que se impone la sanción están incluidos en el ámbito de la Ley 24/1988 por las razones expuestas."

Comparte esta rectificación el Tribunal Supremo, según el cual "la recta inteligencia" de los citados artículos 1 y 3 "no significa la inaplicabilidad de la Ley 24/1988 (y, por consecuencia, la intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores) a supuestos en que, tratándose de valores mobiliarios negociados en mercados extranjeros, la actividad mercantil dirigida a su suscripción comienza en España, a través de la sucursal o establecimiento permanente de una sociedad alemana que actúa como intermediaria financiera" (FJ 6º).

La consecuencia de cuanto ha quedado expuesto es, a juicio del Tribunal Supremo, que la sentencia recurrida incurrió en un error de derecho al considerar que la actividad realizada en España por la entidad recurrente no se encontraba dentro del marco de la Ley 24/1988 y, por ende, dentro del ámbito de actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Lo que justifica la estimación del recurso de casación. No obstante, la sentencia también estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la compañía "Paulsen Anlagevermittlung Gmbh", en lo referente al importe concreto de la sanción, que deberá sustituirse por la cantidad correspondiente al tanto del beneficio bruto obtenido por la citada sociedad, computado según las bases de cuantificación reflejadas en el FJ 11º.

8. PRECIOS

La impugnación de un acuerdo municipal fijando las tarifas del servicio público de viajeros en taxi ha dado lugar a que el Tribunal Supremo reiterara de nuevo su doctrina relativa a la distinción entre tasas y tarifas, y entre potestad de fijación de las tarifas del servicio público y control de esta determinación tarifaria en ejercicio de la potestad de control de precios.

En su **STS de 9 de julio de 2003,** Ar. 6287, el Tribunal Supremo insistió en los siguientes argumentos. Por lo que hace a la distinción entre tasas y tarifas estableció que "Ya las sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1968 (RJ 1968, 3748), 12 de noviembre de 1979, 1 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1059), 10 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1347) y 15 de

diciembre de 1992 (RJ 1992, 2515) fueron estableciendo progresivamente la diferencia entre las "tarifas o precios" de los servicios públicos y las "tasas y/o precios públicos", de carácter fiscal, atribuyendo a unos y otros naturalezas diferentes, en función de sus respectivos regímenes de implantación, modificación e impugnación, así como de sus conceptos y finalidades de aplicación".

En relación a la distinción entre potestad de fijación de tarifas y potestad de control de precios también mantuvo su ya conocida doctrina, en los términos siguientes: "las Sentencias de 6 de febrero , 20 de marzo , 1 de junio y 16 de octubre de 1998 (recursos 1474/1991, 357/1992, 2749/1990 y 5649/1992), 18 de noviembre de 2000 (recurso 1881/1993) y 23 de febrero de 2001 (recurso 7625/1993), entre otras, con antecedentes en las de 9 de abril de 1968 , 12 de noviembre de 1979, 1 de marzo de 1980, 10 de marzo de 1988 y 15 de noviembre de 1992, han distinguido entre la potestad para el establecimiento de tarifas de los servicios públicos a cargo de las Corporaciones Locales, que corresponde exclusivamente a éstas –corresponde a las Comunidades Autónomas que la tengan asumida la de fijación de las Tarifas de Transporte por carretera en su propio ámbito–, de la potestad de otorgamiento de las autorizaciones pertinentes que éstas deban recibir en aplicación de la política de precios".

Doctrina esta última que refuerza con la cita de la jurisprudencia constitucional, así la Sentencia 53/1984, FJ 2º y en el mismo sentido la Sentencia 97/1983.

En relación con esta última cuestión recuerda también el Tribunal Supremo el alcance de la potestad de control de precios, que limita al examen de la tarifa propuesta desde las directrices de la política de precios, examinando la estructura de costes de prestación del servicio, desglosados en sus diversos componentes, así como las alzas de precios de los mismos, sin que la Comunidad Autónoma que controla la política tarifaria municipal pueda imponer un modelo tarifario distinto, ni enjuiciar la tarifa como elemento de la gestión del servicio público.

9. TELEVISIÓN. TELEVISIÓN LOCAL POR ONDAS. NECESIDAD DE CONCESIÓN O AUTORIZACIÓN. ADMINISTRACIÓN COMPETENTE PARA ORDENAR EL CESE DE ACTIVIDAD

Ante la actividad de prestación del servicio de televisión local por ondas, sin concesión o autorización, un determinado Ayuntamiento requirió a la entidad que prestaba el servicio para que cesara en su actividad, acordando al mismo tiempo que se adoptaran las medidas que impidiesen a la emisora utilizar bienes o medios de titularidad del municipio.

El acuerdo municipal fue impugnado en primera instancia, siendo desestimado el recurso. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de junio de 2002, Ar. 5779, estimó en parte el recurso, anulando las medidas de ejecución forzosa del acuerdo municipal.

La primera alegación del recurrente fue desestimada. Ésta consistía en entender aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las televisiones locales por cable. Esta doctrina estableció que a falta de regulación legal sobre la prestación de este servicio, podía llevarse a cabo la actividad sin título habilitante previo. En caso de inactividad administrativa, decía el Tribunal Constitucional, debía prevalecer el derecho a la prestación del servicio de información.

El recurrente trató de hacer extensiva esta doctrina a la televisión por ondas, pero este argumento fue rechazado por el Tribunal. La sentencia que comentamos afirma que:

> "se alega que por la Sentencia se han violado los artículos 20 y 9.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y la jurisprudencia que se cita del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo. El razonamiento de este apartado no puede compartirse ni acogerse. Se razona que es aplicable la doctrina jurisprudencial que declara que, a falta de regulación, no se exige autorización ni concesión administrativa para realizar emisiones por cable de televisión privada, y se mantiene que la situación es ontológicamente (*sic*) la misma que en el supuesto enjuiciado de emisiones de televisión privada mediante ondas herzianas.
>
> Pero ello no supone combatir adecuadamente la Sentencia impugnada. En primer lugar porque no se tiene en cuenta la cita pertinente que hace dicha Sentencia de la Ley 10/1988, de 3 de mayo (RCL 1988, 956), reguladora de la materia. A más de ello hay que considerar que la jurisprudencia de esta Sala, en Sentencias posteriores a las que se invocan [dos Sentencias de 17 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 9501) y una posterior de 23 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10366)], viene manteniendo el distinto régimen jurídico de la televisión por cable y la que se emite mediante ondas herzianas, siendo cierto que para esta última se exige haber obtenido autorización o concesión administrativa previas".

Rechazado este primer argumento, el Tribunal Supremo entra a analizar otras cuestiones de interés relativas a la competencia y al procedimiento para adoptar las medidas de cese en la actividad. Sobre estos temas el Tribunal concluye que si la competencia para otorgar la concesión o autorización era de la Administración estatal o autonómica, el Ayuntamiento no podía imponer las medidas de cese en la actividad. Por tanto, afirma que si bien el acto fue correcto en cuanto al contenido de un requerimiento de cese, no lo fue en la medida en que disponía el cese de la actividad.

También entiende el Tribunal que se vulneraron las reglas de procedimiento, ya que la ejecución forzosa de la orden de cese se llevó a cabo sin respetar las garantías establecidas en la ley procedimental.

10. TRANSPORTES. SUSTITUCIÓN DE AUTORIZACIÓN DE TRANSPORTE

La **STS de 6 de junio de 2003,** Ar. 6092, estima el recurso de casación interpuesto por la Administración de la Generalidad de Cataluña contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña,

de fecha 3 de febrero de 1998, sobre denegación de solicitud de sustitución de autorización de transporte.

Los antecedentes de la Sentencia del Tribunal Supremo, brevemente, son los siguientes. La entidad "Cerdanyola Tours, SL", empresa dedicada al transporte discrecional de viajeros por carretera, presentó, en fecha 27 de octubre de 1992, ante la Administración de la Generalidad de Cataluña, una solicitud de sustitución de la autorización de transporte que tenía concedida para un determinado vehículo en favor de otro vehículo del que es titular D. Lucas.

El Servicio Territorial de Transportes de la Demarcación de Barcelona, de la Generalidad de Cataluña, en su resolución de 26 de enero de 1994, denegó la solicitud presentada, con el argumento, único, de que "queda justificado que esta autorización no se puede transferir, ya que la baja se realizó el 30 de octubre de 1992 y el motivo fue por 'cambio de material' y no por 'suspensión provisional'". Interpuesto el recurso administrativo pertinente contra esta resolución, es resuelto por el Director General de Transportes de la Generalidad de Cataluña, en resolución de fecha 16 de mayo de 1995, que lo desestima, con el argumento de que se completó la solicitud cuando ya hacía más de un año que la autorización a transferir había sido dada de baja sin que se hubiera solicitado su suspensión provisional.

La entidad "Cerdanyola Tours, SL" interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra las indicadas resoluciones de la Dirección General de Transportes del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña. El tribunal, en sentencia de 3 de febrero de 1998, estima el recurso interpuesto y acuerda una doble medida. En primer término, declara la nulidad de las resoluciones recurridas y, en su lugar, ordena a la Dirección General continuar con el procedimiento en su día iniciado y, tras seguir los trámites legales, pronunciarse sobre la sustitución o no de la autorización de transportes.Y, en segundo lugar, declara también el derecho de la parte actora a percibir de la Administración demandada una indemnización de daños y perjuicios, cuyo alcance y cuantía deberán determinarse en ejecución de sentencia.

Contra esta sentencia, la representación de la Administración de la Generalidad de Cataluña interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, fundamentándolo en la infracción de múltiples preceptos del ordenamiento jurídico indicados en el segundo de los Antecedentes de Hecho. Del contenido de esta sentencia destacamos las siguientes consideraciones.

La sentencia recurrida constató la existencia de diferencias entre un documento aportado por la parte recurrente, acompañando su escrito de demanda, con el documento obrante en el expediente administrativo. El Tribunal Superior de Justicia observa que el primero de ellos lleva "el sello original de entrada de la Administración demandada, siendo en cambio el del expediente una mera fotocopia". Concluyendo "que a efectos pro-

batorios solamente tendremos en cuenta el documento facilitado por la demandante". Fruto de ello, se da por probado que lo solicitado fue una "baja temporal", que se entiende como expresión equivalente a la de "suspensión provisional", de la autorización de transportes de la que era titular y, no, por el contrario, una baja temporal por "cambio de material".

El Tribunal Supremo, en este punto, acoge la argumentación de la representación de la Administración de la Generalidad de Cataluña, entendiendo infringido el artículo 46 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta infracción se produce al calificar de simple copia el documento aportado por la Administración, cuando, en realidad, se trata de una copia auténtica del documento original, compulsada por el funcionario competente. En este sentido, ese documento, copia fiel, tiene la consideración de "documento público administrativo" en aquella parte de su contenido que es válidamente emitida por el órgano de la Administración. O lo que es igual, "hace prueba, en el caso de autos, de que el documento que como original obra en las dependencias de la Administración tiene el mismo contenido que el que refleja la copia". En consecuencia, la sentencia recurrida, al negar todo valor probatorio a la copia fiel aportada por la Administración, "incurrió en el error *in iudicando* de inaplicar unos preceptos que la obligaban a atribuir a esa copia el valor probatorio que acabamos de subrayar" (FJ 3º).

Afirma el Tribunal Supremo que no cabe tener por probado que fuera la sustitución del vehículo, al que estaba referida la autorización de transporte, la causa por la que se solicitó su baja temporal. Y, por ello, debe tenerse por acreditado que fue una baja temporal o suspensión provisional lo que solicitó el titular de la autorización. A partir de ahí, la sentencia concluye que no son conformes a Derecho las resoluciones de la Dirección General de Transportes del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña. No obstante, y "a fin de no quebrantar el principo que prohíbe la *reformatio in peius*, la anulación de aquellas resoluciones lo ha de ser, tan sólo, con el alcance que acordó la Sala de instancia" (FJ 7º), esto es, para que la Administración continúe con el procedimiento en su día iniciado y, finalmente, decida la sustitución o no de la autorización de transportes.

Por último, la sentencia analizada no acoge la pretensión de condena a la Administración de la Generalidad al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Y ello por dos motivos. De entrada, se recuerda que "la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización", según el art. 142.4 de la citada Ley 30/1992. Y, en segundo lugar, es requisito necesario que el daño alegado sea efectivo, sin que tal realidad se presuponga por el solo hecho de la anulación del acto o disposición. Realidad del daño que debe quedar acreditado en la fase declarativa del proceso, puesto que lo que cabe demorar a la fase de ejecución es, tan sólo, su valoración y consiguiente cuantificación de la indemnización. Pues bien, concluye el Tribunal Supremo que "ese primer y

básico presupuesto no está acreditado en las actuaciones procesales que se tienen a la vista, en las que obra, cierto es, la alegación de que aquellas resoluciones administrativas causaron daños y perjuicios, pero no una prueba de que así fuera en efecto".

Luis Arroyo
Tomás Font
Alfredo Galán
Elisenda Malaret
Joseph Mollevi
Joaquín Tornos

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) Libre circulación de productos alimenticios. B) ¿Un Estado puede oponerse en la Unión a la libre circulación y a la comercialización de un complemento alimenticio legalmente vendido en otro Estado miembro? C) ¿Tiene justificación la normativa que supedita la comercialización de productos alimenticios para deportistas a la obligación de solicitar una autorización previa, cuando estén legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros? **2. Deporte.** A) ¿A qué órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde conocer de las resoluciones de la Federación o de la Liga profesional en materia de licencias federativas? B) Consecuencias jurídicas del caso Kolpak en España: la concesión de medidas cautelares en el caso Nihat. **3. Educación.** A) No universitaria a) Necesidad de motivación estricta para reducir un concierto educativo. **4. Extranjeros.** A) Ciudadanía europea y transmisión de apellidos. B) Permiso de trabajo y de residencia. C) Expulsión. D) Asilo y condición de refugiado. **5. Fuerzas y cuerpos de seguridad.** A) ¿Puede la guardia civil desarrollar funciones de vigilancia y protección de edificios en instalaciones autonómicas? **6. Sanidad.** A) Decisiones autonómicas sobre realización de trasplantes en hospitales de la red sanitaria pública.

1. CONSUMO

A) Libre circulación de productos alimenticios

La **STJCE de 5 de febrero de 2004, As. C-24/00,** resuelve el recurso interpuesto por la Comisión y declara que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado:

– al no haber establecido ningún procedimiento simplificado que permita obtener la inclusión, en la lista nacional de sustancias nutritivas autorizadas, la de las sustancias añadidas a los productos alimenticios de consumo 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 de los franceses.

B) ¿Un Estado puede oponerse en la Unión a la libre circulación y a la comercialización de un complemento alimenticio legalmente vendido en otro Estado miembro?

La **STJCE de 5 de febrero de 2004, As. C-95/01, Greenham y Abel,** resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de París, en relación con la interpretación de los artículos 28 y 30 del Tratado, y al respecto indica que una normativa nacional que prohíbe la comercialización de productos alimenticios a los que se han añadido sustancias nutritivas, productos legalmente fabricados y/o comercializados en el Estado miembro de exportación, pero prohibidos en el Estado miembro de importación, o que exige que estas sustancias se hayan incluido previamente en una lista nacional prevista al efecto para que se autorice la comercialización de los productos alimenticios a los que se han añadido, puede estar justificada, como medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa en el sentido del artículo 28 CE, siempre que cumpla los requisitos del artículo 30 CE. Es decir, que, por una parte, esta normativa debe prever un procedimiento que permita a los operadores económicos obtener la inclusión de una sustancia nutritiva en la lista nacional de sustancias autorizadas, lo que exige que dicho procedimiento sea fácilmente accesible y pueda concluirse dentro de un plazo razonable y, si desembocara en una decisión denegatoria, ésta debería ser recurrible judicialmente. Además, por otra parte, una solicitud con objeto de obtener la inclusión de una sustancia nutritiva en la lista nacional de sustancias autorizadas sólo puede ser desestimada por las autoridades nacionales competentes si esta sustancia plantea un riesgo real para la salud pública.

Es cierto que, a falta de armonización y en la medida en que subsistan dudas en el estado actual de la investigación científica, los Estados miembros ostentan la facultad de decidir el grado de protección de la salud que pretenden garantizar y, en tal sentido, pueden exigir una autorización previa a la comercialización de los productos alimenticios. El principio de cautela justifica la adopción de medidas restrictivas cuando resulta imposible determinar con certeza la existencia o el alcance del riesgo alegado por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los resultados de los estudios realizados, y por ello persista la probabilidad de un perjuicio real para la salud pública o concurra un riesgo cierto. En todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial apreciar si, en las circunstancias jurídicas y fácticas que caracterizan la situación del Estado miembro afectado, la prohibición de comercialización de los productos alimenticios controvertidos responde a las exigencias del Derecho comunitario para que pueda justificarse la restricción de la libre circulación de mercancías.

C) ¿Tiene justificación la normativa que supedita la comercialización de los productos alimenticios para deportistas a la obligación de solicitar una autorización previa, cuando estén legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros?

La **STJCE de 5 de febrero de 2004, As. C-270/02,** resuelve el recurso interpuesto por la Comisión con objeto que se declare que la República Italiana incumple las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 CE. En concreto, 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 virtud del artículo 8 del Decreto Legislativo 111/1992.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia declara que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 CE 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.

2. DEPORTE

A) ¿A qué órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde conocer de las resoluciones de la Federación o de la Liga profesional en materia de licencias federativas?

En el núm. 16 de esta Revista se comentaba en esta misma sección el Auto 15/2001, de 14 de junio, que determinaba el orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias relativas al otorgamiento de licencias federativas a deportistas extranjeros (el contencioso-administrativo y no el social). Entonces el conflicto de competencia positivo lo suscitaba un juzgado central de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional frente a un juzgado de lo social. Sin embargo ahora, por paradójico que pueda parecer, la **STS de 18 de junio de 2003,** Ar.6141, debe resolver una cuestión de competencia negativa similar, entre idéntico juzgado central de lo contencioso de la Audiencia Nacional y la correspondiente sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El objeto del recurso es la declaración de nulidad de las resoluciones de la Real Federación Española de Fútbol y de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, denegándole al recurrente la consideración de jugador comunitario y, consecuentemente, el reconocimiento de su derecho a prestar sus servicios como deportista profesional en igualdad de condiciones y derechos a los jugadores de fútbol españoles o comunitarios.

Se trata, por tanto, de actos que, aun realizados por asociaciones o entidades calificadas como privadas, los desarrollan en el ejercicio de funciones públicas *ex* art. 30.2 de la Ley

del Deporte y art. 1.1 del Real Decreto 1835/1991. No se está, en consecuencia, ante actos procedentes de órganos centrales de la Administración General del Estado en las materias a que se refiere el artículo 8.2.b) LJ, ni tampoco ante "actos emanados de organismos públicos con personalidad jurídica propia" o de "entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional", que serían los únicos deferidos, en cuanto aquí importa, a la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, según el artículo 9, apartados b) y c) LJ. En consecuencia, será preciso reconocer la competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (capital en la que tienen su sede tanto la Liga como la Federación autoras de los actos originariamente impugnados a efectos de la regla primera del artículo 14.1 LJ), con fundamento en el artículo 10.1.j) LJ.

La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada por el hecho de que "la actuación de la Administración del Estado en el ámbito del deporte" corresponda y sea ejercitada "directamente por el Consejo Superior de Deportes", ni por el hecho de que las Federaciones Deportivas Españolas, "bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes", ejerciten la función de "calificar y organizar, en su caso, las actividades y competencias deportivas de ámbito estatal", dentro de las cuales podría entenderse quedaban integradas las actividades relativas a la expedición de licencia de jugador profesional (artículos 30, 7.1 y 33.1 de la Ley del Deporte). En tal sentido, entiende el Tribunal Supremo que el otorgamiento o denegación de licencias deportivas corresponde a la Federación y a la Liga no por delegación del Consejo Superior de Deportes, por cuanto ni existió delegación de competencias administrativas propiamente dichas (de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992), "ni sería lógico presumirlo si se tiene en cuenta que las resoluciones de dicha Federación y Liga son recurribles en alzada ante el Consejo Superior de Deporte", según el artículo 3.3 del Real Decreto 1835/1991. Por lo tanto, se alcanza la conclusión de que en ningún caso se está ante resoluciones imputables al Consejo Superior de Deportes, único supuesto en que podría reconocerse competencia a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo *ex* artículo 9.c) LJ.

B) Consecuencias jurídicas del caso Kolpak en España: la concesión de medidas cautelares en el caso Nihat

En el núm. 20 de esta Revista se daba cuenta en esta misma sección de la STJCE de 8 de mayo de 2003, en el conocido caso Kolpak. Pues bien, entre sus consecuencias jurídicas inmediatas en España se encuentra el **ATSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2003,** en el que se estima el recurso de súplica de concesión de medidas cautelares planteado por el jugador profesional de fútbol Nihat Kahveci y la Real Sociedad de Fútbol.

En concreto, se parte de que puede hacerse perder su finalidad legítima al recurso, frente a la regla normal de la ejecutividad del acto, máxime si se tiene presente el dato de que la vida profesional de un jugador de fútbol "puede durar menos tiempo que la de este recurso". Por consiguiente, se otorga la medida cautelar positiva, consistente en que se ordene al Consejo Superior de Deportes que inste a la Real Federación Española de

Fútbol para que proceda a inscribir al jugador turco Nihat como jugador comunitario, al amparo del Acuerdo y Protocolo Adicional aprobado por la Comunidad Europea mediante Reglamento de 19 de diciembre de 1972, así como de la Sentencia recaída en el caso Kolpak, "expidiéndose al efecto la correspondiente licencia federativa asimilada a la de un comunitario, siendo inscrita como tal".

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Necesidad de motivación estricta para reducir un concierto educativo

La **STS de 14 de julio de 2003,** Ar. 6773, anula la resolución de una Consejería autonómica de Educación, por la que se renovaba un concierto educativo por cuatro años más, pero reduciendo en una las unidades de enseñanza primaria hasta entonces concertadas, y ello porque advierte una falta de motivación concreta, señalando a este respecto que, estando en juego un derecho fundamental, como es el de la educación, no es suficiente con argumentaciones genéricas y menos con la mera invocación de una no demostrada insuficiencia de fondos para mantener el número de unidades de enseñanza de que se trataba.

4. EXTRANJEROS

A) Ciudadanía europea y transmisión de apellidos

En el origen de la **STJCE de 2 de octubre de 2003, As. C-148/02, García Avello,** se encuentra el deseo de un ciudadano español casado con una belga, residente en Bélgica y con dos hijos que disfrutan de la doble nacionalidad, de que éstos llevasen como segundo apellido el de su madre (tal y como se hace en España) y no los dos del padre (como sucede en Bélgica). Su solicitud, sin embargo, fue denegada por el Ministerio de Justicia y, recurrida esta denegación, el *Conseil d´Etat* belga planteará la cuestión prejudicial objeto de esta Sentencia.

Para dilucidar la interpretación aplicable del Derecho comunitario, el Tribunal de Luxemburgo comienza por recordar que, en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, si bien éstos deben respetar el Derecho comunitario al ejercer dicha competencia (y, en particular, las disposiciones relativas a la libertad de circulación y de residencia). A estos efectos, para el Tribunal de Justicia será relevante que los hijos del Sr. García Avello puedan invocar en el litigio principal el derecho (previsto en el artículo 12 TCE) a no sufrir ninguna discriminación por razón de la nacionalidad, en lo que respecta a las normas por las que se rige su apellido.

El Tribunal de Justicia considerará contrario a los artículos 12 y 17 TCE una denegación de transmisión de apellidos como la que se planteaba y lo hace con una argumentación que procede recoger en su literalidad:

> "En lo que atañe al principio de inmutabilidad del apellido como instrumento destinado a evitar los riesgos de confusión acerca de la identidad o la filiación de las personas, es preciso señalar que, si bien dicho principio contribuye ciertamente a facilitar el reconocimiento de la identidad de las personas y de su filiación, no es tan indispensable como para no admitir una práctica consistente en permitir a los hijos nacionales de un Estado miembro que tienen también la nacionalidad de otro Estado miembro llevar un apellido compuesto de elementos distintos de los previstos por el Derecho del primer Estado y que, además, está inscrito en un registro oficial del segundo Estado miembro. Asimismo, no hay duda de que, debido en particular a la magnitud de los flujos migratorios en el interior de la Unión, en un mismo Estado miembro coexisten diferentes sistemas nacionales de atribución del apellido, de modo que, en la vida social de un Estado miembro, no cabe apreciar forzosamente la filiación según el criterio del único sistema aplicable a los nacionales de este último Estado. A ello se añade que un sistema que permite la transmisión de elementos de los apellidos de los dos progenitores, lejos de provocar confusión sobre el vínculo de filiación de los hijos, puede, por el contrario, contribuir a reforzar el conocimiento de dicho vínculo en relación con ambos progenitores" (aptdo. 42).

Finalmente, añadirá lo siguiente:

> "Por otro lado, en lo que atañe al objetivo de integración perseguido por la práctica controvertida, basta señalar que, habida cuenta de la coexistencia en los Estados miembros de diversos sistemas de atribución del apellido aplicables a las personas que residen en ellos, una práctica como la examinada en el asunto principal no es necesaria ni adecuada para favorecer la integración en Bélgica de los nacionales de otros Estados miembros" (aptdo. 43).

B) Permiso de trabajo y de residencia

En este apartado se pueden mencionar, en primer lugar, tres sentencias que se enfrentan con denegaciones de permisos de trabajo fundamentadas en la situación nacional de empleo. Pues bien, en todas ellas el Tribunal Supremo concederá el mencionado permiso al apreciarse la existencia de unos conocimientos específicos para el puesto de trabajo a desempeñar, no presumibles (ni demostrados) en los restantes solicitantes de empleo (**SSTS de 6 de mayo, de 18 de junio y de 18 de julio de 2003,** Ar. 4713, 5692 y 5940, respectivamente). No ocurre lo mismo, sin embargo, con el caso resuelto por la **STS de 18 de julio de 2003,** Ar. 6313, en donde del informe aportado por el INEM se deducía la existencia en Madrid de 276 españoles demandantes de trabajo dedicados a esa especialidad.

Por su parte, la **STS de 19 de mayo de 2003,** Ar. 5773, consolida una línea jurisprudencial –cuyo punto de inflexión podemos situar en 1999– en la que, a los efectos que aquí

interesan (que, en definitiva, se reconducen a la interpretación y aplicación del artículo 18.2 de la Ley Orgánica 7/1985), la venta ambulante, cuando permite ganarse la vida al extranjero, puede considerarse "una actividad lucrada continuada", concepto legal que permite el otorgamiento del permiso de trabajo solicitado.

C) Expulsión

La **STS de 28 de abril de 2003,** Ar. 4929, se plantea directamente la cuestión de los requisitos para otorgar valor probatorio a unas actuaciones policiales en un supuesto de expulsión de extranjera (por la denominada "práctica de alterne"). A estos efectos el Tribunal Supremo dirá que "la prueba tendrá que poder ser sometida a un debate contradictorio y abierto en el proceso jurisdiccional que luego pueda iniciarse para impugnar la resolución administrativa. Y esto exige que, cuando las actuaciones policiales reflejen o expresen determinados hechos que consideren demostrados como resultado de sus averiguaciones, habrán de cumplir con estas exigencias: a) precisar los concretos medios personales o materiales que, a lo largo de esas averiguaciones, han llevado al conocimiento de tales hechos; y b) describir esos hechos objeto de prueba de manera circunstanciada, señalando con claridad el tiempo y el lugar en que concurrieron, e identificando de manera inequívoca la persona y el lugar a que son referidos".

Resulta, en fin, llamativo el **ATSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2003,** en el que, tras calificar de nula de pleno derecho (*ex* artículo 103.4 LJCA) la ejecución material de una orden de expulsión que había sido suspendida de manera cautelar por el órgano jurisdiccional, el Tribunal Superior de Justicia afirmará: "consecuencia de la nulidad de pleno derecho acordada del acto material de expulsión del recurrente del territorio nacional debe ser la reposición de las actuaciones a su estado anterior, lo que implica el retorno del recurrente al territorio nacional debiendo la Administración demandada correr con los gastos que origine dicho retorno".

D) Asilo y condición de refugiado

La **STS de 9 de octubre de 2003,** Ar. 7544, anula la Sentencia previa de la Audiencia Nacional porque, frente a una solicitud de admisión a trámite de una petición de asilo, lo resolvió con una desestimación en cuanto al fondo (algo ajeno, por tanto, al objeto del trámite previo en que consiste la admisión a trámite, valga la redundancia), lo que le hizo incurrir a la Sentencia en una incongruencia interna.

5. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

A) ¿Puede la guardia civil desarrollar funciones de vigilancia y protección de edificios en instalaciones autonómicas?

La **STS de 16 de julio de 2003,** Ar. 6369, resuelve el recurso interpuesto por el Sindicato de Comisarios de Policía contra el Acuerdo suscrito por el Ministerio del Interior y la

Comunidad de Madrid en materia de vigilancia y protección de edificios e instalaciones autonómicas. Al respecto, entienden los recurrentes que en ningún caso pueden atribuirse tales funciones a la guardia civil. Por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que de la interpretación conjunta del artículo 148.1.22 CE, y del los artículos 37 y 47 de la Ley Orgánica 1/1986, no puede llegarse a idéntica conclusión, puesto que no estando previsto en el Estatuto de la Comunidad de Madrid la posibilidad de creación de cuerpo de policía por la propia Comunidad Autónoma, no resulta aplicable al caso el supuesto previsto en el apartado 2 del artículo 37 y, por ello, en el presente caso tampoco es aplicable la adscripción forzosa de Unidades del Cuerpo de Policía Nacional, de conformidad con las previsiones del artículo 47.

En definitiva, en el presente caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 37 de la Ley Orgánica 1/1986, conforme al cual, para el supuesto de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas no prevean la creación de cuerpos de policía, también se podrán ejercer las funciones de vigilancia y protección, a que se refiere el artículo 148.1.22 de la Constitución, mediante la firma de acuerdos de cooperación específica con el Estado, en cuyo caso dicho acuerdo de cooperación no está sujeto a la restricción establecida en el artículo 47 de la Ley Orgánica y, en consecuencia, pueden encomendarse las citadas funciones a través de ese acuerdo de cooperación a los efectivos de la guardia civil, tal como se ha realizado en el convenio objeto del presente recurso.

6. SANIDAD

A) Decisiones autonómicas sobre realización de trasplantes en hospitales de la red sanitaria pública

La **STS de 8 de abril de 2003,** Ar. 7136, respecto de sendas actuaciones de una Consejería autonómica de Sanidad, mantiene su legalidad al considerar que tanto la designación de la unidad de trasplantes hepáticos de un determinado Hospital público como Centro de Referencia autonómica para tales trasplantes, como la denegación a otro Hospital universitario de la realización de un programa de trasplantes hepáticos había sido adoptada dentro de la esfera del principio organizativo propio y en aras de una mejor funcionalidad y prestación del servicio.

Iñaki Agirreazkuenaga
Edorta Cobreros

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) La autorización recaída en un expediente de regulación de empleo es competencia de la JC-A. b) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede resolver cuestiones de propiedad. c) La convocatoria y adjudicación del concurso son actos separables. d) No corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la impugnación de elección de miembros de juntas de gobierno de federaciones deportivas. B) Sujetos. a) Las Juntas de Compensación pueden ejercitar la acción pública urbanística. b) Las Cámaras de Comercio tienen legitimación suficiente para recurrir resoluciones de Comunidades Autónomas. C) Objeto: no se pueden redactar preceptos de disposición general anulados. D) Competencia. a) La determinación de qué Sala dentro de un mismo Tribunal Superior de Justicia y orden jurisdiccional debe conocer es una cuestión de distribución de asuntos. b) Juzgados de lo Contencioso-Administrativo: conocen de los recursos contra actos de Consejos Generales de Colegios profesionales sin competencias delegadas. c) Tribunales Superiores de Justicia. a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de actos de la UNED, aunque *lege ferenda* deberían conocer los Juzgados Centrales. b') Conocen de resoluciones de la Real Federación Española de Fútbol y de la Liga Nacional de Fútbol profesional. d) Los Juzgados Centrales. a') Conocen de acto de Ministro en materia de personal a pesar de ser confirmatorio de otro de Director General. b') Conocen sobre alta en el fondo especial del INSS. e) La Audiencia Nacional conoce de los recursos contra las Relaciones de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. E) Procedimiento. a) El plazo para interponer recurso de reposición por un concejal que votó en contra del acto recurrido comienza el día de la sesión de votación. b) Cuando el procedimiento de la Ley 62/1978 se sigue por lo previsto en la Ley 5/1984, la sentencia no tiene que citar precepto de constitucional que se entiende vulnerado. c) En el recurso de lesividad no cabe pedir responsabilidad civil en la contestación a la demanda. d) Prueba: la copia fiel de un documento tiene valor probatorio del hecho que lo origina. e) En la LJCA de 1998 no se contempla la caduci-

dad de la instancia. f) El mecanismo de rehabilitación de plazos no es aplicable cuando no se presenta la demanda en tiempo oportuno. g) Cuestión prejudicial comunitaria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: sólo procede cuando condicione el sentido del fallo. h) Cuestión de ilegalidad: debe plantearse aunque la norma cuestionada esté derogada al dictarse sentencia. F) Ejecución de sentencias: la presentación de la pretensión dentro de plazo ante el Tribunal Supremo interrumpe el cómputo aunque se declare incompetente. G) Medidas cautelares. a) No procede la suspensión de una disposición de carácter general. b) No procede la suspensión del acto si ha recaído sentencia y aunque ésta haya sido recurrida en casación. c) En la publicación de sanciones en materia de auditoría de cuentas se da la prevalencia del interés general reflejado en la necesidad de dar la máxima transparencia a la información económica. H) Costas. a) La minuta puede detallar aspectos sucesivos de una actuación única. b) Puede resolverse en una sola sentencia la impugnación por indebida y por excesiva.

2. Recurso de casación. A) Inadmisión. a) Personal: la sentencia que estima el recurso contencioso-administrativo y sustituye una sanción de separación del servicio por una de suspensión sólo es recurrible en casación por el Ayuntamiento que impuso la sanción originaria. b) Defectuosa preparación. a') El requisito se flexibiliza respecto a las sentencias dictadas en relación con actos locales. b') La necesidad de justificación de la infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido se aplica sólo a los recursos de casación contra sentencias, no contra autos. c') El artículo 93.4 LJCA no se aplica a los actos de los Colegios Profesionales de ámbito autonómico. c) La adscripción de un profesional determinado a un Colegio profesional reviste interés casacional. B) Motivos. a) No puede invocarse, *ex* artículo 88.1.a) LJCA la infracción de norma declarada inconstitucional. b) En la infracción, *ex* artículo 88.1.a) LJCA, del deber de notificar el cambio de ponente debe probarse la existencia de una posible causa de recusación. c) Si la invalidez declarada resulta de menor alcance que la pedida no hay incongruencia de la sentencia a los efectos del artículo 88.1.c) LJCA. d) En la casación contra autos dictados en ejecución de sentencia sólo se pueden alegar los motivos del artículo 87.1 LJCA. C) Objeto: carece de objeto el recurso de casación contra una sentencia de Tribunal Superior de Justicia que declara apto para el servicio militar.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de octubre a diciembre de 2003 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 órganos jurisdiccionales, la cuestión prejudicial comunitaria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el alcance del requisito de preparación del recurso de casación.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) La autorización recaída en un expediente de regulación de empleo es competencia de la JC-A

En el caso analizado por la **STS de 23 de junio de 2003,** Ar. 5785, se sostiene que la pretensión formulada en la demanda está atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en cuanto que se impugnaba un acto de la Administración pública, concretamente la autorización recaída en un expediente de regulación de empleo de conformidad con lo establecido, entonces, en el artículo 51 LET y Real Decreto 696/1980, de 14 de abril. O, dicho en otros términos, se trata de la revisión jurisdiccional de un acto o actuación administrativa, aunque sea en materia social, atribuida a los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

b) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede resolver cuestiones de propiedad

Al hilo del análisis de una sentencia en la que no se declara la propiedad de terreno alguno, sino que se limita a anular el deslinde impugnado porque la Administración no ha justificado debidamente que los terrenos incluidos en el deslinde sean "playa" según la definición del artículo 3 de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, la **STS de 24 de septiembre de 2003,** Ar. 6439, nos recuerda que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede resolver cuestiones de propiedad, pero sí decidir si un deslinde realizado por la Administración es o no conforme con los criterios expresados por la Ley de Costas para definir el dominio público, y también declarar que si la Administración ha justificado o no la inclusión de unos terrenos en los criterios legales.

c) La convocatoria y adjudicación del concurso son actos separables

La **STS de 5 de junio de 2003,** Ar. 6323, recuerda la doctrina que, interpretando el artículo 5.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, que aprobó el Estatuto de Radiodifusión y Televisión, señala que los acuerdos de convocatoria y de adjudicación del concurso tienen la condición de "actos separables" y, como tales, susceptibles de ser impugnados ante

la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que no puede aceptarse que al expresar la cláusula quinta del pliego que el contrato se regiría por las normas de Derecho privado, "aún para los actos separables", se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para la contratación. En los contratos celebrados por el Ente Público RTVE, cuyos efectos están sometidos al derecho privado, han de considerarse actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación, competencia y adjudicación del contrato y en consecuencia, dichos actos están sujetos a las reglas generales del derecho administrativo.

d) No corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la impugnación de elección de miembros de juntas de gobierno de federaciones deportivas

La **STS de 20 de junio de 2003,** Ar. 6143, ha señalado que un asunto relativo a la validez de la elección de la Junta Directiva de una Asociación privada, que es la naturaleza de un Club de Fútbol, debe ser conocido por los Tribunales civiles competentes. Incluso en relación a las Federaciones deportivas debe entenderse que cuando su actuación no se refiere directamente al campo de la educación física o el deporte, a través de las funciones públicas que se les confieren, sino que más bien es extraña a él, no implicando utilización ninguna de las facultades a que se refiere el artículo 16 de la Ley General de la Cultura Física y del Deporte, sus actos no tienen naturaleza de Derecho administrativo, sino que son actos propios de una Asociación privada, y las impugnaciones de los mismos han de ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria competente.

B) Sujetos

a) Las Juntas de Compensación pueden ejercitar la acción pública urbanística

Es patente la capacidad de las Junta de Compensación para el ejercicio de la acción pública urbanística, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma por el que se aprueba definitivamente la Modificación Puntual de un Plan General de Ordenación Urbana, como se infiere del artículo 127.3 del TRLS de 1976, ya que, como apunta la **STS de 7 de mayo de 2003,** Ar. 4561, su naturaleza de entes urbanísticos colaboradores en nada condiciona a su capacidad de ejercicio de la acción pública, y más cuando el acto impugnado no deriva de su vinculación con la Administración demandada.

b) Las Cámaras de Comercio tienen legitimación suficiente para recurrir resoluciones de Comunidades Autónomas

Las Corporaciones de Derecho Público integran lo que tradicionalmente se ha llamado Administración Corporativa, cuyo fundamento último se encuentra en la Constitución y, en lo que ahora nos afecta, en el artículo 52 de ésta que establece que: "La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económi-

cos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos". Esos entes corporativos son expresión de la interacción Estado-sociedad. Son entes híbridos, esto es, con manifestaciones del Derecho Público y del Derecho privado que, tradicionalmente adoptan una forma de personificación pública, como persona jurídica de Derecho Público, pero que ejercen funciones tanto públicas, como privadas.

La Constitución consagra su existencia, pero no predetermina su naturaleza jurídica, ni se pronuncia al respecto. Y es, precisamente, sobre esta cuestión, esto es, sobre su naturaleza jurídica en el sentido de determinar su encuadramiento o no como Administración Pública, en relación con la que se plantean los mayores problemas. Ya la LJCA de 1956 establecía en su artículo 1.2: "Se entenderá a estos efectos por Administración Pública: c) Las Corporaciones e Instituciones Públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local".

El Tribunal Constitucional ha elaborado su doctrina acerca de la naturaleza de las Corporaciones de Derecho Público, declarando, en síntesis, lo siguiente: a) Las Corporaciones de Derecho Público son propiamente organizaciones de base y fines privados, pero con una dimensión pública por su conexión, también, con el interés público y presentan una doble dimensión (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto). b) En cuanto participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas, la competencia del legislador estatal para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas *ex* artículo 149.1.18 de la Constitución, alcanza a las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales, (sentencia antes citada y 18/1984, de 7 de febrero). c) Finalmente, en las Sentencias 123/1987, de 15 de julio y 113/1994, de 14 de abril, se utiliza, ya directamente, la denominación de Corporación sectorial de base privada.

De ahí cabe extraer, como han señalado destacados autores, las siguientes conclusiones: 1) Se trata de Corporaciones que agrupan sectores de personas asociadas alrededor de una finalidad específica –a diferencia de las Corporaciones territoriales– en las que la cualidad de sus miembros está determinada por una condición objetiva que se relaciona con el fin corporativo específico. 2) No toda Corporación Pública se puede considerar Administración Pública. 3) A las funciones específicas que en la defensa de los intereses de sus miembros, en cuanto dentro de ellas se canalizan intereses sectoriales de los mismos, puede adicionarse por el Ordenamiento Jurídico, directamente o por delegación de las Administraciones Públicas, la atribución de facultades que normalmente son propias de estas últimas.

Sobre tales premisas debe recordarse cómo la Sentencia 107/1996, de 12 de junio, del Tribunal Constitucional (Pleno), desarrolló cinco grandes líneas en orden a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, que venían reguladas en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de aquellas Cámaras. Una, relativa a la adscripción obligatoria a las mismas, en cuanto resuelve que todos los comerciantes, industriales y nautas que ejercen sus actividades en territorio nacional son electores de las Cámaras y en cuanto tales eligen y pueden ser elegidos para formar parte de los órganos de gobierno de la Corporación. Otra, en cuanto a su naturaleza, precisó que son órganos consultivos y de colaboración

con las Administraciones Públicas que desarrollan sus funciones por expreso imperativo legal. Una tercera, respecto de los electores, en cuanto es una cualidad que genera una obligación de contenido económico que no puede ser desconectada de su intervención en la constitución de una Cámara de Comercio: la posición o *status* de comerciantes, industriales y nautas implican la adscripción obligatoria. Otra más, respecto de las funciones, desempeñan funciones de clara relevancia constitucional, que se caracterizan por su concreción y obligatoriedad. Y, por fin, respecto del recurso cameral, la Ley 3/1993 obliga a todos los comerciantes, industriales y nautas a pagar el indicado recurso.

En base a todo ello, la **STS de 14 de julio de 2003,** Ar. 5458, reconoce que no puede ofrecerse una respuesta unívoca al problema de la legitimación, sino que la que ha de darse ha de ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos y en todos los supuestos, de forma que la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirve el proceso.

El artículo 1 de la Ley 3/1993, Básica de dichas Cámaras, pone de relieve esa naturaleza híbrida que señala la doctrina, que se completa con los preceptos que le siguen en orden a las funciones de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, permite distinguir en el haz de competencias y funciones que se les atribuyen, tres finalidades en su actuación: 1, el ejercicio de las competencias de carácter público que les atribuye la propia Ley; 2, el ejercicio de las competencias que les pueden encomendar y delegar las Administraciones Públicas y, 3, la representación, defensa y promoción de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación y la prestación de servicios a las empresas de su demarcación.

Pues bien, no cabe deducir del complejo entramado de funciones y finalidades que se les atribuyen, que se reduzca la compleja naturaleza de las Cámaras, siempre y en todo caso a una posición subordinada y vicaria de la Administración pública a cuya tutela se somete, pues ésta no debe llevar a una desnaturalización de la Institución Cameral, que no puede anular cierta autonomía funcional o el autogobierno democrático, esto es, lo que pudiera encontrarse en lo comúnmente entendido como contenido esencial de esas atribuciones. Así es como es posible entender, sin rigidez interpretativa, tanto el artículo 1 antes referido, como los propios artículos 22 y 24.1 de la referida Ley 3/1993.

Si ese alcance de la actividad de tutela se entiende en sus justos límites, esto es, en el entendimiento, valga la redundancia, de que la toma de decisiones sobre las materias tuteladas incumbe desde luego a las Cámaras que (como señaló el Consejo de Estado en su dictamen de 8 de noviembre de 2000, precisamente en relación con el desarrollo reglamentario de la Ley autonómica 10/1999, de 16 de abril, por la que se regula la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, partiendo de las propias previsiones constitucionales –artículo 52 de la Constitución–, en tanto que Corporaciones representativas de los intereses de sus miembros, han de gozar de autonomía organizativa y financiera, a cuyo efecto aprobarán la correspondiente reglamentación interna, sometidas a

controles cuya finalidad es garantizar la legalidad en la actuación del ente tutelado), puede afirmarse que, en ciertas materias, como es precisamente la determinación de quienes son electores, entendida esta expresión en el significado de pertenecientes a dichas organizaciones y, en consecuencia, con repercusiones en el ámbito y determinación del recurso cameral permanente, no cabe negar un interés legítimo en que puedan impugnar aquellos actos de la Administración tutelante en esa materia concreta, en cuanto afecta al propio haz de atribuciones específicas determinadas en la Ley y para la defensa de sus intereses propios y el cumplimiento de ciertas funciones que legalmente tiene encomendadas. En ese específico caso hay que entenderlas desvinculadas de la propia Administración tutelante, en defensa del ejercicio de esas funciones, sin que la expresión "resolución de recursos" del artículo 22 de aquella Ley, pueda entenderse como un obstáculo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, aún contra la propia Administración tutelante. En ese caso no es posible entenderla como órgano de la propia Administración, jerárquicamente subordinada a aquélla, que le impida residenciar la discrepancia en sede contencioso-administrativa.

C) Objeto: no se pueden redactar preceptos de disposición general anulados

La **STS de 25 de junio de 2003,** Ar. 5793, recuerda la reiterada doctrina que viene declarando expresamente la imposibilidad de que en vía jurisdiccional se determine la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general que resultasen anulados, prohibición recogida expresamente en el actual artículo 71.2 LJCA. La misión de esta Jurisdicción es únicamente la de resolver si los actos impugnados son o no conformes a Derecho, anulándolos expresamente en el segundo caso tantas veces como fuere necesario; pero sin pretender sustituir en modo alguno la actividad administrativa en la redacción de los mismos.

D) Competencia

a) La determinación de qué Sala dentro de un mismo Tribunal Superior de Justicia y orden jurisdiccional debe conocer es una cuestión de distribución de asuntos

La **STS de 4 de junio de 2003,** Ar. 5601, (Cuestión de competencia negativa) al resolver la cuestión de competencia negativa suscitada entre dos Salas del mismo Tribunal Superior de Justicia y del mismo orden jurisdiccional, considera, con arreglo a lo que dispone el artículo 17 LJCA, que no estamos ante una cuestión de competencia, sino ante un simple problema de distribución de asuntos entre distintas Salas de un mismo Tribunal, cuya solución compete a la Sala de Gobierno de aquel Tribunal Superior de Justicia, por lo que debe, en consecuencia, estimarse incorrectamente planteada esta cuestión de competencia negativa entre ambas Salas del mismo Tribunal Superior, que debe quedar reducida a una mera discrepancia respecto a la distribución de asuntos entre ellas, que corresponde resolver a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia con arreglo a las normas que al efecto tiene aprobadas, para lo cual deberá ponerse esta sentencia en conocimiento de los Presidentes de una y otra Sala y de la de Gobierno de aquel Tribunal.

b) Juzgados de lo Contencioso-Administrativo: conocen de los recursos contra actos de Consejos Generales de Colegios profesionales sin competencias delegadas

El **ATS de 20 de marzo de 2003,** Ar. 5559, ha reiterado que la genérica delegación de competencias que contempla el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, no es una delegación propiamente dicha, pues la competencia resolutoria del Colegio provincial viene atribuida por una disposición de carácter general y no en virtud de un acto delegativo singular, proveyéndose además un recurso de alzada ante el órgano central, lo que viene a confirmar que no se trata de una delegación genuina sino de una desconcentración de funciones, aunque en la norma se utilice impropiamente el término "delegación". No cabe desconocer que el acto originariamente impugnado, en cuanto emana de una corporación de derecho público cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional –Acuerdo de Colegio Oficial Provincial–, y es confirmado en vía de recurso por el órgano superior –Acuerdo de Consejo General de Colegios Oficiales–, tiene pleno encaje en el artículo 8.3 de la vigente Ley Jurisdiccional, sin que pueda alcanzarle la excepción prevista en el párrafo segundo del mencionado precepto, aplicable únicamente a los actos dictados por la Administración periférica del Estado y organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, que no es el caso.

c) Tribunales Superiores de Justicia

a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de actos de la UNED, aunque *lege ferenda* deberían conocer los Juzgados Centrales

Las **SSTS de 22 y 28 de mayo de 2003,** Ar. 5570 y 5579, (Cuestión de competencia negativa) analizan la distinción entre el criterio atributivo de competencia contenido en el artículo 9.c) LJCA para los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y el que recoge el artículo 10.1.i) de la misma norma para las Salas de este orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia cuando se está en presencia de actos o actuación de alguna entidad pública con reconocimiento constitucional o legal de autonomía, como ocurre con las Universidades, en el concreto, con una Resolución del Rectorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra acuerdo del propio rectorado.

La resolución comentada sostiene los siguientes razonamientos: a) Que, como principio general, el artículo 9.c) LJCA se refiere a la llamada Administración General del Estado que, bajo la genérica denominación de "organismos públicos", regula la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), Ley 61/1997, de 14 de abril, Título III (organismos autónomos y entidades públicas empresariales a que se refieren sus artículos 41 y siguientes). b) Que las Universidades, sin perjuicio de la transferencia de competencias en favor de las Comunidades Autónomas, constituyen entidades públicas a las que corresponde la realización del servicio público de la Educación, cuya autonomía, reconocida en la Constitución dentro del marco del derecho fundamental a la educación y de libertad de enseñanza, no supone desvincula-

ción total respecto de la Administración General del Estado o, en su caso, de la Administración Autónomica, puesto que su contenido es el que marca la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU), que para nada la presupone, sino que, por el contrario, establece los correspondientes vínculos de relación con aquélla (a través de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo, del Ministerio de Educación y Cultura, y del Consejo de Universidades, cuyo Presidente es, precisamente, el Ministro del Ramo). Además, en relación con la UNED y por sus especiales características, están legalmente atribuidas al Gobierno, en cuanto aquí importa, las competencias que la LRU atribuye a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (Disposición Adicional Primera de dicha norma). c) Que, por consiguiente, no puede servir de criterio distintivo en la atribución competencial respecto de actos de las Universidades, y en concreto de la UNED, la consideración de que tales entidades no forman parte de la Administración General del Estado, puesto que la autonomía universitaria se concreta a la elaboración de los Estatutos, a la elección, designación y remoción de los órganos de gobierno y administración, a la elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes, al establecimiento y modificación de sus plantillas, etc., es decir, al ejercicio de las competencias relacionadas en el artículo 3.2 LRU, pero sin ninguna repercusión en la conceptuación de la Universidad como parte esencial de la Administración Educativa, sin perjuicio, como ocurre con otras personificaciones públicas –*vgr.* la de los propios "organismos públicos" de la LOFAGE, artículo 42–, del reconocimiento legal de personalidad pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión, que no las separa de su participación, como especie, en la estructura general de la Administración del Estado. d) Que no basta con que se trate de actos de organismos públicos, con personalidad jurídica propia, y de entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional para, sin más, deferir la competencia a un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, puesto que, aparte las excepciones legales –las del artículo 10.1.i) LJCA, expresamente indicado en el artículo 9.c) a propósito de la competencia de dichos Juzgados, y las del artículo 11 y Disposición Adicional Cuarta de la propia Ley, respecto de la competencia de la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional–, la Jurisprudencia ha reconocido que los actos de los organismos periféricos de estos órganos centrales, pese a que nada excepciona el meritado artículo 9.c) al respecto, están atribuidos a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, salvo los de cuantía superior a 10 millones de pesetas o los que se dicten en las materias que exceptúa el artículo 8.3, en cuyo caso, la competencia es de la Sala del Tribunal Superior de Justicia *ex* artículo 10.1.j) LJCA. e) Del propio modo, en materia de personal, propiedades especiales o expropiación forzosa, los actos dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior a Ministro o Secretario de Estado, están atribuidos a la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia *ex* artículo 10.1.i) LJCA.

En base a lo expuesto, la resolución comentada considera que se está ante una resolución adoptada en materia de personal, concretamente en ejecución de un Plan de Acción Social de la UNED de ayuda a la adquisición de viviendas, por un órgano –el Rectorado– con competencia en todo el territorio nacional y nivel orgánico inferior al Ministro o

Secretario de Estado, perteneciente a una Entidad –la UNED– que puede considerarse incardinada en la Administración General del Estado. Por consiguiente reconoce la competencia a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, incluso admitiendo que, *de lege ferenda*, sería conveniente, en aras de la seguridad jurídica y unidad de criterios, residenciar la materia en la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, en primera instancia, y de la Sala del mismo orden de la Audiencia Nacional, en apelación, y no atribuirla al conocimiento de las Salas Territoriales de los Tribunales Superiores de Justicia.

b') Conocen de resoluciones de la Real Federación Española de Fútbol y de la Liga Nacional de Fútbol profesional

Una reiterada "jurisprudencia de conflictos", de la que puede señalarse el Auto 15/2001, de 14 de junio (conflicto de competencia 12/200), considera que el orden jurisdiccional competente para conocer de controversias relativas al otorgamiento de licencias a deportistas extranjeros por las correspondientes Federaciones deportivas, es el contencioso-administrativo y no el social, habida cuenta que, si bien tanto la Real Federación Española de Fútbol como la Liga Nacional de Fútbol tienen naturaleza privada, sin embargo, las Federaciones Deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública, doble posibilidad de actuación esta (privada y de gestión de intereses públicos) sancionada por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia de esta Sala.

Sentado lo anterior, la **STS de 18 de junio de 2003,** Ar. 6141, (Cuestión de competencia negativa) señala que la declaración de nulidad de las resoluciones dictadas por la Real Federación Española de Fútbol y por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, denegando la consideración de jugador comunitario y, consecuentemente, el reconocimiento del derecho a prestar sus servicios como deportista profesional en igualdad de condiciones y derechos que los jugadores de fútbol españoles o comunitarios, se trata de actos que, aun realizados por asociaciones o entidades privadas fueron adoptados por ellas en el ejercicio de funciones llevadas a cabo por delegación del poder público *ex* artículo 30.2 de la Ley del Deporte y artículo 1.1 del Real Decreto, 1835/1991, de 20 de diciembre. No se está, en consecuencia, ante actos procedentes de órganos centrales de la Administración General del Estado en las materias a que se refiere el artículo 8.2.b) LJCA, ni tampoco ante "actos emanados de organismos públicos con personalidad jurídica propia" o de "entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional", que serían los únicos deferidos, en cuanto aquí importa, a la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, según el artículo 9.b) y c) LJCA.

En consecuencia, si el problema no es de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, ni de los Centrales del mismo orden jurisdiccional, será preciso reconocerla a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid (capital en la que tienen su sede tanto la Liga Nacional de Fútbol Profesional como la Real Federación Española de Fútbol autoras de los actos originariamente impugnados a efectos de la regla primera del art. 14.1 de la aludida Ley Jurisdiccional), Sección Sexta, con fundamento en el artículo 10.1.j) de la misma, y ello aun cuando en los autos consten ejemplos de que, en determinados conflictos de competencia, ésta haya sido reclamada a los Juzgados de lo Social por Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

d) Los Juzgados Centrales

a') Conocen de acto de Ministro en materia de personal a pesar de ser confirmatorio de otro de Director General

La **STS de 28 de mayo de 2003,** Ar. 6005 (cuestión de competencia) –recuerda que el artículo 9.a) LJCA 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.

La cuestión de competencia que se examina se refiere a un acto del Ministro de Defensa confirmatorio en alzada del dictado por el Director General de Personal del Departamento sobre el señalamiento del haber pasivo del recurrente. Se trata, por tanto, de una resolución ministerial en materia de personal no comprendida en ninguna de las excepciones a que se refiere el artículo 9.a), habiendo surgido la discrepancia competencial porque, a juicio del Juzgado Central núm. 9, el conocimiento del recurso corresponde al Tribunal Superior de Justicia, dentro de cuya circunscripción se encuentra el domicilio de la recurrente, ya que, al ser la resolución del Ministro de Defensa confirmatoria en todos sus extremos de la dictada por un órgano de la Administración General del Estado con competencia en todo el territorio nacional y de nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado, y refiriéndose a materia de personal, la competencia objetiva está atribuida a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en aplicación del artículo 10.1.i) de la Ley de esta Jurisdicción.

Sin embargo de lo anterior, la resolución comentada precisa que el artículo 9.a), 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 es el caso, el dictado por otro órgano central de la Administración General del Estado.

Por su parte, el artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción actual (fruto de la última modificación llevada a cabo en su texto por la LO 6/1998, de 13 de julio), dispone que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

conocerá, en lo que 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, por tanto, de una norma orientada a distribuir la competencia de los recursos que se interpongan contra los actos de 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) LJCA en el marco del artículo 66 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, se atribuye la competencia controvertida al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, al considerar 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') Conocen sobre alta en el fondo especial del INSS

La **STS de 8 de julio de 2003,** Ar. 5942, analiza la controversia relativa al alta en el Fondo Especial del INSS, que ha surgido como consecuencia de la distinta naturaleza que los órganos jurisdiccionales contendientes atribuyen a la resolución impugnada, ya que mientras que el Tribunal Superior de Justicia considera que la materia litigiosa no es de personal, sino de gestión recaudatoria, por lo que resulta aplicable el artículo 9.c) LJCA, el Juzgado Central sostiene, en cambio, que el acto recurrido ha sido dictado en materia de personal y la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, de conformidad con los artículos 9, letras a) y c), 10.1.i) y 13.a) y c) de la mencionada Ley.

Pues bien, aunque, efectivamente, el ATS de 8 de marzo de 1994 dijo que la "naturaleza de la cuestión merece ser calificada como cuestión de personal", no cabe desconocer que con posterioridad se han dictado otras resoluciones, concretamente, los AATS de 10 de junio de 1996, 2 de diciembre del mismo año y 20 de noviembre de 2000, en los que a propósito de la integración en el Fondo Especial del Instituto Nacional en la Seguridad Social, la Sala, se ha sostenido que no se está en presencia de un asunto de personal al preponderar el aspecto de derecho a obtener una prestación de la Seguridad Social.

Teniendo en cuenta, pues, esta última doctrina la resolución comentada atribuye la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo de que se trata al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, a tenor de lo que establece el artículo 9.c) LJCA, ya que la resolución impugnada emana de un organismo público con personalidad jurídica propia, de ámbito nacional –Instituto Nacional de la Seguridad Social– y que

no se refiere a materia de personal, lo que impide pueda entrar en juego la remisión que en el artículo 9.c) se hace a la letra i) del apartado 1 del artículo 10.

e) La Audiencia Nacional conoce de los recursos contra las Relaciones de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria

La **STS de 6 de junio de 2003,** Ar. 5611, (cuestión de competencia) resuelve la cuestión de competencia negativa trabada entre un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de este orden jurisdiccional de un Tribunal Superior de Justicia, referida a un recurso interpuesto contra un resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se dispuso la publicación de la Relación de Puestos de Trabajo de dicha Agencia.

La actuación administrativa que debe tomarse en consideración según la resolución comentada no es tanto la Resolución por la que se dispone la publicación de la relación de puestos de trabajo del personal funcionario de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuanto la referida relación de puestos de trabajo, expresamente impugnada. Precisado esto, se destaca que la Agencia Estatal de Administración Tributaria, aunque es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios, está presidida por el Secretario de Estado de Hacienda, al que corresponde, como Presidente de la Agencia, la facultad de aprobar la relación de puestos de trabajo de la misma, así como sus modificaciones. Por otra parte, las relaciones de puestos de trabajo, aunque encuadrables en la materia de personal, participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general. Partiendo de lo que se acaba de decir la resolución comentada considera que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo a que antes se ha hecho mención no corresponde a ninguno de los órganos jurisdiccionales contendientes sino precisamente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

En efecto, no se puede atribuir la competencia controvertida a los Juzgados Centrales, acudiendo a la letra a) del artículo 9 de la Ley de esta Jurisdicción, porque este precepto se refiere exclusivamente –con determinadas excepciones– a "actos" en materia de personal, no a disposiciones generales, cuya naturaleza es predicable de las relaciones de puestos de trabajo. Al mismo resultado negativo se llega tomando en consideración la norma contenida en la letra c) del propio artículo 9, no por la salvedad que en ella se hace a lo dispuesto en materia de personal en la letra i) del apartado 1 del artículo 10, que igualmente contempla "actos y resoluciones", y además dictados por órganos de la Administración General del Estado con competencia en todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o "Secretario de Estado", razón por la que tampoco es acertado sostener que la competencia en cuestión corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sino porque, si bien la Agencia Estatal de la Administración Tributaria es un organismo público perteneciente al sector estatal (está adscrita al Ministerio de Hacienda, *ex* Real Decreto 689/2000, de 12 de mayo) con competencia en todo el territorio nacional, el dato decisivo para resolver la cuestión de competencia es que la aprobación de la relación de puestos de trabajo del personal funcionario de la Agencia corresponde al Presidente de la misma, cargo que

ostenta el Secretario de Estado de Hacienda, sin que quepa disociar su condición de tal de la de Presidente de dicha entidad. En definitiva, estamos ante un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una disposición general –la referida relación de puestos de trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria– dictada por un Secretario de Estado –el Secretario de Estado de Hacienda en calidad de Presidente de la Agencia– cuyo conocimiento corresponde, con arreglo a lo que dispone el artículo 11.1.a), inciso primero, LJCA, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por cuanto ésta es el órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos que se deduzcan, como es el caso, en relación con las disposiciones generales de los Secretarios de Estado "en general", es decir, sin distinción de materias.

E) Procedimiento

a) El plazo para interponer recurso de reposición por un concejal que votó en contra del acto recurrido comienza el día de la sesión de votación

La **STS de 26 de mayo de 2003,** Ar. 5507, nos recuerda la doctrina que establece que el artículo 211.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986, es taxativo al afirmar que el plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el mismo. Poco importa la supresión en el caso del recurso de reposición, ya que es necesario mantener la fecha de celebración de la sesión como *dies a quo* para el cómputo de los plazos para recurrir.

Existe, en efecto, jurisprudencia que, aun sin recurrir al precepto reglamentario citado, aclaran que cualquier duda sobre el día inicial del cómputo del plazo para recurrir se debe resolver necesariamente en favor de considerar como tal la fecha misma de la sesión de la Corporación municipal, porque en ella se tiene cabal conocimiento del acto del que se disiente y contra el que se vota, siendo improcedente una notificación personal ulterior de un acto que el Concejal conocía ya perfectamente. Esta legitimación, que se concede al margen de toda condición subjetiva, no puede implicar, sin embargo, que quien acuda al proceso contencioso-administrativo legitimado al amparo de la acción pública, resulte dispensado de cumplir todos los requisitos procesales necesarios para que se pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que formula, siempre que los mismos resulten de aplicación lógica a la legitimación que se contempla. La acción pública está concebida para que cualquiera *quivis de populo* pueda incoar el proceso contencioso-administrativo. Por ello no está prevista, en principio, para quien ha sido notificado debidamente del acto que se impugna. Eso explica la limitación temporal que, por seguridad jurídica, establece el apartado 2 del artículo 304 del TRLS de 1992, aunque evidente es también que puede ejercerse la acción pública por los interesados a los que se hubiese notificado el acto con todos los requisitos, o cuando el mismo ha sido publicado y esté previsto que la publicación surta los efectos de una notificación. En tales casos rigen tam-

bién los plazos que, con carácter general establece el artículo 58 de la LJCA para incoar el proceso administrativo.

A la vista de esta jurisprudencia, y de la fijación del momento en que empieza a correr el plazo para la interposición del recurso, es evidente que poco importa la fecha de publicación del acuerdo en el periódico oficial, así como la eventual corrección de errores. Esas fechas podrán ser relevantes para quienes no tienen conocimiento personal del acuerdo, pero son irrelevantes para quienes, por su condición de concejales, han participado activamente en la adopción del acuerdo impugnado.

b) Cuando el procedimiento de la Ley 62/1978 se sigue por lo previsto en la Ley 5/1984, la sentencia no tiene que citar precepto de constitucional que se entiende vulnerado

La aplicación del procedimiento especial de la Ley 62/1978 lo puede ser en virtud de lo prevenido en el artículo 20.3 de la Ley 5/1984, en su redacción anterior a la Ley 9/1994, según el cual las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo, y las del Gobierno que revoquen el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En estos supuestos, la **STS de 29 de abril de 2003,** Ar. 4691, señala que la sentencia no tiene por qué citar precepto de la Constitución relativo a los derechos fundamentales que entendiese vulnerado.

c) En el recurso de lesividad no cabe pedir responsabilidad civil en la contestación a la demanda

La facultad de delimitar el objeto del proceso en el proceso contencioso-administrativo corresponde al actor. Éste queda definido mediante el escrito de interposición del recurso contencioso, y, posteriormente, con la demanda. El demandado puede introducir alegaciones en el proceso, pero no pretensiones. Consecuentemente, el escrito de interposición del recurso contencioso, y las pretensiones deducidas en la demanda, son las que delimitan el objeto del proceso. No es posible la reconvención en el proceso contencioso-administrativo. Ésta es una nota diferencial importante entre el proceso contencioso-administrativo y el civil.

Partiendo de estas premisas, la **STS de 30 de abril de 2003,** Ar. 4541, señala que cuando el objeto del proceso es la declaración de lesividad de un acto administrativo, no cabe la pretensión de responsabilidad civil deducida por la entidad demandada. Ello no implica que no pueda ejercer las acciones que estime conveniente en defensa de lo que considere que son sus derechos legítimos. Lo que sucede es que el proceso de lesividad no es cauce adecuado para que esta discusión tenga lugar con ocasión de él cuando dicha pretensión es introducida con carácter *ex novo* en la contestación a la demanda.

d) Prueba: la copia fiel de un documento tiene valor probatorio del hecho que lo origina

La **STS de 6 de junio de 2003,** Ar. 6092, recuerda que una copia fiel del documento que obra como original tiene la consideración de "documento público administrativo" en aquella parte de su contenido que es válidamente emitida por el órgano de la Administración Pública (artículo 46.4 de la Ley 30/1992). Por tanto, como tal documento público en esa parte, hace prueba del hecho que motiva su otorgamiento (artículo 1218 del Código Civil); o lo que es igual, hace prueba de que el documento que como original obra en las dependencias de la Administración tiene el mismo contenido que el que refleja la copia.

e) En la LJCA de 1998 no se contempla la caducidad de la instancia

La Ley Jurisdiccional de 1956, en su sección novena del Capítulo Primero del Título cuarto, que lleva por rúbrica "Otros modos de terminación del procedimiento", está incluido el artículo 91, donde como otro modo de terminación del procedimiento contencioso-administrativo, establece la caducidad de la instancia, tras la detención del procedimiento durante un año, dictándose por el Tribunal, Auto en los términos del artículo 88.4 de la misma Ley Jurisdiccional –(terminación del proceso y archivo de los autos)–.

En la Sección 9 del Capítulo I del Título IV de la vigente Ley Jurisdiccional de 1998, que también lleva por rúbrica "Otros modos de terminación del procedimiento" –artículos 74 a 77– no se contiene, a diferencia de la anterior, ningún precepto alusivo a la caducidad de la instancia, por el simple transcurso del tiempo de paralización del procedimiento, de lo que se extrae como lógica consecuencia, como señala la **STS de 30 de abril de 2003,** Ar. 4550, que en la actual regulación del procedimiento contencioso-administrativo, no está prevista la caducidad de la instancia, por el devenir temporal del proceso interrumpido.

f) El mecanismo de rehabilitación de plazos no es aplicable cuando no se presenta la demanda en tiempo oportuno

La **STS de 14 de julio de 2003,** Ar. 6030, recuerda la doctrina legal que señala que las posibilidades rehabilitadoras del artículo 121.1 LJCA de 1956 no son aplicables al supuesto de la no presentación del escrito de demanda en tiempo oportuno, ya que ésta inicia el proceso, de modo que el instituto de la caducidad, a que se refiere el artículo 67.2 de la misma Ley, actúa *ope legis,* siendo su declaración una actividad de mera constatación, al ser el plazo de formulación de la demanda un término improrrogable e insubsanable porque, en el fondo de la cuestión, ha de observarse que lo afectado por la caducidad no es un trámite sino el propio recurso contencioso-administrativo que con dicha formalización adquiere única, real y legal existencia, razón por la que, al declarar caducado el recurso contencioso-administrativo en aplicación de lo dispuesto por el mencionado artículo 67.2 de la Ley Jurisdiccional, no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 CE.

g) Cuestión prejudicial comunitaria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: sólo procede cuando condicione el sentido del fallo

El artículo 234 (antiguo 177) del Tratado CEE (TCEE, en adelante) incorpora un procedimiento de remisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con un cierto paralelismo con los procesos incidentales de inconstitucionalidad de normas legales en los ordenamientos de justicia constitucional "concentrada" (art. 163 CE, por lo que a nosotros se refiere), y, en general, con las cuestiones prejudiciales devolutivas, que tiene como finalidades: garantizar la uniformidad del Derecho comunitario.

El TJCE, desde la sentencia de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen, 166/73, en doctrina luego reiterada en otras sentencias, como la de 29 de mayo de 1977, Hoffmann-La Roche, 107/76, ha precisado que "esencial para la salvaguarda del carácter comunitario del Derecho establecido por el Tratado es el artículo 177 que tiene por fin asegurar a ese Derecho, en todas las circunstancias, el mismo efecto en todos los Estados de la Comunidad. Dicho precepto trata de prevenir divergencias de interpretación del Derecho comunitario que han de aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales, otorgando al juez nacional un medio de eliminar las dificultades que podrían surgir de la exigencia de dar al Derecho comunitario su pleno efecto, en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros". El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el Juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre 1981, Foglia/Novello, 244/80).

En síntesis, sustituido, en la propia doctrina del TJCE, el criterio de la "separación" por el de la "cooperación" al diseñar el reparto de las funciones jurisdiccionales entre el Juez comunitario y el Juez nacional (STJCE de 11 de diciembre de 1965, Schwarze, 16/65), corresponde a éste: la iniciativa de la remisión (SSTJCE de 16 de junio de 1981, Salonia, 126/80, y 6 de octubre de 1982, CILFIT, 283/81); y decidir si es "necesario para dictar su fallo" que el TJCE se pronuncie prejudicialmente, con autoridad de cosa interpretada (STS de 3 de noviembre de 1993), sobre algún extremo del Derecho comunitario ("pertinencia de la cuestión planteada"). La valoración de la pertinencia de la cuestión prejudicial suscitada, que corresponde efectuar al juez nacional, incluso, cuando culmina la instancia judicial interna ha estado presidida, paradigmáticamente, por el criterio del "acto claro". Esta doctrina, utilizada tanto por el Consejo de Estado francés (A. 11604 Ministre de l'Interieur c/ Cohn-Bendit, resolución de 22 de diciembre de 1987) como por el Tribunal Federal de Finanzas alemán (Bundesfinanzhof, resoluciones de 16 de julio de 1981 y 24 de abril de 1985), fue cuestionada sosteniéndose que debía ser automático el reenvío al TJCE de toda cuestión suscitada ante un órgano jurisdiccional nacional de última instancia porque éste carecía de competencia, en virtud del artículo 177, apartado 3, TCEE, para retener aquélla, porque el pronunciamiento sobre la claridad de la cuestión es precisamente el resultado de la interpretación, y porque la noción de "acto claro" no se adapta a la complejidad del ordenamiento comunitario. Sin embargo, si el TJCE, en un primer momento, pareció considerar que la obligación contenida en el artículo 177, apartado 3 TCEE, era absoluta, al menos, desde la sentencia CILFIT (TJCE,

6 de octubre de 1982) ha precisado que existen dos hipótesis que dispensan al juez de última instancia del reenvío: la primera es aquella en que exista una jurisprudencia establecida del TJCE que resuelva el punto controvertido, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a dicha jurisprudencia; la segunda se produce cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no da lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión o, en sus propias palabras, "la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada" (la misma doctrina del "acto claro" ha tenido reflejo en algunas decisiones de este Alto Tribunal, SSTS de 17 de abril de 1989 y 13 de junio de 1990).

En consecuencia, y como señala la **STS de 9 de junio de 2003,** Ar. 5617, puede entenderse que resulta justificada la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial: cuando no condicione el sentido del fallo (irrelevancia de la cuestión), de manera que, cualquiera que sea la respuesta del TJCE, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (SSTJCE de 22 de noviembre de 1978, Mattheus y 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, entre otras); cuando pueda afirmarse la evidencia en la respuesta porque no existe duda razonable y fundada relativa a la interpretación y/o validez de la disposición comunitaria aplicable, teniendo en cuenta, como ha puesto de relieve el TJCE, tanto el contexto como el conjunto normativo al que pertenece la norma a interpretar (sentido claro); y cuando se encuentra "aclarada" la duda objeto del litigio, dada la identidad de la cuestión con algún litigio resuelto por el TJCE, de manera que pueda invocarse la doctrina del precedente o, incluso, de la jurisprudencia comunitaria, como señaló ya la STJCE de 27 de marzo de 1963, Da Costa, 28 a 30/62, y se hace referencia en el artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento del propio Tribunal, de 19 de junio de 1991.

h) Cuestión de ilegalidad: debe plantearse aunque la norma cuestionada esté derogada al dictarse sentencia

STS de 1 de julio de 2003, Ar. 5804, es claro, que conforme a lo dispuesto en la artículo 123 LJCA resulta obligado plantear la cuestión de ilegalidad, aunque estuviera derogada la norma cuestionada en el momento en que se dictó la sentencia ya que que la derogación de la norma no impide el que haya podido tener efectos y el que incluso existan recursos o actuaciones pendientes en los que se cuestione la validez de la norma a que esta cuestión de ilegalidad se refiere.

F) Ejecución de sentencias: la presentación de la pretensión dentro de plazo ante el Tribunal Supremo interrumpe el cómputo aunque se declare incompetente

Para la **STS de 6 de junio de 2003,** Ar. 6135, el plazo de dos meses previsto en los artículos 105 y 107 LJCA no es de caducidad, pues la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento. Debe tenerse en cuenta que, si inicialmente la doctrina

jurisprudencial acogió una interpretación estricta en orden a la observancia de dicho requisito temporal, en una ulterior etapa jurisprudencial es posible distinguir a estos efectos el supuesto contemplado en el artículo 105.2 y el que se regula en el artículo 107, ambos de la Ley de la Jurisdicción. En el primero, es preclusivo el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la sentencia para que el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, pueda decretar la suspensión o inejecución por alguna de las causas legales que enumera el precepto, teniendo, además en cuenta la incidencia que en la propia previsión legal han tenido los artículos 24, 117.3 y 118 de la Constitución, en los términos en que tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en Auto de 18 de noviembre de 1986. Por el contrario, en el referido artículo 107 LJCA se contempla un supuesto de inejecutabilidad de sentencia distinto, por causa de su imposibilidad material o legal, cuya concurrencia ha de ser apreciada ineludiblemente por los Tribunales dentro de un proceso incidental, para el que se establece también un plazo de dos meses para su planteamiento, pero sobre el que los más recientes pronunciamientos han hecho las siguientes precisiones: a) su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal "entenderlo de otro modo haría ilusoria en muchos casos la aplicabilidad del artículo 107 LJCA cuando la imposibilidad se presentara con posterioridad a los dos meses desde la recepción del testimonio de la sentencia" (ATS de 28 de marzo de 1990); b) el plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 107 LJCA no puede calificarse como de caducidad en términos absolutos, y "si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inejecución, única forma de poder determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable" (ATS de 6 de abril de 1992); c) procede declarar correctamente admitido el incidente cuando el particular recurrente, en su día, acepta expresamente que se admita transcurridos los dos meses que prescribe la Ley (STS de 29 de octubre de 1992), y d) en relación con el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 107 LJCA debe seguirse una interpretación en clave del artículo 18.2 LOPJ, en cuanto determina que si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (ATS de 22 de febrero de 1994).

En cualquier caso, concluye la resolución comentada, la presentación de la pretensión dentro de plazo ante el Tribunal Supremo, aunque éste se haya declarado incompetente para conocer de la inejecución, interrumpió el cómputo.

G) Medidas cautelares

a) No procede la suspensión de una disposición de carácter general

Cuando el instrumento de planeamiento impugnado es disposición de carácter general, la adecuada protección del interés público o comunitario es prevalente frente a los intereses particulares, que no dejan de tener este significado por el hecho de afectar a un elevado número de personas y, por consiguiente, no procede acordar la suspensión caute-

lar interesada, como acertadamente señala la **STS de 14 de abril de 2003,** Ar. 4656, reiterando supuestos equivalentes –Sentencias 10, 11 y 18 de mayo de 1999 (recurso de casación 1375/1996, fundamento jurídico tercero, 1358/1996, fundamento jurídico tercero y 1860/1996, fundamento jurídico tercero), 3 de octubre de 2001 (recurso de casación 4450/1999, fundamento jurídico sexto), 19 de diciembre de 2002 (recurso de casación 3620/2001, fundamento jurídico tercero) y 3 de febrero de 2003 (recurso de casación 848/1999)–.

b) No procede la suspensión del acto si ha recaído sentencia y aunque ésta haya sido recurrida en casación

La **STS de 23 de junio de 2003,** Ar. 5726, nos recuerda que no es posible ya decidir sobre si resulta pertinente o no decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, en los casos en que ya ha recaído sentencia sobre el asunto principal, puesto que el efecto suspensivo que tal medida cautelar podría suponer, si es que procediere acordarla, resultaría de imposible cumplimiento debido a la conclusión del proceso a que se refería, dado que los efectos de la suspensión de la ejecución del acto solamente se mantienen durante la tramitación del recurso y hasta que recaiga sentencia que ponga fin al procedimiento en que se haya acordado. No se opone a la anterior conclusión la circunstancia de que la sentencia dictada en los autos principales haya sido o no recurrida en casación, pues la medida cautelar, como se dice, ha perdido virtualidad y la posibilidad de suspensión es cuestión que, en su caso, estará referida y resultará de la ejecución de la propia sentencia.

c) En la publicación de sanciones en materia de auditoría de cuentas se da la prevalencia del interés general reflejado en la necesidad de dar la máxima transparencia a la información económica

La **STS de 24 de julio de 2003,** Ar. 5444, referente a la denegación de la suspensión de la publicación de la sanción impuesta a una sociedad auditora de cuentas y socio auditor, respectivamente por el Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, ha estimado conforme a Derecho dar prevalencia a los intereses generales. Tal interpretación del artículo 18 LAC –en el que se recoge el mandato de publicidad–, en relación con el artículo 130 LJCA se muestra de acuerdo con nuestra reciente jurisprudencia. La exposición de motivos de esta Ley comienza proclamando la exigencia de dotar de la máxima transparencia a la información económico-contable de la empresa por ser consustancial al sistema de economía de mercado, recogido en el artículo 38 de la CE, y para permitir un mejor funcionamiento de la empresa española, que depende, muy principalmente, de un preciso y riguroso conocimiento de su situación económica, patrimonial y financiera. La auditoría de cuentas es un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa sino también a terceros que mantienen relaciones con la misma.

Pues bien, la fuerza disuasoria que despliega la publicación de la sanción impuesta por una infracción grave constituye un medio legítimo para evitar la reiteración de conductas contrarias a la LAC y que si en ella reciben la calificación de graves es por su aptitud para causar lesión en los bienes jurídicos que dicha Ley trata de proteger, así como en los principios básicos sobre los que se organiza el sistema de economía de mercado, conductas que se imputan a personas –física y jurídica– a las que la sociedad confía con exclusividad la prestación de un servicio cuyo correcto y legal desempeño es de manifiesto interés público por las repercusiones que conlleva. Todas estas razones justifican sobradamente que aquel conflicto de intereses haya sido resuelto dando prevalencia a los intereses generales. Al hacerlo así, ha seguido nuestra jurisprudencia, contenida, entre otras, en las STS de 5 de febrero de 2001 y 17 de julio de 2003. Concretamente, esta última sentencia comparte el criterio conforme al cual "responde a intereses públicos el conocimiento público por parte de los eventuales clientes de una sociedad auditora, y de los propios profesionales de la auditoría, de que la realización por unos y otras de determinadas prácticas es considerada infracción de las normas que regulan la auditoría de cuentas".

H) Costas

a) La minuta puede detallar aspectos sucesivos de una actuación única

Para la **STS de 18 de febrero de 2003,** Ar. 5360, la impugnación basada en el argumento de que la minuta incluye una serie de conceptos (informe de comparecencia en el recurso, consultas, examen de documentación y escrito de oposición al recurso) entendiendo que no tienen cabida en una minuta que debe responder a una actuación única, carece de fundamento, pues la circunstancia de que la minuta contenga un detalle de los aspectos sucesivos que ha ido asumiendo el quehacer profesional del Letrado impugnado no elimina el carácter unitario del servicio prestado.

b) Puede resolverse en una sola sentencia la impugnación por indebida y por excesiva

A pesar de que, a tenor del artículo 246.4 de la LEC 1/2000, las impugnaciones de costas por indebidas y excesivas se tramitarán simultáneamente, con arreglo a lo prevenido para cada una de ellas en los apartados anteriores, quedando, sin embargo, en suspenso la resolución sobre si los Honorarios son excesivos hasta que se decida si la partida impugnada es o no debida, la **STS de 17 de junio de 2003,** Ar. 5683, considera que no existe inconveniente alguno, ni genera indefensión a ninguno de los interesados, ni atenta contra la garantía de sus derechos procedimentales (sino que, al contrario, oídas todas las partes y cumplidos todos los trámites, constituye una evidente economía procesal), el hecho de que, en una sola y misma resolución, mediante una sentencia, se resuelvan, conjuntamente, las dos cuestiones relativas a la impugnación por indebidas y excesivas de las costas tasadas.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisión

a) Personal: la sentencia que estima el recurso contencioso-administrativo y sustituye una sanción de separación del servicio por una de suspensión sólo es recurrible en casación por el Ayuntamiento que impuso la sanción originaria

La **STS de 7 de julio de 2003,** Ar. 5995, analiza el siguiente supuesto. Impuesto por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento una sanción disciplinaria de separación del servicio que afectaba, determinándola a la extinción de la relación estatutaria que vinculaba a dicho funcionario con la Administración municipal, sin embargo, la sentencia que constituye el objeto de la casación, anula dicha sanción y la sustituye por la de dos años y seis meses de suspensión.

Por tanto, el recurso de casación promovido por el sancionado no plantea ningún problema que afecte a la sanción de separación del servicio, ya que lo que pide es que se case la sentencia impugnada y se dicte nueva sentencia que declare la nulidad del acto administrativo originariamente recurrido (que ya había sido anulado por la sentencia de instancia) y se ordene su inmediata readmisión (sin imposición de sanción alguna). Esto es, lo que se combate es la sanción de dos años y seis meses de suspensión que es la impuesta por la sentencia objeto del recurso de casación. Como se advierte, el recurso de casación no impugna una sentencia que afecte a la extinción de la relación de servicio. En consecuencia, incurre en la causa de inadmisión prevista en el citado artículo 93.2.a) LJCA.

Frente al caso antes analizado, el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento sancionador no incurre en la causa de inadmisibilidad establecida en el artículo 93.2.a) citado, porque dicho recurso tiene por objeto que se deje sin efecto una sentencia que impone una sanción de dos años y seis meses de suspensión, pretendiéndose que se case la referida sentencia y se mantenga la validez del acuerdo del Ayuntamiento, por lo que, si el recurso prosperase, determinaría la aplicación al sancionado de la sanción de separación del servicio, y, por tanto, la extinción de la relación estatutaria que como funcionario público tenía con la Administración municipal, lo que determina que, en este aspecto, la sentencia sea susceptible del recurso de casación.

b) Defectuosa preparación

a') El requisito se flexibiliza respecto a las sentencias dictadas en relación con actos locales

El artículo 86.4 LJCA de 1998 confirma la anterior interpretación jurisprudencial de que la limitación del acceso a la casación comprende las sentencias dictadas en relación con actos de la Administración local. Establece, en efecto, que "las sentencias que, siendo sus-

ceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora". No se distingue, pues, entre los casos en que el acto se haya dictado por órganos de las Comunidades Autónomas o de la Administración local, siendo aplicable a ambos supuestos el mismo precepto.

Sin embargo, la **STS de 21 de mayo de 2003,** Ar. 5567, reconoce que la más reciente doctrina ha flexibilizado la indicada exigencia cuando se trata de actos de entes locales, limitando la virtualidad de su incumplimiento a los recursos de casación interpuestos frente a Sentencias que conjugan la aplicación de normas estatales y autonómicas.

b') La necesidad de justificación de la infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido se aplica sólo a los recursos de casación contra sentencias, no contra autos

Según la **STS de 10 de junio de 2003,** Ar. 5273, el juicio de relevancia exigido por el artículo 86.4 LJCA se refiere sólo a las sentencias, ya que, al resolverse mediante auto las medidas cautelares solicitadas u ordenarse la ejecución provisional o definitiva de las sentencias, no se pueden dar los presupuestos que el citado precepto 86.4 contempla, debido a que los únicos preceptos invocables para solicitar medidas cautelares son los contenidos en la propia Ley Jurisdiccional que regulan las medidas cautelares, y otro tanto respecto a los autos dictados en ejecución de sentencia, de manera que la remisión, que en el artículo 87.1 de dicha Ley Jurisdiccional se hace a las mismos supuestos previstos en el artículo anterior, sólo puede lógicamente referirse a los apartados 1, 2 y 3 del artículo 86 de la Ley debido a que el precepto contenido en su apartado 4 carece de significado respecto de los autos contemplados en los apartados a) b) c) y d) del artículo 87.1 de la propia Ley, con lo que la resolución comentada se aparta del criterio mantenido en algún supuesto anterior, como en su Sentencia de 7 de junio de 2001 (recurso de casación 6323/1996).

c') El artículo 93.4 LJCA no se aplica a los actos de los Colegios Profesionales de ámbito autonómico

Para **la STS de 13 de mayo de 2003,** Ar. 6310, si bien es cierto que el escrito de preparación del recurso de casación no cumple con lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, y que se concreta según reiterada doctrina en la necesidad de explicitar, cómo, por qué y en qué medida ha sido determinante del fallo una norma estatal, sin embargo, a pesar de ello, no procede acoger la citada causa de inadmisibilidad, pues esa exigencia del artículo 93.4 citado, lo es, cuando en el recurso se impugne un acto de una Comunidad Autónoma, y no por tanto, cuando, como en el caso de autos, se impugne un acuerdo del Consejo Valenciano de Enfermería, sin que se pueda aceptar la tesis de que la exigencia del artículo 93.4 lo es para los actos de naturaleza autonómica, incluidos los de los Colegios de Enfermería existentes en la Comunidad Autónoma, pues la ley con toda

claridad habla, artículo 93, de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, y en tal expresión no cabe incluir, los del Consejo de Enfermería, existente en la Comunidad Autónoma.

c) La adscripción de un profesional determinado a un Colegio profesional reviste interés casacional

La **STS de 16 de julio de 2003,** Ar. 6165, al analizar el interés casacional que reviste la adscripción al Colegio Nacional de Ópticos de un profesional determinado, tiene en cuenta que la Jurisprudencia viene haciendo un uso muy prudente, sin duda por la repercusión que puede tener en la tutela judicial efectiva, de la carencia de interés casacional como posible fundamento de inadmisión del recurso.

En cuanto al caso concreto reconoce en que el asunto ciertamente no afecta a un gran número de situaciones concretas. Pero es dudoso que no presente suficiente generalidad. La Sentencia, que también declara que no procede la revisión del acto de colegiación, se basa en una razón de decidir consistente en la falta de legitimación de los actores por ausencia de interés. Como se acaba de afirmar debe convenirse en que estamos ante un supuesto dudoso, en el que deben tenerse en cuenta el interés de los actores en el cumplimiento de la legalidad en cuanto a la colegación, pero también los intereses derivados de la competencia entre profesionales. A la vista de ello, la resolución comentada resuelve en el sentido de no declarar la inadmisión del recurso, por tratarse de una solución más favorable a la tutela judicial efectiva.

B) Motivos

a) No puede invocarse, *ex* artículo 88.1.a) LJCA la infracción de norma declarada inconstitucional

Según la **STS de 8 de mayo de 2003,** Ar. 4563, no puede haber infracción del artículo 10.a) de la Ley del Suelo de 1992, puesto que ha sido declarado inconstitucional, con efectos *ex tunc* de su nulidad, por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, y claro es que no puede basarse un motivo de casación en un precepto inexistente jurídicamente, toda vez que esa sentencia del Tribunal Constitucional es muy anterior a la sentencia impugnada y a la interposición del presente recurso.

b) En la infracción, *ex* artículo 88.1.a) LJCA, del deber de notificar el cambio de ponente debe probarse la existencia de una posible causa de recusación

Tal y como señala la **STS de 26 de mayo de 2003,** Ar. 5506, el hecho de no haber notificado a las partes con tiempo oportuno la designación de nuevo Ponente constituye, evidentemente, una irregularidad procesal. Sin embargo, la obligación que el artículo 203.2 LOPJ impone al Tribunal de notificar a las partes el nombre del Magistrado Ponente no

tiene una finalidad caprichosa o meramente rutinaria, sino material y específica: es un medio para que las partes puedan velar por la imparcialidad del Tribunal, recusando a aquellos Magistrados en quienes pueda concurrir alguna causa legal de recusación, lo que sería imposible si su identidad permaneciera desconocido para los litigantes. No es que el Alto Tribunal exija en casos como el presente que en casación se alegue y se prueba la existencia de una causa de recusación en algún miembro de la Sala de instancia (lo que ni siquiera sería procesalmente viable en esta vía extraordinaria que es el recurso de casación), pero sí que, al menos, la parte exponga o simplemente cite los hechos de los que pudiera a primera vista deducirse la probable existencia de una causa de recusación; es ésta una carga procesal bien liviana y razonable, de cumplimiento sencillo, y que puede evitar resultados procesales absolutamente perversos, como sería el de decretar una nulidad de actuaciones, con el consiguiente coste de esfuerzo y tiempo, para que, al fin de cuentas, la parte interesada no formulara recusación alguna por la inexistencia de causa legal para ello, inexistencia incluso quizá previamente conocida.

c) Si la invalidez declarada resulta de menor alcance que la pedida no hay incongruencia de la sentencia a los efectos del artículo 88.1.c) LJCA

Para la **STS de 23 de abril de 2003,** Ar. 4678, el pronunciamiento de anulación del acto impugnado no constituye una extralimitación respecto de la pretensión de nulidad radical del mismo, al suponer aquél un reproche de consecuencias menos gravosas para la Administración demandada, pues los actos anulables son susceptibles de convalidación o sanación en el caso de completarse los requisitos omitidos o de subsanarse los defectos en que hubieran incurrido, teniendo su declaración eficacia *ex nunc*, mientras que la nulidad radical o de pleno derecho conlleva la pérdida de eficacia *ex tunc*, según el principio enunciado en los brocardos latinos *quod nullum est, nullum producit efectum* y *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere*. Se trata, pues, de que la invalidez declarada resulta de menor alcance que la pedida, pero sin que tenga diferente naturaleza porque tanto una como la otra son consecuencia directa de la conculcación del ordenamiento jurídico y determinan la carencia de efectos del acto.

d) En la casación contra autos dictados en ejecución de sentencia sólo se pueden alegar los motivos del artículo 87.1 LJCA

La **STS de 8 de julio de 2003,** Ar. 6259, nos recuerda que los únicos motivos que cabe aducir en casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia, ya sea provisional o definitiva, son los contemplados en el propio precepto que permite interponer dicho recurso, es decir los que ahora se incluyen en el apartado c) del artículo 87.1 LJCA o sea cuando el auto recurrido resuelva cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia que se ejecuta o cuando contradice los términos del fallo de ésta.

Mientras que en los demás recursos de casación se confrontan las actuaciones procesales, la sentencia o el auto con una norma jurídica, al objeto de declarar su conformidad o no con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, en el recurso de casación contra autos dictados en ejecución provisional o definitiva de sentencias la comparación se ha de efectuar entre lo ordenado para su ejecución y la parte dispositiva de la sentencia que se eje-

cuta con el fin de evitar extralimitaciones en dicha ejecución, distinta función, pues, de la nomofiláctica y uniformadora del recurso de casación, por lo que ha venido a denominarse atípico este recurso de casación en ejecución de sentencia.

C) Objeto: carece de objeto el recurso de casación contra una sentencia de Tribunal Superior de Justicia que declara apto para el servicio militar

Para la **STS de 30 de abril de 2003,** Ar. 4544, la controversia en torno al acuerdo que declaró útil para el servicio militar carece de objeto, puesto que el RD 247/2001, de 9 de marzo, ha adelantado al 31 de diciembre de 2001 la suspensión de la prestación de dicho servicio obligatorio, con lo que carecería de utilidad práctica el pronunciarse sobre la necesidad de cumplir con dicha prestación desde el momento en que ha dejado de ser legalmente exigible. No obstante, y teniendo en cuenta que la sentencia recurrida efectúa un pronunciamiento que, siquiera fuese correcto en el momento en que fue dictado, resultaría inejecutable en la práctica, la desestimación –por carencia de objeto del recurso de casación– ha de ir acompañada de la explícita declaración de dicha falta de ejecutoriedad, con el fin de dejar claramente sentado que el actor no se halla obligado a prestar el servicio militar y que carece de eficacia la sentencia impugnada.

Fernando J. Alcantarilla Hidalgo

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

AAVV

Un paseo por la LOU. Análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades

[Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, 659 páginas]

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

Esta obra, el primer comentario de la LOU, es fruto de la colaboración entre un grupo de profesionales, que desempeña sus funciones en los servicios jurídicos de diversas Universidades españolas y que, desde hace varios años, viene desarrollando una labor fundamental en la construcción de un "derecho universitario", tan imprescindible para el buen funcionamiento de estas instituciones como olvidado por la mayoría de los especialistas en Derecho Administrativo, pese a que muchos tengamos en la Universidad nuestro ámbito habitual de actividad. Para estudiar y debatir en común los problemas que les afectan en su quehacer cotidiano, estos profesionales organizan periódicamente seminarios sobre "aspectos jurídicos de la gestión universitaria". El V se celebró en Madrid, a finales de mayo de 2002, en el marco de la Universidad Pontifica de Comillas y estuvo dedicado íntegramente, como era casi obligado, al análisis de la LOU, promulgada pocos meses atrás. El articulado de la Ley se distribuyó entre las asesorías jurídicas de distintas Universidades, para que sus miembros prepararan las respectivas ponencias, cuyo texto ha sido posteriormente revisado para la presente publicación.

El estudio sistemático de la Ley va precedido de dos trabajos de alcance general u horizontal y de una introducción, que no es sólo eso, sino una visión de conjunto de la Ley, como indica, expresivamente su subtítulo ("*La Ley Orgánica de Universidades a vista de pájaro*"). El primero de los trabajos, a cargo de Isabel Cecilia del CASTILLO VÁZQUEZ, con la colaboración de otros miembros de la asesoría jurídica de la Complutense, se refiere a la "*incidencia de la legislación básica del Estado en el régimen jurídico de las Universidades*" y en él se presta especial atención a los contenidos del artículo 149.1.18ª en su proyección universitaria. El segundo, "*Un análisis transversal de las Universidades privadas*", se centra en la reseña de sus peculiaridades, así como de la incidencia que sobre ellas tienen los preceptos de la LOU. Ha sido redactado por varios miembros de la Universidad Europea de Madrid, encabezados por Juan CAYÓN PEÑA, Director del Departamento Legal. Por su parte, la Introducción ofrece, como hemos apuntado, una panorámica de la ley, pero no limitada a la mera reseña de los aspectos básicos de su contenido, sino destacando sus novedades y sus problemas, siempre con un agudo espíritu crítico, que revela el buen conocimiento del terreno que se pisa. Son sus redactores Juan Manuel del VALLE PASCUAL, Jefe del Gabinete de Asesoría Jurídica de la Politécnica de Madrid y Fernando de CORRAL BERNALDO DE QUIRÓS, de la Asesoría Jurídica de la Universidad anfitriona.

Tras estos trabajos generales, se entra en el análisis pormenorizado del texto legal, siguiendo la estructura de la Ley en Títulos, de modo que primero se transcribe el articulado de cada uno de ellos y a continuación se incorpora el comentario correspondiente, artículo por artículo. Lógicamente, el resultado es desigual, lo que es inevitable en una obra de estas características, en la que han metido la pluma muchos autores. En algunas partes hay aparato crítico

y en otras, no. Determinadas cuestiones están suficientemente tratadas y otras lo están bastante menos, aunque este juicio suele venir condicionado por el interés o el propio conocimiento del lector. Por otro lado, es evidente que la propia Ley aborda las materias en ella reguladas con diferente intensidad, lo que también condiciona las posibilidades de comentario. No obstante, en conjunto, hay que destacar el esfuerzo de concisión, la atención prestada a las vicisitudes de la tramitación parlamentaria (a veces, excesiva), la comparación con el sistema anterior de la LRU, para poner de relieve las diferencias y, cuando procede, la incorporación de la jurisprudencia constitucional y ordinaria. En ocasiones, se ofrece también información adicional muy útil sobre la situación en otros países, como ocurre en el comentario al Título dedicado a la investigación, en el que incluye una comparación con la legislación francesa y norteamericana.

Lo dicho es suficiente para dar una idea del contenido del libro, que es lo que aquí importa, sin necesidad de entrar en detalles. Bastará recordar que nace con el propósito de servir de "guía de obligada referencia tanto para el estudio de la Ley, como para su aplicación práctica", como se afirma en su "Presentación" (págína 30). La experiencia de los autores y su conocimiento directo de las materias que abordan hará, sin duda, realidad ese propósito, tanto más cuanto que son ellos los llamados a contribuir, en buena medida, a resolver los problemas interpretativos que suscite la aplicación de la nueva Ley.

N O T A S

N O T A S