



Justicia **Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa **Administrativa**

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **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 1999

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 48 47008 Valladolid
TELÉFONO	983 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
IMPRESIÓN	Mateu Cromo
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo por escrito del titular del Copyright. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Arbitraje y Derecho Público

FRANCISCO LÓPEZ MENUÑOUniversidad de Sevilla
Catedrático de Derecho
Administrativo

Sumario:

1. El arbitraje administrativo: una idea emergente. 2. El concepto de arbitraje en sentido estricto. 3. ¿Es constitucionalmente posible el arbitraje de Derecho público?
4. Características de una regulación posible del arbitraje administrativo. 5. Sobre la voluntariedad del sometimiento a arbitraje. 6. La materia del arbitraje. 7. Sobre el convenio arbitral.

1. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO: UNA IDEA EMERGENTE

En los últimos años la doctrina administrativista se ha ocupado, como no lo había hecho nunca, de resaltar la necesidad de encontrar medios de solución extrajudicial de los conflictos administrativos, movimiento que por sí mismo viene a poner de manifiesto una situación anómala en la Jurisdicción contencioso-administrativa que al ser ya proverbial, por desgracia, no es preciso recordar aquí. Muchos autores han hecho ese análisis con todo rigor y a sus obras hemos de remitirnos.

El hecho de esa búsqueda de fórmulas que eviten el proceso, o que permitan huir del mismo, es tanto más paradójica si se tiene en cuenta que se produce en una etapa —la última década— en la que siempre ha existido en circulación algún borrador o proyecto de reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual dice bastante sobre la escasa fe levantada por esas iniciativas de reforma en orden a un arreglo de nuestro contencioso; arreglo que pasa antes que nada por que se conjuren de veras las causas que lo tienen sumido en el colapso permanente.

Ciertamente, se viene hablando, con más o menos decisión pero cada vez con más frecuencia, del Arbitraje administrativo como posible alternativa a esta situación, lo que suena algo así como a búsqueda desesperada de una medicina que delata la existencia de enfermedad e impotencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa para cumplir, siquiera con un mínimo de eficacia, la función constitucional que tiene encomendada. Tal movimiento ha cobrado alas, sin duda, tras la aparición de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tanto por lo que sugiere su artículo 88 referido a la terminación convencional del procedimiento (“1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas, tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción...”) como, sobre todo, por la directa alusión a la figura del arbitraje que se contiene en su artículo 107 (“2. Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas...”); precepto que, por cierto, se mantiene en la Ley de Modificación 4/1999, recientemente aprobada, si bien ya no con referencia al recuso ordinario —que desaparece— sino al recurso de alzada y al restaurado recurso de reposición. Por lo demás, la reforma de la Ley 30/1992 deja intocado el artículo 88, dejándolo, pues, en esa especie de situación *in fieri* en la que la norma promete más de lo que resuelve.

Pues bien, esta invitación a la salida del procedimiento ordinario y de la línea jerárquica, unida a la mención expresa del arbitraje; y todo ello gravitando sobre la conciencia generalizada de buscar vías que superen el estado del contencioso, ha propiciado la puesta en escena de un puente dialéctico que pretende conectar esa figura del arbitraje a que se refiere el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 y la institución del Arbitraje regulada en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre. Y hasta tal punto esto es así que no es extraño comprobar cómo los autores que se han ocupado del arbitraje administrativo toman como referencia para su estudio y posibilidades las soluciones que se contienen en dicha Ley, tratando de incardinar en ésta los supuestos de arbitraje administrativo —entre ellos, los convenios y contratos como permanentes protagonistas— que en principio se estiman susceptibles de ser sustraídos del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello facilitado, además, por el hecho de que así como la anterior Ley de Arbitraje de 1953 llevaba por título precisamente el de “Arbitraje de Derecho Privado” y excluía expresamente en su artículo 1 los “arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho Público”, la vigente Ley de 1988 no sólo prescinde de esa adjetivación en su título sino que su artículo 1 contempla una fórmula abierta (“personas naturales o jurídicas”) que no excluye, al menos desde el punto de vista subjetivo, la posibilidad de que una de las personas contendientes sea precisamente la Administración Pública. Distinta es la limitación que resulte por razón de la materia y, desde luego, lo que permita hacer o no hacer en este sentido la propia Constitución, aspecto del que nos ocuparemos enseguida.

Ese puente creado entre los arbitrajes administrativos —que a la postre no implican la sustitución del juez— y la institución del genuino arbitraje regulada en la Ley 36/1988 carece de solidez. La referencia a esta Ley para sopesar las posibilidades de un mecanismo análogo para la Administración Pública no es un camino acertado, a nuestro juicio. En efecto, tal referencia es absolutamente inservible si el arbitraje de que se trate no es más que un procedimiento de solución de conflictos producido en el seno de la vía administrativa, en el que no se daría un laudo con autoridad de cosa juzgada, nota esta que constituye la médula del sistema arbitral de la Ley 36/1988. Y si cuando hablamos del Arbitraje administrativo o de Derecho

Público nos referimos propiamente a una vía parajudicial de resolución de controversias jurídico-administrativas que excluya, si bien no sea de modo total y absoluto, la intervención ulterior de la jurisdicción verdadera (lo que implica dar el salto cualitativo y buscar un camino aún inexplorado en nuestra disciplina) parece también evidente que poca ayuda habría de prestar en tal empeño —caso de que éste fuese constitucionalmente admisible— una Ley concebida para un mundo de relaciones jurídicas regido por principios e intereses muy distintos de los que son inherentes a aquel en que se mueven las Administraciones y demás Entidades públicas. Esa disparidad se traduce de hecho en una carencia palpable de respuestas o soluciones en la Ley 36/1988 a los problemas esenciales que plantearía un arbitraje de Derecho Público en sentido propio.

Dicho sea muy simplemente: un arbitraje administrativo análogo al regulado en la Ley 36/1988 exigiría una Ley específica. Precisamente, las páginas que siguen tienen como finalidad delimitar conceptualmente lo que sería el auténtico arbitraje (sustitutorio de la vía judicial) de los demás “arbitrajes”, así como señalar un conjunto de cuestiones principales que tendría que abordar y resolver una posible Ley reguladora de tal institución. Todo ello dicho —no es ocioso reiterarlo— desde una gran reserva desde el punto de vista constitucional; y, desde luego, sin excesivo entusiasmo personal en favor de la figura pues nos atrevemos a afirmar que a nadie podría alegrar, y menos aún a los administrativistas, hallar una fórmula de satisfacción extrajudicial de los conflictos administrativos, aunque fuera la mejor, si ello viene originado por el fracaso del contencioso, que es la auténtica jurisdicción; y la única capaz de concitar el acatamiento y conformidad tanto de los poderes públicos como de los administrados, en cuanto convencidos de su neutralidad y de su capacidad para realizar esa siempre compleja composición entre el derecho de los particulares y el interés general. Éste es el capital indestructible de la jurisdicción, difícilmente desplazable por cualquier otro sistema de solución de conflictos aunque, ciertamente, resulte hasta chocante situarnos ahora en estos niveles de convicción cuando el sistema, de hecho, se viene hundiendo en su propio descrédito.

2. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE EN SENTIDO ESTRICTO

El Derecho español ofrece una gran variedad de instituciones o mecanismos, presididos todos ellos por la idea común de evitar

EL ARBITRAJE DE DERECHO PÚBLICO, ENTENDIDO COMO UNA VÍA PARAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS, EXIGIRÍA UNA LEY ESPECÍFICA. SERÍA INADECUADO PARA ELLO LA LEY 36/1988, DE ARBITRAJE, DADA LA INSERCIÓN DE ÉSTA EN UN MUNDO DE RELACIONES JURÍDICAS AJENO AL QUE ES PROPIO DE LA ADMINISTRACIÓN

el posible litigio ante los Órganos Jurisdiccionales. Pero, dejando salvada esta nota común, hay que dividir ese gran panel en dos fórmulas bien diferenciadas; las que tratan de evitar el acceso a la Jurisdicción, o sea, las que procuran solventar el conflicto para que el pleito no llegue a producirse, y el genuino Arbitraje, esto es, el procedimiento sustitutorio del propio proceso judicial.

Hay que advertir que la legislación usa el concepto de arbitraje tanto en un sentido propio, es decir, como procedimiento que sustituye al proceso judicial, como en un sentido amplio, que incluye también el procedimiento que trata de prevenir o evitar el ulterior acceso a la Justicia aunque sin excluirlo. En este sentido amplio hay que situar la Recomendación 12/1986 del Consejo de Europa, que propugna la adopción de medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, “para que el arbitraje, en los casos que se presten a ello, pueda constituir una alternativa más accesible y eficaz a la acción judicial”. Efectivamente, tiene plena lógica esta vinculación del arbitraje, aunque sea en sentido amplio o impropio, con la disminución de trabajo de los tribunales, dado el alto poder disuasorio del ejercicio de ulteriores acciones judiciales que cabe atribuir, en términos generales, a una resolución o laudo de un órgano imparcial.

Pues bien, para delimitar la figura del Arbitraje, no en sentido general o impropio, sino en sentido estricto (el que implica la sustitución del Juez o Tribunal competente para conocer del asunto), hay que excluir de tal concepto:

- Los numerosos supuestos de mediación, conciliación y “arbitraje” que contempla el ordenamiento —especialmente profusos en el ámbito de las relaciones y conflictos laborales— que constituyen lo que TORNOS denomina como “vías complementarias” al recurso jurisdiccional, y cuyo fin es el arreglo o aminoración de las controversias, disminuyendo correlativamente la eventualidad de una ulterior impugnación judicial. No cambia su naturaleza el que sean obligatorias o voluntarias. Precisamente, tal posibilidad de que esas vías puedan venir impuestas como obligatorias por las normas marca una distinción esencial con el arbitraje en sentido propio, caracterizado por la nota de la voluntariedad en el sometimiento de las partes a la decisión arbitral.
- Los conflictos no jurídicos sino de intereses; y aquellos en que el arbitraje puede tener por objeto la creación de una norma o un convenio. En este caso el árbitro crea la norma por lo que el arbitraje no supone sustitución de la intervención de los Tribunales ya que su objeto no es una actividad dirimente. Igual sucede en los casos en que se deja al arbitrio de un tercero la integración de una relación jurídica en ciernes pero aún no definida o culminada.
- Los supuestos de mediación, conciliación y arbitraje en que es precisamente la Administración la que ejerce el papel de mediador o “árbitro” en un conflicto que mantienen dos o más partes interesadas. En estos casos, si la decisión admi-

nistrativa no es impeditiva de un juicio ulterior sobre el mismo asunto se tratará de un arbitraje impropio. Si el arbitraje realizado por la Administración sustituye al proceso judicial estaremos ante un genuino arbitraje.

— No se corresponde con la figura del arbitraje la actividad paccionada que tiene lugar en torno a la terminación convencional contemplada en el artículo 88 de la Ley 30/1992; salvo que una disposición específica —una Ley— establezca otra cosa. Hay que notar que la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 no contempla ninguna especialidad o referencia conectada a esos “acuerdos, pactos o convenios” enunciados en dicho artículo, lo que parecía obligado siquiera fuese en relación con aquellos con virtualidad para ser “finalizadores de los procedimientos administrativos”. La nueva Ley se mantiene en la clásica fórmula “actos y disposiciones de carácter general”, ahora ampliada con la mención a la “actuación” de las Administraciones Públicas, para dar cabida al control de la inactividad administrativa y a las actividades materiales constitutivas de vías de hecho (art. 25). Sí contempla, en cambio, la posibilidad de una conciliación en el seno del proceso, una vez formuladas la demanda y la contestación, “que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad” (art. 77.1). Pero no cabe hablar en este caso de arbitraje sino de una propuesta de transacción, promovida bien de oficio por el órgano jurisdiccional o bien a solicitud de parte, que, de celebrarse y conseguir la desaparición de la controversia, tiene la virtud de dar terminación al procedimiento, evitando la Sentencia, “siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público ni de terceros”, pues de lo contrario no podrá el órgano jurisdiccional dictar el auto que declare dicha terminación.

— Tampoco es genuino arbitraje el que se menciona en el artículo 107 de la Ley 30/1992, por la sencilla razón de que se contempla como un posible mecanismo de sustitución de los recursos administrativos, no

**EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO-ADMINISTRATIVO
UTILIZA EL CONCEPTO
DE ARBITRAJE EN
UN SENTIDO
IMPROPIO, NO COMO
PROCEDIMIENTO QUE
IMPLICA LA SUSTITUCIÓN
DEL JUEZ O TRIBUNAL
JURISDICCIONAL
COMPETENTE.
LA CONFUSIÓN
TERMINOLÓGICA CONDUCE
A EQUIVOCOS
IMPORTANTES EN LA
LEGISLACIÓN Y LA
DOCTRINA**

del recurso jurisdiccional. Ya hemos hecho alusión a los cambios no sustanciales introducidos en este artículo por la reforma recién aprobada.

Excluidos, siquiera sea a grandes rasgos, los supuestos que no constituyen el Arbitraje al que aquí nos queremos referir, procede definir éste por sus notas positivas según pueden inducirse del ordenamiento en su conjunto. Luego habrá que ver si esta definición, válida en principio, resulta apropiada o no en su totalidad para un posible Arbitraje que tuviera por objeto dirimir contiendas donde estuvieran en juego normas de Derecho público. Por tanto, con esta cautela inicial podríamos decir que “es la Institución en virtud de la cual, las partes, sean personas naturales o jurídicas, en virtud de un convenio, deciden voluntariamente sustraer a los Tribunales el conocimiento y decisión de sus controversias, y encargan a uno o varios árbitros imparciales, o encomiendan a una Institución para que los designe, que previo un procedimiento que asegure los principios de igualdad y contradicción, resuelvan mediante un laudo vinculante, sea de derecho o de equidad, y con fuerza de cosa juzgada, la resolución de las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición”.

La definición que se acaba de formular, toma a préstamo en buena parte notas que se pueden extraer de la Ley de Arbitraje 36/1988. Ciertamente, antes afirmamos que dicha Ley es absolutamente inadecuada para dar acogida a supuestos de arbitraje de Derecho público. Mas ello no quiere decir que pueda ser ignorada a la hora de reflexionar sobre este tema; de una parte porque no es sensato marginar una regulación acrisolada por la experiencia, que sin duda contiene soluciones que pueden ser comunes —como ocurre con tantas instituciones nacidas del Derecho civil— a cualquier tipo de arbitraje; y de otra, porque con su elenco de características, concebidas para la realidad a la que trata de servir, suministra fácilmente las claves de lo que no sería aceptable para un arbitraje de Derecho público; y también de lo que podría ser admisible, como elemento común, para cualquier tipo de arbitraje. Por consiguiente, su valor es más bien negativo, en el sentido de que orienta sobre aquellos aspectos que tendrían que ser objeto de un tratamiento apropiado en una Ley *ad hoc* que a tal efecto se dictase.

3. ¿ES CONSTITUCIONALMENTE POSIBLE EL ARBITRAJE DE DERECHO PÚBLICO?

No obstante lo dicho, raramente pueden sentarse afirmaciones unívocas sobre cualquier aspecto en que esté implicada la Administración Pública, y éste no es una excepción. En efecto, hay que distinguir dos situaciones básicas: conflictos jurídico-privados en que al menos una de las partes es un sujeto público; y el gran conjunto de actividad propiamente administrativa cuya litigiosidad es la que da pie, entre otras posibles causas, a la patológica situación del contencioso antes referida.

Pues bien, si nos referimos a las posibilidades del arbitraje en el ámbito de la actividad privada de la Administración o de sus entes instrumentales nos encontramos, seguramente, ante un problema menor cuya plena solución sólo precisaría, a lo sumo, de una mera puesta a punto, bien sobre la base de la actual Ley de Arbitraje de 1988 o mediante una Ley específica que pudiera dictarse, aunque no se ve que merezca el esfuerzo crear una Ley sólo para resolver litigios privados de la Administración. En cualquier caso, ello no tendría repercusión alguna, ni positiva, ni negativa, para la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —que está en el origen de lo que aquí nos preocupa— pues no son los conflictos privados de la Administración, como es obvio, los causantes de la situación que padece el Contencioso. No obstante, supuesta la hipótesis de que el legislador se ocupara en el futuro de regular la institución del Arbitraje administrativo parece ocioso indicar que tendría que abordar conjuntamente cualquier tipo de controversia relacionada con los Entes Públicos, dadas las concomitancias que siempre existen entre lo público y privado cuando es protagonista la Administración, y habida cuenta el absurdo que supondría reproducir en la ordenación del arbitraje la separación de competencias que rige en los órdenes jurisdiccionales.

Ahora bien, si nos referimos al arbitraje de Derecho público, esto es, al que tendría por objeto una controversia de naturaleza jurídico-pública, abstracción hecha del tipo de sujeto que la sustentase, hay que plantearse antes que nada cómo pueda superarse el obstáculo del artículo 106 de la Constitución, a tenor del cual “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”; precepto al que hay que añadir lo dispuesto en el artículo 117.3 según el cual “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

El porte categórico de dichos preceptos constitucionales invita a concluir de inmediato que un arbitraje de Derecho público sería constitucionalmente imposible. Es más, a la luz del artículo 117.3 podría estimarse vedada incluso la posibilidad del Arbitraje de Derecho privado y, por consiguiente, la inconstitucionalidad de la Ley 36/1988; si bien el legislador haya estimado salvado el escollo mediante el recurso judicial de anulación del laudo (art. 45), limitado en puridad al con-

**ES SUMAMENTE DUDOSA LA
POSIBILIDAD DE UN
SUPUESTO PROCEDIMIENTO DE
ARBITRAJE DE DERECHO
PÚBLICO EN SENTIDO PROPIO,
SUSTITUTIVO DEL
PROCESO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

trol de cuestiones adjetivas, salvo cuando el laudo fuese contrario al “orden público”, control este que, ciertamente, puede versar sobre cuestiones de fondo aunque restringidamente ya que tal concepto “habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución” (Exp. Motivos). Pero lo cierto es que con base en la existencia de ese recurso de anulación del laudo, por más restringido que sea su alcance, el legislador ha considerado que “*el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial consagrado en el artículo 24 de la Constitución*”, justificación que, dicho sea de paso, no afronta en verdad el problema de la coexistencia de la jurisdicción con los órganos arbitrales que hacen sus veces, ya que la cuestión no consiste en evitar la abdicación por el ciudadano de su derecho a la tutela judicial del artículo 24 CE (renuncia que puede hacer, a nuestro juicio, sin quebranto de principio constitucional alguno) sino en algo previo que constituye el presupuesto del problema: si el artículo 117.3 consiente la institucionalización de órganos de resolución de conflictos con autoridad de cosa juzgada, al que el ciudadano pueda acudir optativamente.

Si, en definitiva, la Ley 36/1988 ha institucionalizado el Arbitraje superando la dicción literal del artículo 117.3 CE (o acogiendo para ello la postura dogmática de que el Arbitraje carece de naturaleza jurisdiccional) ningún impedimento habría en principio para extender la misma solución a un arbitraje destinado a resolver controversias jurídicoadministrativas. Sin embargo, frente a esta primera impresión se levanta el obstáculo específico del artículo 106.1, que expresa de manera paladina una “reserva de jurisdicción” en cuanto al control de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa, que parece dejar inequívocamente fijada la posición de sometimiento de la Administración a los Tribunales, sin alternativa posible, al menos cuando ésta obre bajo el “yugo” del principio de legalidad. Cabría así considerar como insalvable el referido obstáculo, de ser calificado como una garantía institucional indisponible por las partes, ya que, en efecto, una cosa es reconocer la facultad genérica del interesado de poder renunciar a su derecho a la tutela judicial y optar por el sistema alternativo que hubiere, y otra bien distinta es que pueda disponer del sistema precisamente instituido para controlar la actividad de la Administración. En suma, la cuestión se contrae al hecho bien simple de que el ciudadano no tiene una posición institucional concreta en el esquema constitucional mientras que la Administración Pública sí la tiene.

Otros argumentos de diversa índole vendrían a apoyar la conclusión negativa expuesta. Baste recordar la reproducción, sin matices, que hace el artículo 8 de la LOPJ de las reglas constitucionales citadas; y en el mismo sentido el artículo 6.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. Por otra parte, si bien es cierto que la Constitución no prohíbe expresamente el arbitraje no lo es menos que tampoco lo contempla como hizo, por ejemplo, la Constitución de Cádiz. Aunque no se deban extrapolar las circunstancias históricas ni traer aquí a colación el sistema jurisdiccional y todas sus connotaciones que existían en 1812, lo cierto es que el artículo 280 de la Constitución de Cádiz decía que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de Jueces-Árbitros elegidos por ambas partes”; y una previsión tal no figura en la Constitución vigente.

Todo ello contribuye a hablar en términos rotundos –la doctrina más autorizada así lo hace– de un “poder exclusivo” de los órganos encargados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de un “monopolio” de la función de controlar a la Administración y, en suma, de una “reserva de jurisdicción” sin fisuras consagrada por la Constitución del modo más inequívoco.

Con todo, la cuestión no deja de plantear serias dudas que encontrarían apoyo, en primer término, en el hecho de que la propia legislación parece contradecir esa presunta imposibilidad de someter litigios administrativos a arbitraje. Así resulta del artículo 39.1 de la Ley General Presupuestaria (“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”), aunque esta norma lleva implícito el enigma, dado su laconismo, de si el arbitraje al que se refiere también comprendería el excluyente del ulterior recurso jurisdiccional. Tal principio y su incertidumbre aneja está reproducido con carácter general o para sectores determinados por otros parecidos preceptos tanto estatales como autonómicos, siendo aquí obligada la referencia al artículo 41 de la Ley de Patrimonio del Estado, 180 del Texto Refundido del Régimen Local y 21.7 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Por último resulta muy significativa en esta línea la incorporación a la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de una previsión de sometimiento a arbitraje de alcance general que hace abstracción del tipo de contrato de que se trate (art. 61.2), sin que en este caso haya razón para entender que el arbitraje al que alude no sea más que un modo de terminar la controversia en la vía administrativa.

Aparte de ello, un argumento de mayor calado podría socavar severamente el supuesto impedimento constitucional al arbitraje de Derecho público, y es que la “reserva de jurisdicción” que la Constitución consagra, interpretada con la debida perspectiva histórica, no es sino el condensado, usando palabras de MUÑOZ MACHADO, de una lucha secular por el control judicial y la exclusión de facultades jurisdiccionales de la Administración; planteamiento que dejaría imprejuizada la cuestión de si la Ley puede depositar el poder de resolver contiendas administrativas con eficacia de cosa juzgada en personas o instituciones que aunque no pertenecientes a la organización judicial tampoco sean órganos administrativos. Interpretado esto

**LA CONCLUSIÓN QUE
PARECE MÁS SEGURA
PASA POR LA AFIRMACIÓN
DE QUE EXISTE UN PODER
EXCLUSIVO DE LOS ÓRGANOS
JURISDICCIONALES PARA
CONTROLAR LA ACTIVIDAD
ADMINISTRATIVA: UNA
“RESERVA DE JURISDICCIÓN”
SIN FISURAS CONSAGRADA
INEQUÍVOCAMENTE POR LA
CONSTITUCIÓN**

así, lo que la Constitución estaría proscribiendo es que la Administración detentase a través de órganos “arbitrales” pseudoindependientes parcelas de “justicia retenida”, mas no estaría prohibiendo un genuino arbitraje de Derecho público, si bien sometido a inexcusables límites derivados del sistema en su conjunto.

Aun aceptando la legitimidad constitucional de un tal Arbitraje administrativo, tocaría al legislador que se decidiera a regularlo la nada fácil tarea de explicar no ya la habilitación formal para hacerlo, sino su fundamento último, es decir, por qué el arbitraje, por qué establecer un sistema de justicia paralelo. Este test lo ha “despachado” sin embarazo la Ley de Arbitraje de 1988, haciendo una invocación simple al ofrecimiento de “un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos”, pero nos parece que una explicación de este tipo no sería de recibo para justificar algo tan serio como es el desplazamiento de la Administración de su posición natural ante la Justicia. Es muy posible y de temer que los argumentos o “fundamentos” a esgrimir resulten de todo punto baladíes si están limitados a diagnosticar los signos externos de la patología de la que se parte y la presunta bondad del medio alternativo que se brinda. En este sentido, serían absolutamente triviales los argumentos al uso, o sea, “fundamentos” tales como la complejidad natural del proceso contencioso frente a la agilidad del arbitraje, o el colapso creado por mor de la masificación de los litigios, o la especial dificultad de algunas materias; e incluso serían igualmente endeblez argumentos aparentemente válidos, tales como el principio de eficacia, y el de más sólido aspecto cual es el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), derecho este que precisamente se refiere al disfrute de un buen proceso “público” y no su sustitución por un medio alternativo. Argumentos, en suma, superficiales y tautológicos que no vendrían sino a expresar la incapacidad del legislador para controlar el sistema. En esta tesitura quizás no existe otra opción que la de elevarse y buscar las causas superiores: los auténticos fundamentos encarnados —siguiendo a GUASP— en la paz social y en la justicia. La paz, como “conjunto de medidas defensivas frente a cualquier situación de disgregación y disolución”, justificaría por sí sola, sin romper la legalidad, una alteración de los rígidos moldes constituidos.

4. CARACTERÍSTICAS DE UNA REGULACIÓN POSIBLE DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

Si existe en verdad un impedimento constitucional que no pueda salvarse, todos los esfuerzos tendrían que dirigirse a evitar o disminuir la litigiosidad ante el orden contencioso-administrativo a través de las vías que ya hemos referido: artículos 88 ó 107 de la Ley 30/1992. Pero si entendemos que el Arbitraje de Derecho Público es posible, puestos ya en la hipótesis de afrontar una operación de tal alcance, habría que huir de la tibieza y de los prejuicios gratuitos, abordando la tarea sin complejos, con la mayor resolución y apertura de criterios.

Como ya hemos afirmado, el Arbitraje de Derecho público precisaría de una Ley específica, habría de ser una Ley estatal, apoyada en el artículo 149.1, apartados 5 y 6 de la Constitución (Administración de Justicia y Derecho procesal, respectivamente). No parece que la base constitucional radicase en el artículo 149.1.18ª (régimen jurídico de las Administraciones Públicas). Por otra parte entendemos que las Comunidades Autónomas no podrían dictar normas derivadas o complementarias bajo el argumento de que ello sería posible al abrigo de las competencias sustantivas asumidas, es decir, trayendo la doctrina constitucional alumbrada por la sentencia 227/1988, ya que aquí no estamos ante procedimientos administrativos que hayan de adaptarse a la forma de ser de las materias respectivas, o a la estructura de instituciones de autogobierno, sino ante un procedimiento parajudicial de carácter universal y abstraído de asuntos concretos.

Una Ley que crease el Arbitraje Administrativo, tendría que asegurar que tal procedimiento se utilizara al máximo y sirviera, por tanto, al objetivo de socorrer a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pues un fracaso en este sentido sumaría al estado de cosas actual una frustración insoportable. Éste habría de ser su indeclinable objetivo; y esto condicionaría absolutamente el modo de ser de esa Ley. Por consiguiente, habría necesariamente que apartarse del modelo de la Ley de 1988 y conseguir el sometimiento a Arbitraje de gran cantidad de controversias. No es ocioso repetirlo: si se trata de resolver un problema surgido por el atasco de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el Arbitraje tendría que aspirar a resolver conflictos de forma masiva. Nada más injustificado estaría un sistema de Arbitraje instituido sólo para resolver cuestiones singulares o específicas pues a su inutilidad como remedio a la inflación del contencioso, uniría otros graves problemas conectados sobre todo con la quiebra del principio de igualdad.

La exigencia indicada sería absolutamente incompatible con una regulación “de mínimos” que luego permitiera a las partes interesadas construir el procedimiento *ad hoc* en cada caso. Contrariamente, esa Ley del Arbitraje Administrativo tendría que ofrecer un procedimiento, desarrollado punto por punto, donde se contuviesen todas las previsiones posibles, porque ésa es la única vía de resolver controversias de forma masiva. En suma, habría que adaptar el Arbitraje Administrativo a las demandas que derivan de la naturaleza y las características propias de las relaciones jurídico-públicas. Por tanto, una Ley

**SUPUESTA LA LEGITIMIDAD
CONSTITUCIONAL DE UNA
REGULACIÓN DEL
ARBITRAJE DE DERECHO
PÚBLICO, ELLO HABRÍA
DE HACERSE POR UNA LEY
ESTATAL DE CARÁCTER
CONSUNTIVO.
YA PUESTOS EN TAL
HIPÓTESIS, LA SUPUESTA
LEY TENDRÍA QUE ASEGURAR
UNA UTILIZACIÓN MASIVA
DEL PROCEDIMIENTO
ARBITRAL. ELLO EXIGIRÍA UNA
REGULACIÓN EXHAUSTIVA
DE TODAS LAS
PREVISIONES POSIBLES**

de Arbitraje para este ámbito tendría que pivotar sobre las exigencias que resultan del Principio de Legalidad; la presencia del interés público; la necesidad de salvaguardar el ejercicio de las potestades y prerrogativas públicas concedidas por la Ley, e incluso por la Constitución; la especialidad de la materia; la correlativa necesidad de especialización de los árbitros y, desde luego, un sistema de arbitraje institucional que impidiera la selección de árbitros concretos.

Por último, una nota que entendemos fundamental: es preciso que la Administración mantenga intactas sus potestades para definir el interés general a través de sus actos, sin que esto pueda quedar confiado a la decisión de un tercero, que por añadidura no es un órgano judicial. De ello se desprende la necesidad, así lo entendemos, de articular ese Arbitraje como un juicio revisor de acto administrativo previo. No se ve posible trasladar a esta sede la consabida tendencia a la dulcificación del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es preciso un acto administrativo previo que vincule de manera muy estricta el ámbito de la litis sustanciada mediante el arbitraje.

5. SOBRE LA VOLUNTARIEDAD DEL SOMETIMIENTO A ARBITRAJE

Hay que sentar el principio general de que el genuino arbitraje tiene siempre carácter voluntario, salvo el constituido, dice la Ley de Arbitraje de 1988, por la sola voluntad del testador para ciertos supuestos (art. 7). El principio de voluntariedad, efectivamente, dimana del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el artículo 24 de la Constitución, al que no cabe renunciar si no es por un acto de la voluntad. Esta nota viene a ser la “regla de oro” del auténtico arbitraje y así resulta enfatizada con unanimidad por la doctrina.

Ahora bien, el traslado estricto de la regla de la voluntariedad al campo del Arbitraje Administrativo podría dar al traste con la institución en este campo, aparte de ser contrario al objetivo de masificar la actividad arbitral. Por consiguiente, no cabría extremar la exigencia de una concurrencia en la emisión de voluntades entre la Administración y el administrado, porque eso podría, sencillamente, arrinconar el sistema arbitral que se creara.

En efecto, en el ámbito del derecho privado las partes pueden tener en la generalidad de los casos un interés concurrente en la pronta resolución del conflicto. En cambio, la Administración –y a veces el interesado– puede no sentir ese interés en tanto que sus actos jurídicos se encuentren “blindados” por el privilegio de la ejecutividad. De este privilegio no resulta la urgencia de que se dirima por órgano imparcial la verdad jurídica en el amplio universo de los actos administrativos, e incluso en el de los contratos administrativos. Por tanto, si se confía el funcionamiento del arbitraje a la voluntad de la Administración, a la voluntad concurrente de las partes, el Arbitraje de Derecho Público podría quedar inédito. Siendo realistas, sólo podría pensarse en que el Arbitraje resulta-

ra atractivo para la Administración si el árbitro careciera de poderes suspensivos antes del dictado del laudo, lo cual no es precisamente una solución a recomendar para una futura Ley de Arbitraje.

Ante el riesgo apuntado, esa hipotética Ley futura debería establecer un sistema mixto. Debería proclamar, como telón de fondo, la regla general de voluntariedad de las partes. Ahora bien, para una nómina de asuntos seleccionados, la Ley debería establecer el deber de la Administración de proponer al interesado la celebración del arbitraje, y ésta tendría que aceptarlo caso de que el administrado asintiera someter a ese procedimiento la resolución del conflicto. Por consiguiente, para un círculo concreto de asuntos, que asegurarían la utilidad de la institución del arbitraje, la voluntad de la Administración quedaría suplida por una voluntad dimanante directamente de la Ley que la Administración tendría que asumir como propia, como ocurre en cualquier potestad reglada; y una voluntad del interesado genuinamente libre. En los demás asuntos no nominados en esa lista debería regir la plena libertad de ambas partes para comprometerse. Como cláusula de cierre del sistema habría que establecer, lógicamente, la lista de los supuestos excluidos del Arbitraje.

6. LA MATERIA DEL ARBITRAJE

La Ley de Arbitraje de 1988 parte de una regla notablemente amplia en favor de la posibilidad de acudir al arbitraje (“cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir”). No obstante, la propia Ley contrapesa dicha amplitud refiriéndose a la imposibilidad de someter conflictos a arbitraje cuando las materias no sean de “libre disposición de las partes”, ni las que se hallen indisolublemente unidas a éstas. La Ley expresa de este modo la vinculación tradicional entre el arbitraje y la transacción: se puede comprometer aquello sobre lo que se puede transigir.

Ciertamente, en el ámbito del Derecho común, la transacción y el arbitraje han estado históricamente unidos desde tiempos remotos. Los artículos 1820 y 1821 del Código Civil, actualmente desaparecidos por obra de la Ley de Arbitraje de 1988, establecían esa estrecha relación. El artículo 1820 decía que las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas; y el artículo 1821

EL ARBITRAJE DE DERECHO PÚBLICO TENDRÍA QUE COMBINAR EL CONSUSTANCIAL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD A SU SOMETIMIENTO CON UNA REGLA MODULADORA DE TAL PRINCIPIO QUE ASEGURARA, AL MENOS PARA UN CÍRCULO DETERMINADO DE ASUNTOS, LA VINCULACIÓN OBLIGADA DE LA ADMINISTRACIÓN AL ARBITRAJE SI LO PROPONE EL INTERESADO

señalaba que lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos. Ahora bien, ese paralelismo entre transacción y arbitraje ha quedado roto en la redacción actual del Código Civil, ya que el arbitraje cuenta con una regulación específica al margen del propio Código.

Sin embargo, a pesar de esa ruptura, la doctrina civilista sigue interpretando que la expresión “libre disposición de las partes”, que emplea la Ley de Arbitraje de 1988, equivale a aquello sobre lo que no se puede transigir. Ello conduce a excluir del arbitraje, en el ámbito del Derecho Civil, las cuestiones relativas al estado civil y capacidad de las personas, nacionalidad, patria potestad, paternidad y filiación, relaciones paterno-filiales, alimentos, adopción, matrimonio, y por extensión, según algunos autores —así, DÍEZ PICAZO— incluso las consecuencias patrimoniales derivadas del estado civil. Pues bien, estos supuestos, inequívocamente calificables como materias de orden público (una calificación que proviene precisamente del artículo 2260 del Código Civil francés), ha llevado a concluir a la doctrina civilista, siguiendo la lógica del concepto de orden público hasta sus últimas consecuencias, que no es susceptible de arbitraje cualquier cuestión regulada por normas imperativas, lo cual ha producido una notable extensión del concepto de orden público. Nótese, sin embargo, que el concepto de “orden público” a efecto de impugnación del laudo ha de ser interpretado, como señala la propia Ley de Arbitraje e indicamos más arriba, “a la luz de los principios de nuestra Constitución”, lo cual no admite precisamente una interpretación lata del concepto de orden público sectorializada e inducida de la legislación ordinaria.

Vemos, pues, que la doctrina iusprivatista no ha sido cicatera a la hora de interpretar el alcance de la prohibición, dándole una extensión considerable; seguramente, porque en el campo del Derecho Privado, por muy generoso que se sea en bautizar las normas como de orden público, siempre quedará un inmenso campo donde podrá desenvolverse la autonomía de la voluntad y, por tanto, la institución del Arbitraje. Por ello, esa amplia cláusula del “orden público”, como delimitadora del objeto del Arbitraje, no es especialmente dramática en el ámbito del Derecho Privado. Es más, la propia doctrina civilista, guiada por su propia óptica del concepto de orden público ha confeccionado catálogos de las materias excluidas de arbitraje referidas al ordenamiento en su conjunto, donde se relacionan cuestiones tales como las controversias relativas a la seguridad social y accidentes laborales, las de carácter tributario, sean de hecho o de derecho, las relativas a la función pública, las derivadas de normas constitucionales y de organización política; la organización y funcionamiento judicial; y en general, las actuaciones administrativas en las que el Estado aparece investido de autoridad, ejerciendo potestades públicas (leyes de policía, fiscales, etc.) y los derechos públicos subjetivos (derechos y libertades fundamentales); también la normativa sancionadora administrativa; y un largo elenco de materias prohibidas.

Ocioso es decir que desde esa concepción del orden público quedarían vaciadas todas las posibilidades del Arbitraje para el Derecho Administrativo, caracterizado precisamente por su riqueza en normas de derecho necesario. Es preciso, pues, desechar esos criterios

ofrecidos por la doctrina iusprivatista para el ámbito del Derecho Público y construir una interpretación propia, que está por hacer, con arreglo a los principios del Derecho Administrativo. Por tanto, es preciso partir de cero y plantearse la gran pregunta: ¿cuál puede ser, el concepto de “materia indisponible” en el ámbito del Derecho Público?... porque así como parece claro que no sería lógica una exclusión de todo el Derecho Administrativo de la posibilidad del arbitraje, no lo es menos que habría muchas materias insusceptibles de ello.

Pues bien, la idea de la que hay que partir no por ociosa deja de ser la más principal: aunque la ecuación transacción-arbitraje no ha quedado rota en el ámbito del Derecho Administrativo —es visible el paralelismo, al menos formal, en los preceptos pertenecientes a la “familia” del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, arriba referidos— el arbitraje no es una figura equivalente a la transacción. Mediante el arbitraje, la Administración no cede, o se allana, o tolera, o abandona, el cumplimiento de la norma imperativa, sino que defiende la solución del conflicto a un órgano que, por hipótesis, cuidará de la legalidad y juridicidad conforme a los principios constitucionales. Claro es que si no se parte de esa hipótesis y se piensa que el órgano arbitral nunca va a desempeñar ese papel con la misma solvencia y garantía que un juez entonces habría que desterrar la idea y no seguir hablando del Arbitraje. Ello pone de relieve, dicho sea de paso, que quizás en todo esto grave un problema de solvencia de los árbitros y de garantía de que la instancia arbitral, al aplicar el derecho, sopesa debidamente el plusvalor de las normas de Derecho Público, no de que todas las normas de Derecho Público, por su naturaleza, queden excluidas *a priori* de la posibilidad del arbitraje. En todo caso, puede afirmarse como punto de partida que aquello que esté excluido de transacción no tiene necesariamente que coincidir con lo prohibido para el arbitraje. Parece obligado reconocer que la prohibición para celebrar aquella puede ser más estricta que la que pueda imponerse al arbitraje.

Sentado lo anterior parece desaconsejable el método de depurar el concepto de “materia indisponible” por una vía casuística y parcializada, que es algo que suele hacerse. Por tanto, no consideramos válido el método de aceptar para el arbitraje los contratos privados y desechar en bloque los contratos administrativos, o excluir incluso en los privados todo el conjunto de los actos separables; o distinguir entre actos reglados y discrecionales excluyendo del arbitraje los primeros desde el pre-

EL ARBITRAJE NO ES UNA FIGURA EQUIVALENTE A LA TRANSACCIÓN. POR CONSIGUIENTE, AQUELLO QUE ESTÉ EXCLUIDO DE TRANSACCIÓN NO TIENE NECESARIAMENTE QUE COINCIDIR CON LO PROHIBIDO PARA EL ARBITRAJE. LOS LÍMITES PARA CELEBRAR AQUÉLLA PUEDEN SER MÁS ERICTOS DE LO QUE ES RAZONABLE IMPONER AL ARBITRAJE. EN TODO CASO LA DETERMINACIÓN DE LA MATERIA SUSCEPTIBLE DE ARBITRAJE REQUIERE UN DESLINDE RIGUROSO, ANALÍTICO

juicio de que ello pondría en riesgo más intensamente el principio de legalidad (opinión que invita, precisamente, a pensar lo contrario); aceptar para el arbitraje las controversias sobre los bienes patrimoniales, o los actos bilaterales, y rechazar correlativamente sus categorías contrarias (bienes demaniales, actos unilaterales), etc.

Creemos que el legislador debe fijar un verdadero criterio, es decir, un concepto unívoco que distinga de una vez por todas qué deba entenderse por “materia indisponible” para el Arbitraje de Derecho público. Así, podría determinar un criterio a la vista de una escala de posibilidades como la siguiente, ordenada de mayor a menor amplitud a favor del Arbitraje: En primer lugar, “indisponibilidad de la materia” coincidiría, sería equivalente, a carencia de competencia sobre la misma (en el sentido indicado por el artículo 88.4 de la Ley 30/1992), lo que representa la interpretación más abierta o permisiva de todas. Segundo nivel: materia indisponible sólo sería aquella relacionada con el orden público estricto, es decir, como el conjunto de valores tutelados constitucionalmente. En tercer lugar, como un escalón más restrictivo que los anteriores, materias indisponibles serían aquellas que constituyen el contenido de las potestades-función. El cuarto escalón vendría constituido por cualquier materia de *ius cogens*. El quinto estaría constituido por los actos de autoridad, como categoría contrapuesta a los de gestión. El sexto configuraría como materia indisponible toda la perteneciente al Derecho Administrativo, aunque no fuesen actos de autoridad, dado su sometimiento al principio de legalidad. El séptimo haría indisponible para el arbitraje cualquier norma o actividad, si en ello está en juego el interés público, con independencia de cuál fuese la naturaleza de la actuación.

Dejando a salvo los primeros estratos de esa escala la verdad es que la elección del criterio, o sea, de la línea divisoria en uno de esos niveles es más bien un problema de política legislativa si es que partimos de la convicción de que el arbitraje de Derecho público no se opone a la Constitución. En cualquier caso, esa delimitación no es nada fácil ni siquiera para los supuestos más claros. Será preciso siempre analizar minuciosamente la regulación entera de las instituciones, de cada institución. Por ejemplo, si nos situamos en la hipótesis de que los contratos sí son susceptibles de arbitraje (la doctrina administrativista lo ha sostenido así) habrá que tener en cuenta que desde tiempo ya inmemorial los problemas de los contratos administrativos –interpretación, nulidad, resolución, *ius variandi*...– han sido resueltos unilateralmente por la Administración; y los ha resuelto, además, con la contribución de un dictamen del Consejo de Estado, contemplado en su Ley Orgánica. No parece concebible el espectáculo de un contrato administrativo interpretado por la Administración con un dictamen del Consejo de Estado, y después entregado a la decisión de un órgano no jurisdiccional. Un simple ejemplo de cómo no podría operarse a la ligera en ningún caso.

En suma, el núcleo indisponible, allá donde se encuentre, efectivamente existe, y una futura Ley de Arbitraje tendría que reservarlo para la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aunque no dispongamos del secreto de cuál sea el punto de inflexión en que las normas se conviertan en indisponibles a estos efectos, creemos que, en cualquier caso, la clave estriba en que el árbitro nunca se subroga en el papel de la Administración; ésta, la

Administración, debe emitir todos los actos jurídicos que sean necesarios para dejar expresada su voluntad y cumplir con su papel constitucional. El árbitro de derecho no ha de componer la solución administrativa, sino limitarse a controlarla, debiendo hacerlo desde los principios que informan el Derecho Administrativo, lo mismo que hace el juez contencioso. Sólo en estas condiciones podría ser admisible un Arbitraje de Derecho público.

7. SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL

La Ley de Arbitraje exige la formalización de un convenio (art. 1). Sin embargo, en la hipótesis de un arbitraje de Derecho Público no parece que fuese necesaria la celebración de un convenio formal. Bastaría que quedase constancia, de cualquier modo, del compromiso de las partes de someter el conflicto a arbitraje y de cumplir el laudo que se dictase.

Se plantea la cuestión de si el convenio tendría que sustanciarse antes o después de emitido el acto finalizador del procedimiento, punto este a estudiar concienzudamente. Un acuerdo anterior a la resolución definitiva plantearía el problema de que en el ámbito de la actividad unilateral de la Administración, la renuncia por anticipado a la jurisdicción contencioso-administrativa sería una renuncia a ciegas ya que en tal momento no sería posible determinar el objeto de la litis. Por consiguiente, no resultaría fácilmente aplicable el mecanismo previsto en el artículo 88 de la Ley 30/1992, es decir, el pacto previo a la resolución del procedimiento, ya que dicho mecanismo es apropiado para fijar y dar solución a asuntos de objeto cierto y conocido, no para deferir un arbitraje sobre un acto aún desconocido.

Sin embargo, un convenio arbitral concertado una vez dictado el acto objeto de la controversia —que es la solución mejor, a nuestro juicio— tendría el inconveniente de su incidencia en el plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa, razón por la que sería necesario articular un sistema ágil que ensamblara la alternativa de recurrir a la jurisdicción contenciosa o elegir la vía del Arbitraje.

Una reflexión final. En el momento de redactar estas líneas la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha visto la luz. Es lógico que este hecho tan trascendente, con las expectativas que le acompañan, apague la llama que en los últimos tiempos se ha venido propagando a favor de esta solución del Arbitraje administrativo, avivada quizás más por el deseo que por sus posibilidades reales de prender en el sistema como un remedio ordinario de solución de conflictos. Sería de todo punto deseable que el éxito de la Reforma hiciera muy pronto pasar de moda esta cierta calentura por un Arbitraje sustitutivo del juez, y que un trabajo como el presente llegue a ser considerado en el futuro como lo que quizás sea ahora mismo: algo para olvidar; un conjunto de reflexiones raras y sin utilidad alguna.

La Ley de derechos y garantías del contribuyente y la aplicación de los tributos

JUAN ZORNOZA PÉREZ

Universidad Carlos III de Madrid
Catedrático de Derecho
Financiero y Tributario

Sumario:

1. Introducción. 2. Asistencia e información a los contribuyentes, acuerdos previos y valoración de bienes. 3. Equiparación de los intereses activos y pasivos, automaticidad en su devengo y reembolso del coste de las garantías constituidas. 4. Las garantías en los procedimientos de gestión: plazos y prescripción. 5. Publicidad de los criterios que informen los Planes de inspección, alcance de las actuaciones y plazos para su realización. 6. Nuevas limitaciones a la ejecutividad de los actos tributarios en el procedimiento de apremio y anuncio de una cuenta corriente tributaria. 7. Separación del procedimiento sancionador y suspensión automática de la ejecución de las sanciones. 8. Derecho a recurrir y carácter potestativo de la primera instancia en vía económico-administrativa. 9. Una breve reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, reguladora de los derechos y garantías del contribuyente (LDGC) ha dado ya lugar a numerosos análisis que, realizados desde muy diversos puntos de vista, han coincidido en señalar que el citado texto legal es innovador sólo en parte, pues muchos de sus contenidos constituyen una simple reiteración de principios y normas constitucionales o, en otros casos, una recepción más o menos afortunada de los principios establecidos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). En efecto, lejos de introducir en nuestro ordenamiento tributario las importantes novedades que cabría esperar de una norma que pretende constituir, según su Exposición de Motivos, “un hito de innegable trascendencia en el proceso de reforzamiento del princi-

pio de seguridad jurídica”, la LDGC tiene un confesado carácter programático que es visible en el carácter puramente retórico de muchos de sus contenidos y, sobre todo, en la enorme indefinición de que adolecen muchos de sus preceptos, incluso los de apariencia más innovadora, que no terminan de precisar los efectos que han de derivar de su aplicación.

En este sentido, el texto legal que comentamos refleja una serie de derechos y garantías básicos de los contribuyentes que “se entienden sin perjuicio de los derechos reconocidos en el resto del ordenamiento” (art. 1.2) a los que, sin embargo, no se cesa de hacer referencia. Así, es posible identificar un primer grupo de preceptos que constituyen una simple reiteración de principios y normas constitucionales, bien de carácter tributario, como los de “capacidad económica, justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad” (art. 2.1), bien de carácter general, como los de “generalidad, proporcionalidad, eficacia...” en que ha de basarse la aplicación del sistema tributario (art. 2.2), la presunción de buena fe, que no es sino una denominación impropia para reconocer la presunción de inocencia en los procedimientos sancionadores (art. 33) o el pretendido derecho a recurrir (art. 36), cuya proclamación constituye una pura tautología, ya que deriva exclusivamente de la existencia de un sistema de recursos administrativos cuyo establecimiento depende de una libre decisión del legislador, ya que siempre podría establecerse el acceso directo a la vía judicial.

Escaso comentario ha de merecer ese grupo de preceptos, a los que se suma un segundo integrado por los que reiteran principios de la LRJ-PAC, como ocurre en el art. 3 de la LDGC, desarrollado en los arts. 13 y siguientes del mismo texto legal, que recogen reglas tan poco innovadoras como la obligación de resolver de la Administración Tributaria (art. 13), el derecho a conocer el estado de tramitación del procedimiento (art. 14) o la identidad de los responsables de dicha tramitación (art. 15), el derecho a que se expidan certificaciones de las declaraciones presentadas (art. 16), a rehusar la presentación de documentos ya presentados (art. 17), a recibir un trato respetuoso (art. 19), efectuar alegaciones (art. 21), etc. Reglas que, además, en algunos casos parecen restringir el contenido de los derechos ya reconocidos en la citada LRJ-PAC, como ocurre en relación al de no aportar documentos, que frente al más amplio tenor del art. 35.f) de la LRJ-PAC, la LDGC limita a los casos en que los documentos en cuestión obren en poder de la “Administración actuante”.

Y como tampoco vale la pena detenerse en el examen de otras reglas de la LDGC que constituyen meras declaraciones de buenas intenciones, como las relativas a la identificación de las leyes y reglamentos que contengan normas tributarias o a la complitud de las disposiciones derogatorias (art. 4), o incluso remisiones expresas a lo ya dispuesto en la Ley General Tributaria, como ocurre en el art. 8 respecto a las consultas tributarias, es hora ya de aclarar de qué materias nos ocuparemos, que son aquellas en que la LDGC incorpora alguna novedad relevante en la regulación de los procedimientos de aplicación de los tributos.

2. ASISTENCIA E INFORMACIÓN A LOS CONTRIBUYENTES, ACUERDOS PREVIOS Y VALORACIÓN DE BIENES

Situados en esta perspectiva, lo primero que conviene destacar es la amplitud con que se recogen los deberes de asistencia e información a los contribuyentes que incumben a la Administración; tareas cuya importancia es evidente en el marco de un sistema tributario de masas, en que la correcta aplicación de las normas depende en muy buena medida de la colaboración de los contribuyentes, que requieren por ello la oportuna asistencia administrativa. De ahí que la LDGC haga referencia a la pluralidad de medios y técnicas que pueden emplearse a tales efectos (art. 5.1), regulando de forma singular las publicaciones (art. 6), comunicaciones (art. 7), consultas (art. 8) y acuerdos de valoración (art. 9).

Prescindiendo, por el momento, de esta última figura, poco hay de novedad en el tratamiento de dichos instrumentos de información y asistencia, cuyos efectos continuarán siendo muy limitados, dado que el art. 5.2 de la LDGC ni siquiera reconoce una exención de responsabilidad por infracciones tributarias para quienes adecúen su actuación a los criterios manifestados por la Administración, sino que la subordina a los que las leyes establezcan. Y ello resulta particularmente absurdo si se considera, por un lado, que el art. 107 de la Ley General Tributaria (LGT) ya prevé dicha exención de responsabilidad para quienes actúan de acuerdo con los criterios manifestados en contestaciones a consultas y, sobre todo, de otro lado, que quien cumple sus obligaciones tributarias de acuerdo con un criterio administrativo ni siquiera incurre en la simple negligencia que el art. 77.1 de la LGT exige para sancionar las infracciones tributarias, con lo que ninguna responsabilidad se le podría imputar aunque nada dijera la LDGC.

Mayor comentario merece la regulación de los denominados “acuerdos previos de valoración”, a que se refiere el art. 9 de la LDGC, que subordina su aplicación a que así se prevea en “las leyes o reglamentos propios de cada tributo”. Se trata, a nuestro entender, de una norma importante, no sólo por incorporar a nuestro ordenamiento tributario técnicas convencionales hasta ahora sólo presentes en la normativa del Impuesto sobre Sociedades y frente a las que tradicionalmente han existido serias reticencias, sino porque creemos que contiene una habilitación general que permitiría la introducción de este tipo de

**LA LDGC TIENE UN
CONFESADO CARÁCTER
PROGRAMÁTICO, VISIBLE
EN LA INDEFINICIÓN DE
MUCHOS DE SUS
PRECEPTOS; INCLUSO LOS
DE APARIENCIA MÁS
INNOVADORA, COMO LOS
RELATIVOS A LOS
ACUERDOS DE
VALORACIÓN Y
VALORACIÓN DE BIENES**

instrumentos en la normativa reguladora de los distintos tributos mediante normas puramente reglamentarias, si no fuera porque todavía son muchos los problemas a resolver (órganos competentes, efectos de los valores establecidos en otros tributos que empleen criterios semejantes de valoración, etc.) para que su empleo sea posible al servicio de la seguridad jurídica y disminución de la litigiosidad. En todo caso, ese valor de habilitación general que, a nuestro juicio, tiene el art. 9 de la LDGC tiene una especial importancia si se considera que dicho texto legal proclama aplicable a todas las Administraciones tributarias (art.1.1), con lo que un desarrollo mediante Ordenanza permitiría la introducción de estas técnicas convencionales en el ámbito de las Haciendas locales, en cuyo sistema impositivo pueden resultar de una particular utilidad.

Finalmente, a caballo entre los acuerdos de valoración y la mera información se encuentran las reglas de valoración de bienes inmuebles del art. 25 de la LDGC, que han de producir efectos únicamente en los tributos que graven su adquisición o transmisión, sin perjuicio de la posterior comprobación administrativa y, por ello, con efectos que no son nada claros. Porque el citado precepto afirma que si el contribuyente ha seguido el criterio administrativo “no incurrirá en ningún tipo de responsabilidad”, con lo que pudieran surgir dudas, más allá de la indiscutible exención de responsabilidad por infracciones, sobre la posibilidad de exigir el pago de las cuotas no ingresadas, o de aplicar la afección a que aluden los arts. 41 y 74 de la LGT, etc.

3. EQUIPARACIÓN DE LOS INTERESES ACTIVOS Y PASIVOS, AUTOMATICIDAD EN SU DEVENGO Y REEMBOLSO DEL COSTE DE LAS GARANTÍAS CONSTITUIDAS

Un segundo grupo de novedades se introducen en el capítulo que la LDGC dedica a las devoluciones y reembolsos, en el que la reforma de mayor calado la constituye, sin duda, la equiparación entre los intereses que la Hacienda Pública exige a los contribuyentes por cualquier demora en el pago y los que abona con motivo de las devoluciones de oficio o de ingresos tributarios indebidos. Una equiparación largamente reclamada por la doctrina y que había dado lugar a reiteradas impugnaciones de los correspondientes preceptos legales ante el Tribunal Constitucional, todas ellas finalmente desestimadas (SSTC 76/1990, 206/1993 y 69/1996). Pese a la comprobada constitucionalidad de la diferenciación de intereses activos y pasivos, el art. 10 de la LDGC reconoce que los beneficiarios de devoluciones de ingresos indebidos tendrán derecho a percibir el mismo interés de demora que ha de abonarse a la Hacienda Pública en el caso de pagos extemporáneos de deudas tributarias y que no es otro que el del art. 58.2.c) de la LGT. Interés que será también abonado a los beneficiarios de las devoluciones de oficio contempladas en la normativa de IRPF, Impuesto sobre Sociedades e IVA, en que el art. 11 de la LDGC establece un devengo automático de intereses una vez transcurrido “el plazo de seis meses, sin que se haya ordenado la devolución por causa imputable a la Administración tributaria”, con lo que se suprime la anterior exigencia de requerimien-

to o denuncia de la mora, ya a partir del primero de enero de 1998, pues esta medida fue avanzada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Finalmente, dentro de este capítulo constituye una relevante novedad la previsión de la reducción proporcional de las garantías constituidas para conseguir la suspensión de la ejecución de deudas tributarias, en el caso de estimación parcial del recurso o reclamación interpuestos (art. 12.2 LDGC). Previsión que se acompaña de una regulación legal del régimen de reembolso del coste de las garantías aportadas, cuando las deudas garantizadas sean total o parcialmente declaradas improcedentes por sentencia o resolución que ganen firmeza. Una regulación para la que existían conocidos precedentes jurisprudenciales y que no planteará problemas respecto a las garantías “líquidas”, principalmente el aval bancario y la fianza personal, pero que puede plantear problemas prácticos de cierta importancia cuando se trate de otras garantías cuyos costes no es tan sencillo de determinar y, todavía menos, de distribuir en los casos de anulación parcial de la deuda tributaria garantizada, como ocurre en el caso de hipotecas mobiliarias, prendas irregulares, etc.

4. LAS GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN: PLAZOS Y PRESCRIPCIÓN

Con carácter previo al establecimiento de garantías específicas para determinados procedimientos, la LDGC ha incorporado un Capítulo IV que, al margen de resultar poco o nada innovador, pues fundamentalmente reitera los contenidos de la LRJ-PAC, se refiere fundamentalmente a los procedimientos de gestión tributaria, según indican, por ejemplo, los arts. 13, 14 ó 15 del citado texto legal. Pero lo que no resulta claro es si se alude aquí a la gestión tributaria en sentido amplio, como conjunto de procedimientos distintos de la resolución de reclamaciones, como dice el art. 90 de la LGT, o a la gestión en sentido estricto, como actividad distinta y separable de la de inspección y recaudación. La cuestión no es nada clara, para empezar en la norma del art. 23, que establece un plazo máximo de seis meses para la resolución de los procedimientos de gestión tributaria, que no se aplicará al procedimiento de apremio (art. 23.3) pero tampoco a otros procedimientos que integrarían la gestión en sentido amplio, como el de inspección, que tiene un plazo de duración especí-

**LA EQUIPARACIÓN DE LOS
INTERESES APLICABLES EN
LAS DEVOLUCIONES Y
REEMBOLSOS CON LOS
INTERESES DE DEMORA EN
FAVOR DE LA HACIENDA,
CON EFECTOS DEL PRIMERO
DE ENERO DE 1998,
RESULTA INDUDABLEMENTE
POSITIVA**

fico, previsto en el posterior art. 29 de la LDGC. Prescindiendo de esa confusa delimitación del ámbito al que se refiere la norma, lo cierto es que todo procedimiento de gestión deberá resolverse en el plazo máximo de seis meses; plazo que duplica el previsto para los procedimientos administrativos comunes en el art. 42.2 de la LRJ-PAC y cuyo cómputo se interrumpe por “las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la propia Administración” (art. 23.1), con lo que se hacen caer sobre el contribuyente las dilaciones imputables a terceros y, en general, todas las que no lo sean a la propia Administración. Se trata, en todo caso, de plazos cuyo incumplimiento no produce mayores efectos, salvo los que establezca la normativa específica de cada procedimiento, que “deberá tener expresamente regulado el régimen de actos presuntos que le corresponda” (art. 23.2).

De mucha mayor trascendencia eran las modificaciones inicialmente previstas en cuanto al régimen de la prescripción tributaria y que, tras la discusión parlamentaria, finalmente han quedado reducidas a un acortamiento de plazos hasta los cuatro años, que se ha reflejado en la modificación del art. 64 de la LGT (art. 24 y disposición final primera LDGC). Se trata de una reforma cuya entrada en vigor ha quedado diferida al primero de enero de 1999, aunque está por precisar si el nuevo plazo de cuatro años se aplicará únicamente para los plazos de prescripción que comiencen a contarse a partir de esa fecha o, como ha sido habitual en los casos de acortamiento de plazos, desde su entrada en vigor el nuevo plazo tendrá carácter retroactivo y se aplicará también para el cómputo de las prescripciones en curso, con el fin de evitar una ultraactividad no deseable del plazo más largo antes vigente.

5. PUBLICIDAD DE LOS CRITERIOS QUE INFORMEN LOS PLANES DE INSPECCIÓN, ALCANCE DE LAS ACTUACIONES Y PLAZOS PARA SU REALIZACIÓN

Otro de los ámbitos en que la LDGC parece haber introducido novedades substanciales es el de las garantías en los procedimientos de inspección. No obstante, un análisis más profundo demuestra que tampoco son excesivos los avances operados en esta materia. Para empezar, porque la publicación de “los criterios que informan cada año el Plan Nacional de Inspección” (art. 26) era ya perfectamente posible, pues en nada chocaría con el carácter reservado que a los Planes de los órganos que han de desarrollar las actuaciones (no a los criterios que los informan, ni mucho menos al Plan Nacional) reconoce el art. 19.6 del Reglamento General de la Inspección (RGIT). Y, sobre todo, porque esa medida no resuelve el problema fundamental, que no es otro que el del control de las causas que justifican cada concreta actuación inspectora, con el fin de reducir a límites razonables la amplia discrecionalidad de que dispone la Administración en la selección de los contribuyentes que han de ser objeto de comprobación e investigación. Un control que creemos posible ya en los momentos actuales, pues de acuerdo con el art. 29 del citado RGIT el inicio de las actuaciones sólo puede producirse como consecuencia de los planes de cada órgano, de una autorización escrita y motivada del Inspector jefe o, final-

mente, en virtud de orden superior escrita y motivada; de modo que si en la comunicación inicial se hiciera constar la circunstancia que motiva el comienzo del procedimiento inspector, dicho extremo quedaría sometido al control jurisdiccional, aunque fuera en el recurso que finalmente se interponga contra la liquidación tributaria derivada de dicho procedimiento.

De ahí que para facilitar un control de ese estilo existieran vías mucho más efectivas, como la de establecer la impugnabilidad del inicio de las actuaciones inspectoras, como sucede en el derecho alemán. Sin embargo, se ha optado por una solución distinta, cuya inspiración parece estar en el derecho italiano y que, pese a su mayor resonancia aparente, pues la publicación de los criterios inspiradores del Plan Nacional facilitará el debate sobre la orientación de las medidas administrativas de lucha contra el fraude fiscal, carece por completo de utilidad a los efectos de garantizar la protección jurídica del contribuyente frente a la inspección tributaria.

Un mayor contenido de garantía tiene el art. 28 de la LDGC, que establece el derecho del contribuyente que vaya a ser objeto de una comprobación o investigación tributaria de carácter parcial a solicitar, dentro de los quince días siguientes a la notificación de inicio de las actuaciones de que se trate, que adquiera carácter general respecto al tributo y período impositivo afectados, en cuyo caso la Administración deberá iniciar la comprobación de carácter general en el plazo de seis meses desde la solicitud. En efecto, se trata aquí de facilitar al contribuyente un instrumento de defensa frente a las comprobaciones parciales de la Inspección que, al circunscribirse a un determinado elemento del hecho imponible y dar lugar a un acta previa, en los términos del art. 50 del RGIT, dejan abierta la posibilidad de ulteriores actuaciones, en perjuicio de su seguridad jurídica. De un instrumento de defensa cuya eficacia dependerá, en último extremo, de los efectos que se atribuyan a la inactividad de la Administración en caso de que, en el plazo de seis meses legalmente previsto, no se llegue a iniciar la comprobación de carácter general que corresponde según el citado art. 28 de la LDGC.

También existe una cierta indefinición en cuanto a los efectos jurídicos de la inactividad de la Administración tributaria en el caso del art. 29 de la LDGC, que establece un plazo máximo de doce meses, a contar desde la notificación al contribuyente de su inicio, para concluir las actuaciones de comprobación e

**LA PUBLICIDAD DE LOS
CRITERIOS QUE INFORMAN
LOS PLANES DE INSPECCIÓN
CARECE DE UTILIDAD PARA
GARANTIZAR LA POSICIÓN
JURÍDICA DEL
CONTRIBUYENTE**

investigación y las de liquidación llevadas a cabo por la Inspección, dictando el acto administrativo que corresponda. Indefinición debida, para empezar, a la posibilidad de ampliar dicho plazo, con el alcance y requisitos que reglamentariamente se establezcan, cuando se trate de actuaciones de especial complejidad, o se descubra que el contribuyente ha ocultado alguna de las actividades empresariales o profesionales que realice, y en cuyo cómputo no se tendrán en cuenta los períodos de interrupción justificada como consecuencia de dilaciones imputables al contribuyente (art. 29.2), lo que de por sí dificulta su aplicación. Y, sobre todo, a que el citado precepto únicamente prevé que el incumplimiento del citado plazo “determinará que no se considere interrumpida la prescripción como consecuencia de tales actuaciones” (art. 29.3), con lo que parece excluirse la caducidad del procedimiento y, con ello, quedar abierta la posibilidad de posterior prosecución de las actuaciones siempre que el tributo no hubiera prescrito.

De este modo, la sanción por el incumplimiento del repetido plazo de doce meses es la misma que se establece para la interrupción injustificada de actuaciones inspectoras en el propio art. 29.3 de la LDGC que, dicho sea de paso, contempla expresamente sólo uno de los efectos que el art. 31.4 del RGIT atribuye a dichas interrupciones injustificadas, el de su letra a), con lo que surgen dudas respecto a si los ingresos pendientes realizados después de la interrupción de las actuaciones inspectoras, sin nuevo requerimiento previo, han de producir, o no, las consecuencias previstas en el art. 61.3 de la LGT. Pues bien, a nuestro juicio, no hay por qué entender que el art. 29 de la LDGC haya derogado implícitamente el art. 31.4.b) del RGIT, excluyendo la posibilidad de regularización voluntaria tras la interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras. Antes al contrario, dicha norma reglamentaria constituye un desarrollo conjunto de los preceptos legales que hemos citado, al limitarse a aclarar que la interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras las priva de cualquier efecto, de modo que los ingresos realizados con posterioridad a ese momento deben considerarse realizados sin requerimiento previo y, por tanto, dar lugar a las consecuencias previstas en el art. 61.3 de la LGT.

6. NUEVAS LIMITACIONES A LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS TRIBUTARIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE APREMIO Y ANUNCIO DE UNA CUENTA CORRIENTE TRIBUTARIA

Pocas son las novedades existentes en cuanto a la regulación del procedimiento de recaudación, en el que la LDGC reconoce un derecho a la suspensión del ingreso de la deuda, con o sin garantía, en los términos de “la normativa vigente” (art. 30.1), eleva a rango legal lo previsto en el art. 20.8 del Reglamento General de Recaudación (RGR), depurando técnicamente la concatenación de la suspensión en vía administrativa con la que puedan otorgar los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 30.2), y reitera la exigencia de derivación formal de la responsabilidad contenida en el art. 37.4 de la LGT. No obstante, conviene destacar el significado de la reforma introducida en cuanto a la enajenación de los bienes y derechos embargados en el curso del procedi-

miento de apremio, que no podrá efectuarse hasta la firmeza del acto de liquidación de la deuda, salvo en casos de fuerza mayor, bienes percederos, bienes en los que exista riesgo inminente de pérdida de valor o cuando el contribuyente solicite de forma expresa su enajenación (art. 31.2 LDGC). Se trata de una excepción, aunque sea parcial, al principio de ejecutividad de los actos administrativos que, por sus efectos, equivale a una suspensión en una fase intermedia del procedimiento ejecutivo, similar a la derivada de las solicitudes de aplazamiento a que se refiere el art. 51.6 del RGR; aunque su operatividad no tendría por qué alcanzar a los embargos de dinero efectivo o en cuentas o créditos realizables a corto plazo, en que no existe propiamente enajenación de los bienes o derechos embargados y que ocupan los dos primeros lugares en el orden de embargos dispuesto en el art. 131.2 de la LGT.

Junto a ello, parece conveniente resaltar la importancia del compromiso asumido por la Disposición Final Cuarta de la LDGC, al comprometer al Gobierno para que, en los tres meses siguientes a su aprobación regule “un sistema de cuenta corriente tributaria, con objeto de conseguir una mayor eficacia en la compensación de deudas y créditos tributarios”. Pese a que se trate de un compromiso ya incumplido, pues no ha llegado a dictarse la correspondiente normativa, que convendría incardinar en el RGR, la adopción de un sistema de cuenta corriente tributaria no sólo facilitaría el juego de la compensación (art. 68 LGT y arts. 63 y ss. RGR) como forma de extinción de las obligaciones tributarias, sino que dinamizaría notablemente una gestión recaudatoria que todavía se encuentra anclada en concepciones excesivamente clásicas.

**LA INTRODUCCIÓN DE UN
SISTEMA DE “CUENTA
CORRIENTE” TRIBUTARIA
HARÍA VERDADERAMENTE
OPERATIVA LA
COMPENSACIÓN DE
DEUDAS TRIBUTARIAS**

7. SEPARACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

En el ámbito tributario sancionador la LDGC, que en su art. 33 comienza reiterando la presunción constitucional de inocencia, convertida en buena fe del contribuyente, ha introducido algunas modificaciones de enorme importancia, pese a que su alcance haya quedado en cierto modo restringido por el desarrollo reglamentario realizado por el Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, de régimen sancionador tributario (RST).

La primera de dichas modificaciones consiste en el establecimiento de un procedimiento separado para la imposición de sanciones tributarias, que se realizará “mediante un expediente distinto o independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor” (art. 34). E importa señalar que la separación de procedimientos es puramente formal, pues los datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en el expediente instruido para regularizar la situación tributaria del sujeto pasivo se podrán emplear a efectos del expediente sancionador, al que “deberán incorporarse formalmente... antes del trámite de audiencia correspondiente a este último”. Por ello, aunque no podemos entrar a valorar en todos sus extremos la reforma introducida, no está claro que con ella se alcance a cumplir las exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la proyección del derecho a no autoinculparse en el seno de cualquier procedimiento que pueda concluir con la imposición de sanciones o multas (Sentencias Funke, de 25 de febrero de 1993 y Bendenoun, de 24 de febrero de 1994).

Sobre todo, porque la proclamada separación de procedimientos puede quedar en nada si, como es de prever, se generaliza la tramitación abreviada a que se refiere el art. 34 del RST para los casos en que, al tiempo de iniciarse el expediente sancionador, se encuentran en poder del órgano competente todos los elementos que permitan formular la propuesta de imposición de sanción. Porque ello permitiría que, una vez concluido el expediente de comprobación e investigación de la situación tributaria del contribuyente, se procediera a la apertura de un expediente sancionador al que se incorporasen los datos y pruebas obtenidos en tales actuaciones, con lo que se dispondría ya de todos los elementos para formular la propuesta de sanción correspondiente, aunque no como consecuencia de la instrucción de un procedimiento sancionador distinto e independiente del de regularización, sino sólo distinto de él.

De ese modo, en último extremo, la reforma más trascendente introducida en la LDGC, que a nuestro juicio es la comentada separación del procedimiento sancionador respecto a los de comprobación e investigación, corre el riesgo de quedar abortada. En primer lugar, porque el citado texto legal no ha acertado a regular correctamente las relaciones que deben existir entre ambos procedimientos desde el momento de su separación, ya que permite un traslado de datos, pruebas y circunstancias en apariencia ilimitado del uno al otro; y, en segundo término, porque su desarrollo reglamentario por el RST vacía de contenido el procedimiento sancionador ordinario para sustituirlo por una tramitación abreviada en que la propuesta de imposición de la sanción no parece sino una prolongación, aunque sea en pieza separada, del procedimiento de comprobación e investigación.

La segunda de las reformas consiste en el establecimiento de un plazo de seis meses (art. 34.3 LDGC) para la resolución del expediente. Un plazo que, según el art. 36.1 del RST, se verá interrumpido por las dilaciones en la tramitación imputables a los interesados y en el caso de suspensión del procedimiento por trasladarse el tanto de culpa a la jurisdicción penal, al descubrirse indicios de delito; y cuyo transcurso determina, según

prevé el citado desarrollo reglamentario, la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones, “sin perjuicio de la posibilidad de iniciar de nuevo el procedimiento en tanto no haya prescrito la acción de la Hacienda Pública para imponer la correspondiente sanción”.

Por fin, una tercera y trascendente reforma se ha introducido al establecer la suspensión automática de la ejecutividad de las sanciones, sin necesidad de aportar garantía, por la simple presentación en tiempo y forma de la reclamación administrativa que proceda (art. 35 LDGC). Se trata de una decisión tendente a maximizar el alcance de la presunción constitucional de inocencia, impidiendo la ejecución de las sanciones en tanto dicha presunción no se haya visto desvirtuada por un acto firme; aunque, como aclara el art. 37.1 del RST, la suspensión se extiende únicamente al período de tramitación de la reclamación o recurso administrativo o, con los términos del citado precepto, hasta que las sanciones “sean firmes en vía administrativa”. Prescindiendo de la singularidad de esa “firmeza” puramente administrativa, ello hacía necesario prever las consecuencias de la posterior interposición del recurso contencioso-administrativo, cuando menos para extender la suspensión hasta el momento en que los órganos competentes de dicha jurisdicción hubieran resuelto respecto a la solicitud de suspensión, como prevé el art. 30.2 de la misma LDGC. Así lo dispone el art. 38 del RST que, sin embargo, excediendo los límites del puro desarrollo reglamentario y, por ello, incurriendo en una más que probable causa de ilegalidad, exige para que la suspensión se mantenga el “ofrecimiento de caución para garantizar la deuda”, como si la presunción de inocencia operase sólo en vía administrativa y no ante la jurisdicción contenciosa cuando examina la legalidad de las sanciones tributarias.

Junto a ello, aunque el art. 4.3 de la LDGC establece que “las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias, así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado”, han surgido dudas respecto a si esta regla de suspensión automática del art. 35 LDGC debe, o no, operar también para sanciones recurridas sin que se haya producido la suspensión o, incluso, en las que hubiera debido aportarse garantía para su obtención, todo ello con anterioridad a la entrada en vigor del citado texto legal. Pues bien, a nuestro juicio existen buenas razones para afirmar la retroactividad de esta regla, que debería aplicarse también a las sanciones recurridas pero no suspendi-

**LA SEPARACIÓN DEL
PROCEDIMIENTO
SANCIONADOR RESPECTO
A LOS DE COMPROBACIÓN
E INVESTIGACIÓN QUEDA
ABORTADA EN LA PRÁCTICA
POR LA DEFECTUOSA
REGULACIÓN DE LAS
RELACIONES QUE DEBEN
EXISTIR ENTRE ELLOS**

das, pues sistemáticamente la LDGC considera esta regla como perteneciente al régimen sancionador tributario y, en su desarrollo reglamentario (art. 37.2 RST) ha previsto su aplicación de oficio y automáticamente por los órganos encargados del cobro de la deuda; y en este sentido se han pronunciado ya, con argumentos variados, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo regional de Cataluña de 27 de mayo de 1998 y la posterior Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 1998.

8. DERECHO A RECURRIR Y CARÁCTER POTESTATIVO DE LA PRIMERA INSTANCIA EN VÍA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA

Confirmando que la LDGC es una curiosa mezcla de proclamaciones puramente retóricas y reformas parciales de los procedimientos tributarios, su art. 36 consagra un pretendido “derecho a recurrir” en vía administrativa que, como ya hemos dicho, no es más que el resultado del previo reconocimiento legal de un sistema de reclamaciones y recursos que no es constitucionalmente exigible. Se trata, pues, de un nuevo esfuerzo por engrosar el contenido pretendidamente garantista del texto legal examinado, que sirve de pórtico a la realización de una importante reforma de la vía económico-administrativa, consistente en convertir en puramente potestativa la primera instancia, en los casos de reclamaciones en las que sea posible recurrir en alzada. De este modo, el contribuyente podrá elegir si plantea su reclamación en primera instancia, ante el Tribunal Regional, para acudir eventualmente en alzada al Tribunal Central; o bien, como ocurrirá en un buen número de casos, al menos en los que la suspensión del acto impugnado conlleve la constitución de garantías, interpone directamente su reclamación ante este último órgano para evitar dilaciones innecesarias.

9. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

En algunos casos, las reglas substantivas incorporadas a la LDGC han dado lugar a reformas de los correspondientes preceptos de la LGT y de la normativa reguladora del procedimiento económico-administrativo. Pero dichas modificaciones parciales no resuelven las cuestiones interpretativas que se irán planteando a la hora de aplicar textos legales y, sobre todo, los de carácter reglamentario dictados para su desarrollo, que no obedecen a los mismos planteamientos. Por eso, la LDGC no puede considerarse, a nuestro juicio, en términos estrictamente técnicos, una buena solución; porque sin perjuicio de la rentabilidad, fundamentalmente política, que pueda producir un texto legal como el comentado, sigue siendo ineludible la realización de una reforma en profundidad de la LGT, que adapte sus contenidos a la Constitución y, sobre todo, a las necesidades de la aplicación de un sistema tributario cuya estructura actual exige procedimientos de ges-

ción renovados, adaptados además a las peculiares características de nuestra Administración tributaria.

Si, aparte tales consideraciones, las concretas reformas realizadas han de resultar, o no, eficaces para la consecución de los objetivos que pretenden es algo sobre lo que no se puede opinar, por ahora, con fundamentos bastantes. No obstante, las características del primero de los desarrollos reglamentarios realizados, en un ámbito tan trascendente como el del procedimiento sancionador, el incumplimiento de compromisos legalmente adquiridos para reglamentar otros aspectos de los procedimientos tributarios, como el de la cuenta corriente tributaria, y las reacciones de determinados colectivos de funcionarios al servicio de la Hacienda pública, no invitan precisamente al optimismo.

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. C) Recurso por responsabilidad extracontractual. D) Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario.

1. INTRODUCCIÓN

Durante el período al que se contrae la presente crónica, junio a octubre de 1998, la jurisprudencia del TJCE sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes y recursos, no ha producido sustanciales cambios con respecto a la importante y consolidada doctrina anterior. En todo caso, sí son apreciables nuevos criterios que asientan esas doctrinas o algunas matizaciones de las mismas.

2. PRINCIPIOS GENERALES

El TJCE, en su misión de garante del “respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado” (artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea), formula constantemente categorías generales que unas veces tienen el carácter de desarrollo de categorías ya contempladas normativamente, y otras, las más, implican una construcción *ex novo* ante el silencio normativo al respecto. Para el desarrollo de esta labor creativa, el Tribunal acude con normalidad a los Derechos de los distintos Estados miembros de la Comunidad.

En este sentido, en la **STJCE de 15 de septiembre de 1998** (asunto C-231/96), surgida ante una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Derecho comunitario en materia de devolución de ingresos indebidos, el Tribunal señala que, de una aproximación comparativa de los sistemas nacionales se desprende que el problema de la impugnación de gravámenes ilegalmente reclamados o de la devolución de gravámenes indebidamente pagados se resuelve de diferentes maneras en los dis-

tintos Estados miembros, e incluso dentro de un mismo Estado, según los diversos tipos de impuestos y exacciones de que se trate. En algunos casos, las impugnaciones o demandas de este tipo están sometidas por la ley a requisitos de forma y plazo en lo que respecta tanto a las reclamaciones dirigidas a la Administración Tributaria como a los recursos jurisdiccionales. En otros casos, los recursos que tienen por objeto el reembolso de exacciones indebidamente pagadas deben interponerse ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, principalmente en forma de acciones para la devolución de cantidades indebidamente pagadas, que pueden ejercitarse durante plazos más o menos largos, en ocasiones durante el plazo de prescripción establecido por el Derecho común. Esta diversidad de sistemas nacionales se debe principalmente a la inexistencia de una normativa comunitaria en materia de devolución de tributos nacionales indebidamente percibidos. En una situación de este tipo, razona el Tribunal:

“corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular los procedimientos de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dichos procedimientos no sean menos favorables que los referentes a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni, por otra parte, hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”.

Por lo que respecta a este último principio, el Tribunal de Justicia ha reconocido la compatibilidad con el Derecho comunitario de la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la Administración interesada. En efecto, unos plazos de este tipo no son de una naturaleza tal que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

El respeto del principio de equivalencia exige, por su parte, que el procedimiento controvertido se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho comunitario y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y cuando se trata de un mismo tipo de tributos o exacciones (véase, en este sentido, la **STJCE de 27 de marzo de 1980**, Salumi, asuntos acumulados 66, 127 y 128/79, Rec. p. 1237, apartado 21). En cambio, este principio no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender a todas las acciones de devolución de tributos o exacciones percibidos en contra de las disposiciones del Derecho comunitario su régimen de repetición interno más favorable. Así pues, el Derecho comunitario no se opone a que la legislación de un Estado miembro contemple, junto a un plazo de prescripción de Derecho común aplicable a las acciones de repetición de lo indebido entre particulares, procedimientos específicos de reclamación y de recurso judicial menos favorables para la impugnación de los tributos y demás exacciones. Sólo cabría una solución distinta si dichos procedimientos fueran aplicables única y exclusivamente a las acciones de devolución de tributos o exacciones basadas en el Derecho comunitario.

De todo lo anterior, concluye la Corte:

“que el Derecho comunitario no prohíbe que, frente a las acciones de devolución de tributos percibidos en contra del Derecho comunitario, un Estado miembro invoque un plazo nacional de caducidad de tres años que se aparta del régimen común de las acciones de repetición de lo indebido entre particulares, sometidas a un plazo más favorable, siempre que dicho plazo de caducidad se aplique del mismo modo a las demandas de devolución basadas en el Derecho comunitario y a las fundadas en el Derecho interno”.

En similares términos se pronuncia la **STJCE de 22 de octubre de 1998**, (asuntos acumulados C-10 a C-22/97), que tiene su origen en una cuestión prejudicial acerca de las consecuencias que derivan, en Derecho interno, de la incompatibilidad de un tributo nacional con el Derecho comunitario, así como las **SSTJCE de 15 de septiembre de 1998**, en los asuntos acumulados C-279/96, C-280/96 y C-281/96, y en el asunto C-260/96.

3. FUENTES

La fijación de un plazo para la adaptación del Derecho interno a las directivas comunitarias es un elemento que, pese a no encontrarse explícitamente señalado en el artículo 189 TCE, es exigido, de manera uniforme, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia comunitaria.

En este sentido, el Alto Tribunal Comunitario no ha variado, en sus últimos pronunciamientos, la línea seguida hasta el momento al declarar los incumplimientos de determinados Estados ante la ausencia de adaptación en el plazo fijado del Derecho interno a determinadas directivas.

Tal es el caso de las **SSTJCE de 6 de octubre de 1998**, Comisión/Bélgica, Asunto C-79/98 y de **15 de octubre de 1998**, Comisión/Bélgica, Asunto C-283/97, en las que el TJCE declara el incumplimiento del Reino de Bélgica “al no adoptar, dentro del plazo señalado”, todas “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias” para cumplir o atenerse a las directivas que, en cada supuesto, son objeto del recurso.

Se trata, en definitiva, de una cláusula de estilo introducida por el TJCE en las sentencias en que se condena la pasividad de un Estado.

Ratificando lo anterior, la **STJCE de 15 de octubre de 1998**, Comisión/Francia, Asunto C-284/97 declara que:

“(…) la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben (...) al no adoptar dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva”.

En términos similares se pronuncian las SSTJCE de 18 de junio 1998, Comisión/Portugal, Asunto C-208/97 y de 22 de octubre de 1998, Comisión/Irlanda, Asunto C-26/98.

Mencionemos, finalmente, la STJCE de 1 de octubre de 1998, Comisión/España, Asunto C-71/97, en la que, además de declarar que el Reino de España ha incumplido la obligación de comunicar a la Comisión la adopción de determinadas disposiciones, realiza dos afirmaciones interesantes. La primera se refiere al hecho de que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva. La segunda alude a que si el plazo de ejecución de una directiva resulta ser demasiado corto, la única vía compatible con el Derecho comunitario consiste, para el Estado interesado, en adoptar en el marco comunitario las iniciativas apropiadas para conseguir que la Institución competente acuerde la eventual prórroga del plazo.

4. RECURSOS

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

En primer lugar, debemos señalar que no se observan novedades doctrinales substanciales que hayan cambiado y modificado radicalmente la doctrina jurisprudencial seguida; aunque, sí que han aparecido modulaciones interpretativas respecto a estos recursos.

En referencia al recurso por omisión (inactividad), debemos destacar la jurisprudencia que establece que la Comisión, a la hora de responder a un requerimiento para que actúe, debe contar con un *plazo razonable para examinar las observaciones del denunciante antes de verse obligada a definir su posición definitiva sobre la denuncia* (STPI, asunto T-28/95, de 16 de septiembre de 1998). Lo anterior puede observarse también en la STPI, T-95/96, de 15 de septiembre de 1998, que se va a convertir en tema de referencia doctrinal en los próximos años en el Reino de España, pues considera las ayudas públicas que recibe RTVE y las cadenas autonómicas: ¿Mera compensación de las obligaciones de servicio público que la legislación española les impone?, o más bien ¿Es un servicio público un concurso televisivo? En este asunto, la Comisión fue condenada al abstenerse de adoptar una decisión en tiempo, pues no puede justificarse que la Comisión examinara (examen preliminar) durante cuarenta y siete meses la primera denuncia y durante veintiséis meses la segunda denuncia, absteniéndose de dictar una decisión.

Por lo que respecta al recurso de anulación, en primer lugar, hay que destacar la STPI, T-371/94 y T-394/94, de 25 de junio de 1998, cuando señala que, en el marco de un recurso de anulación, la legalidad de un acto comunitario debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que el acto fue adoptado, y no puede depender de consideraciones retrospectivas sobre su grado de eficacia. En particular,

I. Derecho Comunitario

las apreciaciones complejas hechas por la Comisión deben examinarse únicamente en función de los elementos de que ésta disponía en el momento en que efectuó dichas apreciaciones (en este asunto, la consideración de ayuda estatal de la compra de diecisiete nuevos aviones por “Air France” que representa la cantidad de 11.500 millones de francos y la competitividad en la red de sus líneas extra EEE con el correspondiente tráfico aéreo de enlace).

Por otro lado, hay que considerar que no cabe el recurso de anulación, previsto en el Derecho comunitario, respecto del control de la legalidad de decisiones adoptadas por los órganos nacionales encargados de ejecutar determinadas medidas en el marco de la PAC; como tampoco respecto de una decisión confirmatoria (no una mera manifestación de opinión escrita, ya que no es susceptible de producir efectos jurídicos y tampoco está destinada a producir tales efectos), siempre y cuando dicha decisión confirmatoria haya adquirido firmeza con respecto al interesado por no haber sido objeto de un recurso contradictorio interpuesto dentro de los plazos exigidos. No olvidemos que constituye jurisprudencia reiterada que los plazos procesales para recurrir no tienen el carácter de dispositivos, ni para el Juez, ni para las partes (STPI, T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, considerando 79), son de orden público, y obedecen a la exigencia de la seguridad jurídica y a la necesidad de evitar toda discriminación o trato arbitrario en la administración de justicia. Así lo declara la STPI, T-188/95, de 16 de septiembre de 1998, en su considerando 111:

“Aunque una Decisión que declare compatible con el mercado común una ayuda notificada por un Estado miembro sólo se notifique a su destinatario, esto es, al Estado miembro, y sólo sea objeto de una publicación sumaria en el Diario Oficial, una tercera persona *no puede interponer un recurso de anulación de dicha Decisión en cualquier momento*. Efectivamente, de la jurisprudencia se deduce que corresponde a quien tiene conocimiento de un acto que le afecta solicitar su texto completo en un plazo razonable, pero, sin perjuicio de ello, el plazo para recurrir sólo empieza a correr a partir del momento en el que el tercero interesado tenga un conocimiento exacto del contenido y de las motivaciones del acto de que se trata, de manera que pueda ejercitar una acción en vía judicial.”

Respecto a la admisibilidad del recurso de anulación, la STPI, T-174/95, en referencia a la Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom de la Comisión, de 8 de febrero de 1994, sobre el acceso de los ciudadanos a los documentos de la Comisión, en su considerando jurídico 67, determina que una persona a quien se le deniega el acceso a un documento o una parte de un documento, ya tiene, por este simple hecho, un interés en la anulación de una decisión denegatoria. Y respecto a su propia competencia, ya que de conformidad con el artículo L del TUE no es competente para apreciar la legalidad de los actos comprendidos en el ámbito de aplicación del Título VI de dicho Tratado, en el considerando 85 señala que eso no obsta a su competencia para pronunciarse en materia de acceso del público a dichos actos. La apreciación de la legalidad de la decisión impugnada está dentro de su competencia para controlar, con arreglo al artículo 173 del Tratado CE, la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo con arreglo a la Decisión 93/371. En el considerando 86, señala que:

“La circunstancia de que los documentos estén comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo VI del TUE debe tenerse en cuenta únicamente en la medi-

da en que su contenido podría, eventualmente, estar incluido en una o varias de las excepciones establecidas por la Decisión 93/731. En tal supuesto, se trata del examen de fondo de la legalidad de la decisión de denegación de acceso adoptada por el Consejo y no de la admisibilidad del recurso como tal.”

Hay que tener presente que en el marco de un recurso de anulación dirigido contra un reglamento *antidumping* del Consejo, el control jurisdiccional puede extenderse a los elementos del reglamento de la Comisión y a su correspondiente procedimiento, en la medida en que el reglamento del Consejo se refiera a ellos. De tal forma, en la **STPI, T-2/95, de 15 de octubre de 1998**, se puntualiza en su considerando 91, que:

“En contra de lo que sostiene la demandante, el hecho de que el Reglamento de base no contenga disposiciones específicas sobre las consecuencias jurídicas de una sentencia de anulación no significa que esté totalmente excluido que las Instituciones puedan retomar tanto la investigación como el procedimiento en el curso del cual se adoptaron las medidas definitivas anuladas. En efecto, según el artículo 176 del Tratado, corresponde a la institución condenada extraer las adecuadas consecuencias de una sentencia de anulación. Por consiguiente, la anulación de un acto que pone fin a un procedimiento administrativo que consta de diferentes fases no implica necesariamente la anulación de todo el procedimiento que procedió a la adopción del acto impugnado, independientemente de los motivos, de fondo o de procedimiento, de la sentencia de anulación.”

A su vez, las **SSTPI, T-94/95 y T-93/95**, en su considerando 48, establecen las relaciones existentes entre los recursos de anulación y de indemnización, pues, aunque constituyan dos recursos autónomos, y, en principio, la inadmisibilidad de una pretensión de anulación no implica la de una pretensión de indemnización destinada a la reparación de los perjuicios causados por el acto impugnado, la inadmisibilidad de la pretensión de anulación implica la de la pretensión de indemnización, cuando el recurso de indemnización tenga por objeto la revocación de una decisión individual y tuviese por efecto, si fuere acogido, anular los efectos jurídicos de dicha decisión. Y, en concreto, el TPI (asuntos T-10/97 y T-11/97, **S. de 9 de junio de 1998**, considerando 94), indica que la inadmisibilidad de un recurso de anulación, basado en el artículo 173 del Tratado, puede, con carácter excepcional, implicar la de un recurso de indemnización interpuesto con arreglo al artículo 215 del TCE, cuando el recurso de indemnización esté destinado a la supresión de una decisión individual convertida en definitiva (una acción basada en el artículo 215 del TCE no debe ir necesariamente acompañada ni precedida por un recurso cuyo objeto sea una anulación o una declaración de invalidez, ya que con ello se dota de una mayor protección de los justiciables).

B) Recurso por incumplimiento

El TJCE se ha pronunciado respecto del asunto C-71/97, **S. de 1 de octubre de 1998**, (apartados 14 y 17), en el que el Reino de España es la parte demandada, reiterándose en sus rasgos esenciales la jurisprudencia anterior. Según la misma, la “falta de voluntad”

I. Derecho Comunitario

por parte de un Estado miembro, de incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del articulado de una Directiva, no es obstáculo para que, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 169 TCE, se compruebe objetivamente el incumplimiento por parte de un Estado miembro respecto de las obligaciones que le impone el Tratado o un acto de Derecho derivado. De lo antedicho se desprende que, frente a una alegación basada en el hecho de que el retraso de que se trate se deba especialmente a que el Estado y las CC AA dispongan de competencias concurrentes, procede recordar que un Estado no puede alegar disposiciones, prácticas, ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva (en el mismo sentido que esta sentencia se pueden ver: **STJCE, C-326/97, de 15 de octubre de 1998**, (apartado 7), **STJCE, C-323/96, de 17 de septiembre de 1998** (apartado 42) y **STJCE, C-339/97, de 16 de julio de 1998** (apartado 10)).

Finalmente, el TJCE se ha pronunciado en el asunto C-191/95, **S. de 29 de septiembre de 1998** (apartados 44 y 46), sobre las características y requisitos que debe tener el dictamen motivado al que hace referencia el artículo 169 TCE. Debe señalarse, que se trata de un procedimiento previo que no produce ningún efecto jurídico vinculante frente al destinatario del propio dictamen motivado. Este último únicamente constituye una fase administrativa previa de un procedimiento que, en su caso, puede desembocar en la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta que la finalidad de dicho procedimiento administrativo previo es la de permitir que el Estado miembro cumpla voluntariamente las exigencias del Tratado o, en su caso, darle oportunidad de justificar su posición. Por consiguiente, añade el TJCE, el dictamen motivado sólo producirá efectos jurídicos en relación con la interposición del recurso de incumplimiento ante el TJCE, mientras que, por lo demás, si el Estado no se atiene a ese dictamen en el plazo señalado, la Comisión está facultada, aunque no obligada, a someter el asunto al Tribunal de Justicia.

C) Recurso por responsabilidad extracontractual

Es importante resaltar que la Corte de Luxemburgo en la **STJCE, C-319/96, de 24 de septiembre de 1998** (apartado 26), ha ratificado su competencia para verificar si se reúnen los requisitos para que los Estados miembros incurran en responsabilidad derivada de la violación del Derecho comunitario, únicamente en los casos en los que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para apreciar si los hechos de autos deben calificarse de violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario.

Por otra parte, la **STPI, T-199/96, de 16 de julio de 1998**, (apartados 50 y 51), ha confirmado que, tratándose de actos de carácter normativo, procederá verificar si se ha violado una norma jurídica de rango superior que proteja a los particulares, si una Directiva se refiere, de manera general y abstracta, a todos los empresarios de los Estados miembros que, al término de los plazos fijados para adaptar a la misma cada ordenamiento jurídico interno, operen en el sector de que se trata. También, en esta misma sentencia y, refiriéndose en este caso al principio de contradicción, el TPI señala que el mismo es un principio fundamental del Derecho comunitario que se aplica a todo procedimiento administrativo incoado contra una persona determinada y que pueda terminar en un

acto que le sea lesivo, pero no es obligatorio en los procedimientos legislativos, aunque con carácter excepcional y en virtud de disposiciones expresas, deban garantizarse determinados derechos de defensa al adoptar actos normativos (apartados 58 y 59). Por último, también en el marco de la sentencia precitada, y referido en este caso a la desviación de poder, el TPI ha reiterado su jurisprudencia que señala que un acto de una Institución comunitaria está viciado de desviación de poder si el mismo se adoptó con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos a los alegados, pudiéndose únicamente tener constancia sobre una desviación de poder sobre la base de indicios objetivos, oportunos y concordantes (apartado 69).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALED A

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

LUIS F. MAESO SECO

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Sumario:

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. 2.1. Recurso de amparo constitucional:

A) Principio de subsidiariedad, agotamiento de la vía judicial previa: recursos legalmente exigibles [art. 44.1.a) LOTC]. B) Principio de subsidiariedad, agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC]: consecuencias de la cosa juzgada por la compatibilidad entre recurso contencioso-administrativo ordinario y de protección de derechos fundamentales. C) Extemporaneidad (art. 44.2 LOTC): Sentencias dictadas sin audiencia de una parte, solicitud de nulidad de actuaciones y de notificación de la misma, y audiencia al rebelde. 2.2. Control de constitucionalidad de normas con rango de ley:

A) Desaparición sobrevenida del objeto de unas cuestiones de inconstitucionalidad, que son materialmente conflictos locales, en aplicación de Sentencias previas.

2.3. Controversias competenciales en virtud de conflictos y recursos: A) Demandas:

deben ir acompañadas de la suficiente argumentación respecto de cada uno de los concretos preceptos impugnados. B) Objeto del conflicto: reducción del mismo en virtud de la doctrina jurisprudencial sobrevenida y con independencia de las concretas normas discutidas. C) Objeto del conflicto: el cambio normativo no supone la desaparición del conflicto si subsiste la controversia competencial. D) Objeto del conflicto: el conflicto debe ser real, fundado en una concreta invasión de competencias, y no virtual. No cabe pedir una declaración meramente interpretativa. E) Canon, parámetro o bloque de la constitucionalidad: debe ser el vigente en el momento de formularse el juicio y de dictarse Sentencia. 3. Criterios de distribución de competencias: A) La garantía institucional de las Provincias abarca su autonomía presupuestaria: las Comunidades Autónomas no pueden obligar a las Diputaciones Provinciales a canalizar todas sus inversiones a través de un Plan único. B) Bases: su naturaleza como normas interpuestas que integran

el bloque de la constitucionalidad. Esta “inconstitucionalidad mediata o indirecta” obliga a revisar previamente su carácter básico. C) Bases: competencia básica estatal y otorgamiento de subvenciones. Debe dejarse un margen en la tramitación a las Comunidades Autónomas. D) Bases: concepto formal. Colaboración entre Ley y Reglamento en la determinación de lo básico. Reproducción de Leyes básicas en Reglamentos de desarrollo. E) Decretos de trasposos: no forman parte del bloque de la constitucionalidad. F) Principio de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. G) Derecho Comunitario: no existe un título competencial específico en favor del Estado para su ejecución. H) Ley autonómica: invalidez de la declaración de la supletoriedad de normas estatales que sean directamente aplicables. I) Ley autonómica: inconstitucionalidad de la norma que habilita al Estado. J) Ley autonómica: La reproducción de preceptos estatales es inconstitucional cuando las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa en la materia. K) Competencias estatutarias, calificación jurídica de las competencias autonómicas en los Estatutos: necesidad de una interpretación sistemática conforme a la Constitución. L) Reserva de Ley Orgánica y reglas de atribución de competencias.

1. INTRODUCCIÓN

Pese al epígrafe general, la presente crónica de jurisprudencia no se ocupa de toda la materia objeto de resoluciones del Tribunal Constitucional, sino únicamente de las que atañen, de un lado, a los aspectos de procedimiento de los procesos constitucionales y, de otro, a los criterios generales de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero sin adentrarse en las reglas de deslinde en concretas materias, que serán analizadas en otras crónicas. Para dar noticia de las resoluciones con la máxima inmediatez posible, se ha revisado el período que va desde la STC 82/1998, de 20 de abril, a la STC 175/1998, de 23 de julio (publicadas en los números BOE: 120 de 20 de mayo, 137 de 9 junio, 146 de 19 de junio, 158 de 3 de julio, 170 de 17 de julio, 181 de 30 de julio, y 197 de 18 de agosto). Habida cuenta de las vacaciones del Tribunal durante el mes de agosto, la crónica recoge, por tanto, la actividad jurisprudencial desde finales de abril hasta el mes de septiembre, inclusive.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

Los procesos se agrupan, para su exposición, diferenciando recurso de amparo constitucional de control de constitucionalidad de las leyes, tanto en virtud de recursos como de cuestiones, y de controversias competenciales, a través de conflictos o de recursos en los que se susciten verdaderos conflictos de competencia legislativa, pues es creciente la tendencia jurisprudencial a deslindar en su tratamiento procesal entre una y otra clase de recursos de inconstitucionalidad.

No hay decisiones procesales realmente novedosas, pero sí pronunciamientos que ilustran el manejo de distintas técnicas de entre las más habituales.

2.1. Recurso de amparo constitucional

A) Principio de subsidiariedad, agotamiento de la vía judicial previa: recursos legalmente exigibles [art. 44.1.a) LOTC]

Reseñaremos dos resoluciones, pese a su escasa originalidad.

La **STC 82/1998, de 20 de abril**, BOE de 20 de mayo, Sala Segunda, reitera (FJ 2º), con mención de jurisprudencia precedente, que no es menester para agotar todos los recursos judiciales, legalmente exigibles antes del amparo constitucional [art. 44.1.a) LOTC], intentar un improcedente recurso de casación para la unificación de doctrina [previsto en el art. 102 a), de la vieja LJCA de 1956], “que hubiera resultado inútil para la reparación deseada”, una vez descartado que hubiera lugar al recurso de casación ordinario en razón de la cuantía.

Parecida es la **STC 86/1998, de 21 de abril**, BOE de 20 de mayo, Sala Primera, según la cual (FJ 3º) la subsidiariedad del amparo resulta plenamente respetada, ya que el recurrente carecía de recurso alguno susceptible de modificar la Sentencia de inadmisión del recurso contencioso-administrativo frente a un acto presunto, habida cuenta de que, al debatirse una cuestión de personal que no afectaba a la extinción de la relación de servicio del funcionario, se hallaba excluida del recurso de casación (art. 93.2 de la LJCA en la redacción de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal). Tal afirmación no puede alterarse, por el dato de que posteriormente se promoviera otro recurso contencioso-administrativo relacionado con los mismos hechos.

B) Principio de subsidiariedad, agotamiento de la vía judicial previa [art.44.1.a) LOTC]: consecuencias de la cosa juzgada por la compatibilidad entre recurso contencioso administrativo ordinario y de protección de derechos fundamentales

STC 103/1998, de 18 de mayo, BOE de 19 de junio. El recurrente, que invoca en amparo sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical, fue san-

cionado en virtud de una falta grave con la suspensión de funciones, después de incoarse un expediente disciplinario por un Ayuntamiento a causa de reiteradas faltas al trabajo. Contra el acuerdo sancionador, interpuso a la par un recurso contencioso-administrativo por el cauce de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, que fue desestimado por Sentencia; y un recurso contencioso-administrativo ordinario en el que reprodujo su alegación sobre la supuesta lesión de la libertad sindical, siendo desestimado por aplicación de la excepción de cosa juzgada. Esta segunda Sentencia recaída en el contencioso ordinario fue luego la única impugnada en amparo. El Tribunal Constitucional, Sala Segunda, razona (FJ 2º) que la vía previa quedó agotada tras la firmeza de la Sentencia pronunciada en virtud de la Ley 62/1978, y, a partir de ese momento, debía comenzar a contarse el plazo de veinte días para recurrir en amparo, invocando los derechos fundamentales en juego; motivo que permitía considerar extemporánea la demanda respecto de la libertad sindical, circunscribiéndose el objeto del amparo exclusivamente a la hipotética transgresión de la tutela judicial en el segundo proceso.

C) Extemporaneidad (art. 44.2 LOTC): Sentencias dictadas sin audiencia de una parte, solicitud de nulidad de actuaciones y de notificación de la misma, y audiencia al rebelde

STC 161/1998, de 14 de julio, BOE de 18 de agosto. Los recurrentes promovieron una solicitud de nulidad de actuaciones por indefensión y, a la par, que se les notificara la Sentencia recaída, dictada *inaudita parte*, una vez tuvieron noticia de la misma y del proceso, al tiempo de la publicación de la Resolución-administrativa de ejecución de aquélla. La Sala de lo contencioso-administrativo rechazó tal solicitud por improcedente (art. 240 LOPJ antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre), pero notificó debidamente la Sentencia con indicación del recurso de amparo.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional descarta que el amparo sea extemporáneo a la vista de estas concretas circunstancias (FJ 2º), ya que no existe demora excesiva, sino un razonable “escalonamiento” en el conocimiento fehaciente del contenido de la Sentencia, “de la que sólo se sabe que existe”, para estar en condiciones de poder promover el amparo, comenzando entonces a contar los plazos ex art. 44.2 LOTC.

Tampoco les era exigible a los actores intentar una audiencia al rebelde (FJ 2º) que no se regula específicamente en el proceso contencioso-administrativo, sin descartar su exigibilidad por la aplicación supletoria de la LEC prevista en la Disposición Adicional Sexta LJCA de 1956, ya que se les emplazó por edictos “y no constando la ausencia de los hoy recurrentes del lugar de su residencia, no concurren todos los requisitos del artículo 777 LEC”.

II. Justicia Constitucional

2.2. Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

- A) Desaparición sobrevenida del objeto de unas cuestiones de inconstitucionalidad, que son materialmente conflictos locales, en aplicación de Sentencias previas

Un caso procesalmente curioso, ya que encubre una controversia competencial con entidades locales en el cauce de una cuestión de inconstitucionalidad, es la **STC 175/1998, de 23 de julio**, BOE de 18 de agosto. Se discutía sobre la autonomía presupuestaria de las Provincias, excesivamente condicionadas en sus inversiones por el Plan Único aprobado por la Generalidad de Cataluña. En un fundamento jurídico único, se declaran desprovisas de objeto a estas cuestiones por la declaración de inconstitucionalidad dictada en la STC 109/1998, de la que luego se dará noticia.

2.3. Controversias competenciales en virtud de conflictos y recursos

- A) Demandas: deben ir acompañadas de la suficiente argumentación respecto de cada uno de los concretos preceptos impugnados

En la **STC 118/1998, de 4 de junio**, BOE de 3 de julio, el Pleno del Tribunal Constitucional recuerda (FJ 4º) que es una carga del recurrente y una diligencia procesalmente exigible aportar una argumentación que fundamente la supuesta invasión competencial:

“Nuestra jurisprudencia no admite que las controversias competenciales sean suscitadas desde un plano abstracto y generalizado, que prescinda de contrastar, de manera singularizada, los títulos competenciales invocados y el concreto contenido de cada uno de los preceptos sobre los cuales se proyecta la impugnación (...)”.

El Tribunal rechaza de plano dar respuesta a la impugnación de varios preceptos desprovista en las demandas de argumentación alguna. El resultado tajante, pero riguroso, la exclusión de las impugnaciones, es más original que la misma doctrina que se aplica.

- B) Objeto del conflicto: reducción del mismo en virtud de la doctrina jurisprudencial sobrevenida y con independencia de las concretas normas discutidas

STC 118/1998, de 4 de junio, BOE de 3 de julio. Son tres conflictos positivos de competencia acumulados, en relación con el Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrográfica, en desarrollo de los títulos II y III de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Para resolver los conflictos, el Tribunal Constitucional se apoya lógicamente en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad

interpuestos contra la citada Ley de Aguas. Este pronunciamiento fue dictado después de formularse los requerimientos de incompetencia, ex art. 63.2 de la LOTC, respecto del Decreto discutido, de manera que los actores no pudieron tener en cuenta su doctrina, pero sí la conocieron antes de formalizarse las demandas. Las consecuencias de estas circunstancias fueron que, en algunas demandas, simplemente, se utilizó aquella Sentencia para reforzar los argumentos empleados en los requerimientos, mientras, en otras, “se hizo derivar de la misma una reducción sobrevenida del ámbito del conflicto tal como estaba inicialmente planteado” (FJ 3º). El Tribunal Constitucional señala (FJ 3º) que este segundo modo de proceder es el correcto:

“Una vez declarada la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Aguas, sometidos otros a una interpretación conforme o declarada sencillamente su adecuación al bloque de la constitucionalidad (STC 227/1988) no cabe seguir adelante con un conflicto de competencia argumentado a partir de contenidos normativos acerca de los cuales se acaba de pronunciar el Tribunal, con independencia de que lo hubiera hecho en cuanto comprendidos en la Ley de Aguas y no en uno de sus Reglamentos de desarrollo.”

C) Objeto del conflicto constitucional (art. 66 LOTC): el cambio normativo no supone la desaparición del conflicto si subsiste la controversia competencial

STC 147/1998, de 2 de julio, BOE de 30 de julio. El Gobierno Vasco reivindica la competencia para elaborar planes de pesca en relación con las Asociaciones de Armadores radicadas en su ámbito territorial, y esgrime su título competencial para la “ordenación del sector pesquero”. El Tribunal Constitucional concluye afirmando la competencia estatal sobre la “pesca marítima” (art. 149.1.19 CE), que es una competencia exclusiva en sentido estricto, según Sentencias precedentes. Se plantea previamente la posible desaparición del objeto del conflicto, toda vez que los planes de pesca impugnados lo eran para sólo dos meses. Por añadidura, cambió la posición española en la Comunidad Europea al integrarse España plenamente en la política pesquera común a partir del 1 de enero de 1996 y surgir un nuevo marco normativo comunitario. El Tribunal Constitucional requirió a las partes para que se pronunciaran sobre este extremo. El Gobierno Vasco manifestó su deseo de mantener vivo el litigio. Y el Tribunal entró a resolver el fondo del conflicto, circunscrito al objeto inicial, a pesar del cambio de normativa y a causa de los siguientes argumentos:

“ el proceso constitucional de conflicto de competencia no tiene solamente como finalidad el enjuiciamiento singular del acto o disposición desencadenante del mismo, sino también la determinación(...) de la titularidad de la competencia controvertida, por lo que la simple pérdida de vigencia de la disposición o como es en este caso, la extinción de los efectos del acto impugnado, no determina sin más la desaparición de su objeto, en tanto en cuanto la competencia siga o pueda seguir siendo ejercida en los mismos términos que provocaron su surgimiento(...)” (FJ 3º).

De hecho, seguía siendo necesaria la elaboración de “planes de esfuerzo” semanales. Pero como la nueva normativa no había sido objeto de debate procesal mediante su impug-

II. Justicia Constitucional

nación autónoma, ni a través del trámite de alegaciones del art. 84 LOTC, no procedía en este caso, y a diferencia de en otros, ampliar ni sustituir el objeto del proceso en contemplación de la nueva normativa, debiendo quedar circunscrito el objeto al inicialmente planteado (FJ 5º).

Dos Votos Particulares disienten de este razonado criterio, que –consideramos– es técnicamente muy correcto.

También la **STC 148/1998, de 2 de julio**, BOE de 30 de julio, insiste en que la derogación o modificación de las normas no supone automáticamente la desaparición sobrevenida del objeto del conflicto: hay que estar a la persistencia de la controversia competencial (FJ 2º).

O la **STC 171/1998, de 23 de julio**, BOE de 18 de agosto, que reitera que el conflicto se mantiene si la disputa competencial está viva y lo demandan las partes, haciéndose necesario declarar la titularidad de la competencia controvertida (FJ 3º).

D) Objeto del conflicto: El conflicto debe ser real, fundado en una concreta invasión de competencias, y no virtual. No cabe pedir una declaración meramente interpretativa

En la **STC 118/1998, de 4 de junio**, BOE de 3 de julio, el Gobierno de Cantabria pretendía que el Tribunal se pronunciara sobre un precepto reglamentario relativo a unos acuíferos, interpretando, con carácter general, la competencia de la Administración autonómica. Se rechaza la pretensión de acuerdo con una consolidada jurisprudencia:

“No es misión de este Tribunal, al resolver conflictos de competencia, llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y significado de supuestos implícitos en las normas y sobre sus presuntas consecuencias, de manera que, si en las normas esgrimidas la invasión de competencias no se produce, el conflicto no puede prosperar.” (FJ 7º)

Pese a este criterio riguroso de decisión, el Pleno, con cierta pedagogía constitucional –no exenta de algunas dosis de contradicción lógica–, indica a la parte que sus dudas deben entenderse salvadas con lo que en la STC 227/1988 sobre la Ley de Aguas se dijo.

E) Canon, parámetro o bloque de la constitucionalidad: debe ser el vigente en el momento de formularse el juicio y de dictarse Sentencia

La referida **STC 118/1998, de 4 de junio**, BOE de 3 de julio, asevera que ha habido una modificación del canon o bloque de la constitucionalidad con arreglo al cual debe resolverse el conflicto, con relación a la Comunidad Autónoma de Cantabria, en virtud de la aprobación, después de la demanda y de las alegaciones, de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias y de la reforma del Estatuto acaecida en 1994. Lo anterior trae consigo una sustancial equiparación entre la citada Comunidad Autónoma del art. 143 de la Constitución y las otras dos Comunidades recurrentes.

El Pleno del Tribunal recuerda que el canon o bloque de la constitucionalidad debe ser “el vigente en el momento de formularse el juicio y de dictarse Sentencia” (FJ 5º). Y, lógicamente, caben modificaciones del mismo sobrevénidas a la demanda y a las alegaciones.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Subrayaremos dos decisiones. La más importante, puesto que alcanza al mismo diseño constitucional de un Estado de tres términos, con tres niveles de entes territoriales, es la relativa a la garantía de la autonomía presupuestaria de las Diputaciones Provinciales. Es también remarcable la relativa a la ley vasca reguladora del derecho de asociación y el alcance de la reserva de ley orgánica en favor del Estado.

A) La garantía institucional de las Provincias abarca su autonomía presupuestaria: las Comunidades Autónomas no pueden obligar a las Diputaciones Provinciales a canalizar todas sus inversiones a través de un Plan único

En efecto, este caso tan relevante es el enjuiciado en la **STC 109/1998, de 21 de mayo**, BOE de 19 de junio. Son seis cuestiones de inconstitucionalidad, acumuladas y promovidas por dos Secciones de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1987, de 4 de abril, del Régimen Provisional de las Competencias de las Diputaciones Provinciales y de la Ley catalana 23/1987, de 23 de diciembre.

El supuesto —estimamos— evidencia hasta qué punto es procesalmente forzado impedir la defensa directa de la autonomía local por sus propios titulares, y reconducirla a la mediación indirecta de un órgano judicial ordinario, ajeno a los entes territoriales implicados en la controversia competencial, a través de una cuestión de inconstitucionalidad. La nueva acción frente a leyes a instancias de las Corporaciones locales que se encuentra tramitando en las Cortes Generales, mediante la reforma de la LOTC, el llamado conflicto local solventará probablemente estas deficiencias.

Las tachas de inconstitucionalidad planteadas por los órganos judiciales eran de dos clases. Primero, la violación del art. 149.1.18 CE en el ejercicio de las competencias autonómicas sobre régimen local por contradecir las leyes impugnadas las normas básicas contenidas en los arts. 36.1, apartados a) y b), y 36.2.a) de la LRBRL, preceptos que delimitan el ámbito competencial mínimo de las Diputaciones. La vulneración se produciría por imponer la Ley catalana a las Diputaciones la obligación de encauzar sus recursos, destinados a obras y servicios municipales, a través del llamado Plan Único, que venía a sustituir a los planes provinciales. Y, por otro lado, se entendía lesionada la autonomía provincial, específicamente, en su dimensión de autonomía presupuestaria (arts. 137, 141 y 142 CE), también por obligarse a las Diputaciones a canalizar todas las cantidades destinadas a la inversión en obras y servicios municipales a través del mencionado Plan Único.

II. Justicia Constitucional

El Tribunal Constitucional reseña su consolidada doctrina sobre la garantía institucional de la autonomía local y recuerda que el legislador estatal o autonómico puede delimitar el ámbito competencial de las Diputaciones, siempre que se respete un “mínimo competencial” que haga reconocible la institución (FFJJ 2º y 3º). El art. 36.2.a) LRBRL y el art. 15 del Estatuto de Cataluña vienen a reconocer y regular, respectivamente, la peculiaridad catalana, excepción al régimen común, en virtud de la cual “los servicios de cooperación de las Diputaciones habrán de adaptarse a las exigencias legales de elaboración de un Plan Único para todo el territorio de Cataluña” (art. 15 del Estatuto). Este plan tiene un carácter sustitutivo de los planes provinciales que, de hecho, desaparecen en el territorio catalán y subsisten en otras Comunidades Autónomas. De todas las tachas de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional sólo aprecia (FJ 13º) la del art. 2.3 de la Ley 23/1987:

“(…) ya que el mismo, ciertamente, cruza con claridad el umbral a partir del cual las medidas adoptadas, en principio, al amparo de las facultades de coordinación dejan de ser límites compatibles con la garantía institucional de la autonomía provincial. Y es que, de aceptarse la obligación de encauzar a través del Plan Único, no sólo el conjunto de las inversiones en obras y servicios municipales, sino toda suerte de manifestación de la cooperación económica con los municipios, no subsistiría en ese ámbito competencial ninguna auténtica capacidad decisoria de las provincias merecedora de tal calificativo”.

Llama poderosamente la atención que la Sentencia no menciona una sola vez la Carta Europea de Autonomía Local, pues es una difícilmente justificable omisión en la construcción del razonamiento o, al menos, en la comprensión de los preceptos afectados, ¿Cuál es entonces el lugar del Derecho Convencional suscrito por España en el ámbito del Consejo de Europa?

B) Bases: su naturaleza como normas interpuestas que integran el bloque de la constitucionalidad. Esta “inconstitucionalidad mediata o indirecta” obliga a revisar previamente su carácter básico

En la misma **STC 109/1998, de 21 de mayo**, y en virtud de la aplicación a la controversia de la LRBRL que desarrolla las bases estatales del régimen jurídico de las Administraciones públicas, el Tribunal Constitucional recuerda (FJ 3º) su propia doctrina sobre las normas básicas que se interponen entre la Constitución y la norma objeto de control de constitucionalidad:

“En estos supuestos en que la inconstitucionalidad denunciada es de naturaleza mediata o indirecta (...) por derivar, no de una contradicción frontal con la Constitución, sino de la colisión con un precepto pretendidamente básico, este Tribunal debe determinar inicialmente si la norma estatal que opera como canon en el control de constitucionalidad de la Ley autonómica tiene, en efecto, carácter básico(...)en el caso de las Leyes que desarrollan legislación básica del Estado tal vulneración sólo se produce cuando la propia Ley básica es respetuosa con dicho orden (...)”.

C) Bases: competencia básica estatal y otorgamiento de subvenciones. Debe dejarse un margen en la tramitación a las Comunidades Autónomas

STC 148/1998, de 2 de julio, BOE de 30 de julio. Conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno Vasco en relación con seis resoluciones de la Dirección General de Ordenación Pesquera por las que se denegó a otros tantos solicitantes ayudas España-CEE para la modernización de sus respectivos buques pesqueros. Se ventila en este conflicto si las resoluciones citadas tienen el amparo de algún título competencial estatal, o si, por el contrario, se ha invadido la competencia autonómica para el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de ordenación del sector pesquero.

El Estado puede, esgrimiendo un título competencial genérico, v.gr., la ordenación general de la economía, o su competencia sobre las bases en una materia, v.gr. para la ordenación del sector pesquero:

“(…) 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, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación” (FJ 6º).

D) Bases: concepto formal. Colaboración entre Ley y Reglamento en la determinación de lo básico. Reproducción de Leyes básicas en Reglamentos de desarrollo

La STC 118/1998, de 4 de junio, BOE de 3 de julio (FFJJ 16º a 18º) resume bien la jurisprudencia recaída, en especial, respecto de la caracterización formal de las bases a partir de 1988, definición que aquí se enfatiza. Se afirma que es innecesaria la valoración material de las normas pretendidamente básicas cuando no cumplen las condiciones formales para ser consideradas como tales :

“(…) el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución, es la Ley, pues sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos (...)” (FJ 16º).

En consecuencia, la utilización del Reglamento para dictar normas básicas se reduce a una “dispensa excepcional” (FJ 16º). Si la ley posconstitucional ha regulado ya las bases, no puede entenderse, como regla general, que las disposiciones reglamentarias, en desarrollo y ejecución de la ley, tengan también carácter básico, salvo que se determine expresamente o se deduzca “sin lugar a dudas de su propia estructura normativa en cuanto complemento indispensable de las normas legales básicas” (FJ 17º) En el conflicto planteado basta un razonamiento de orden formal para comprobar que ni hay expresa definición de lo básico, ni de su estructura puede inferirse dicho carácter, son normas muy detalladas que no son complemento indispensable de la ley (FJ 17º) Por lo anterior,

II. Justicia Constitucional

resulta innecesaria toda consideración sobre si tales preceptos merecen materialmente o no la consideración de básicos: no lo son “(...) con la única salvedad de los que reproduzcan preceptos de la ley declarados básicos por la STC 227/1988” (FJ 18º).

E) Decretos de trasposos: no forman parte del bloque de la constitucionalidad

STC 118/1998, de 4 de junio, BOE de 3 de julio. Vuelve a sostenerse, con cita de jurisprudencia precedente, que en el bloque de la constitucionalidad no se incluyen los Decretos de transferencia o trasposos:

“(...) no crean títulos competenciales ni alteran o modifican el orden de competencias establecido por el bloque de la constitucionalidad” (FJ 12º).

En el mismo sentido, entre otras, la **STC 132/1998, de 18 de junio**, BOE de 17 de julio, estos Decretos:

“no vinculan a las Cortes Generales ni a los Parlamentos Autonómicos al regular los sectores, instituciones o materias sujetas a su competencia, aunque ofrezcan indicaciones útiles sobre la interpretación mantenida por las Administraciones que negociaron su contenido, acerca del alcance de los títulos competenciales que forman parte del bloque de la constitucionalidad.” (FJ 5º)

F) Principio de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Mencionaremos dos Sentencias. La **STC 118/1998, de 4 de junio**, BOE de 3 de julio, afirma:

“Este principio de cooperación impone que se arbitren mecanismos o cauces de colaboración mutua a fin de evitar interferencias, y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria(...) aunque, por lo general, no prejuzga cuál debe ser la correcta técnica a través de cuya mediación dicha cooperación se articule.” (FJ 12º).

Y la **STC 149/1998, de 2 de julio**, BOE de 30 de julio, en la cual se dice:

“Sin embargo, es posible que esos cauces o fórmulas de cooperación resulten (...) insuficientes para resolver los conflictos(...) en tales supuesto, el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma (...)” (FJ 4º).

G) Derecho Comunitario: no existe un título competencial específico en favor del Estado para su ejecución

Se reitera esta doctrina en dos Sentencias. La **STC 147/1998, de 2 de julio**, B.O.E. de 30 de julio, sostiene que la aprobación de ciertos planes de pesca supone ejecución del Derecho Comunitario, pues la obligación de su aprobación nace de las disposiciones del Acta de Adhesión. Pero no existe un título competencial específico en favor del Estado

para la ejecución del Derecho Comunitario, razón por la cual la controversia competencial habrá de ser resuelta con arreglo a las reglas internas, constitucionales y estatutarias, de distribución de competencias en la materia que resulte afectada (FJ 6º.A).

La misma idea preside la **STC 148/1998, de 2 de julio**, BOE de 30 de julio, FJ 4º.

H) Ley autonómica: invalidez de la declaración de la supletoriedad de normas estatales que sean directamente aplicables

STC 132/1998, de 18 de junio, BOE de 17 de julio, Pleno. Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno en relación con determinados preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 2/1989, de 30 de mayo, reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco. La impugnación se basa en la presunta lesión de las competencias estatales reservadas en los números 13, 21 y 24 del artículo 149.1 CE. Para resolver sobre el fondo, el Tribunal Constitucional se apoya en la **STC 62/1998, de 18 de marzo**, sobre la Ley de Carreteras, y declara inconstitucionales algunos de los preceptos impugnados. Se afirma:

“La declaración de supletoriedad que formula el precepto impugnado es inconstitucional en cuanto que el legislador relega al papel de supletoria una normativa que, constitucionalmente, está llamada a incidir de forma directa en la reglamentación jurídica de este sector material.” (FJ 9º)

I) Ley autonómica: inconstitucionalidad de la norma que habilita al Estado

STC 149/1998 de 2 de julio, BOE de 30 de julio. Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación contra diversos preceptos de la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco. Entre otros extremos, e invocando resoluciones previas, declara la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Segunda por cuanto supone una habilitación a favor del Estado :

“(…) el legislador autonómico resulta manifiestamente incompetente(…), pues en el ejercicio de su competencia nada puede disponer acerca del ámbito competencial propio del Estado (…)” (FJ 6º).

J) Ley autonómica: La reproducción por la legislación autonómica de preceptos estatales es inconstitucional cuando las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa en la materia

STC 150/1998, de 2 de julio, BOE de 30 de julio. Alguno de los preceptos impugnados de la ley castellano-leonesa de concentración parcelaria reproducía con exactitud el art. 86.1 de la Ley estatal de Reforma y Desarrollo Agrario. El Tribunal Constitucional, reitera su doctrina, y censura esta práctica:

II. Justicia Constitucional

“(…) puede mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en los supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía (…). Porque si la reproducción de normas estatales es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre la materia ” (FJ 4º que cita textualmente el FJ 3º de la STC 162/1996).

K) Competencias estatutarias, calificación jurídica de las competencias autonómicas en los Estatutos: necesidad de una interpretación sistemática conforme a la Constitución

STC 171/1998, de 23 de julio, BOE de 18 de agosto. Conflictos promovidos por Cataluña sobre sendas modificaciones de la estructura orgánica de la ONCE, invocando su competencia exclusiva en materia de juegos, casinos y apuestas (art. 9.32 del Estatuto). El Tribunal atribuye la competencia al Estado y la acantona en el art. 149.1.14 de la Constitución, relativo a la “Hacienda General y deuda del Estado”, dado que los rendimientos del cupón son ingresos estatales. Se utiliza para ello la jurisprudencia dictada sobre la lotería nacional, interpretada de una forma extensiva (véanse los FFJJ 7º y 8º). Dos Votos Particulares discuten esta cobertura competencial. Da ocasión (FJ 6º) para recordar que:

“(…) la calificación jurídica que las competencias de las Comunidades Autónomas deben merecer no deriva de la lectura aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios, sino de la interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad dentro del cual la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como *lex superior* de todo ordenamiento(…) que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos (…)

L) Reserva de Ley Orgánica y reglas de atribución de competencias

Importante es la **STC 173/1998, de 23 de julio**, BOE de 18 de agosto. Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley Vasca 3/1998, de 12 de febrero, de Asociaciones. Se declaran inconstitucionales algunos preceptos de la Ley por ser contrarios a la reserva de Ley Orgánica del art. 81.1. Para llegar a esta conclusión y en ausencia de una ley orgánica de desarrollo del art. 22 CE, el Tribunal construye “un ámbito reservado a la ley orgánica”, un triple contenido del derecho de asociación, y compara con él la Ley impugnada (FJ 7º). Otros artículos invaden la competencia estatal ex art. 149.1.6 CE para regular materias procesales (FJ 13º).

La reserva de Ley Orgánica no contiene, en puridad, ningún título competencial. Pero:

“sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, y las Comunidades Autónomas, al ejercer sus competencias, deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 CE. La cuestión relevante radica no en la distin-

ción entre la naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia, cuanto en la delimitación del alcance material de la reserva de Ley Orgánica y en la determinación de en qué medida deba hacerse a partir del sistema de distribución de competencias. Uno de los criterios fundamentales que ha orientado la realización de esta tarea ha sido reservar al Estado, ex art. 81.1 CE, la regulación de ‘los aspectos esenciales del contenido del derecho’: titularidad, facultades elementales, garantías, alcance *inter privados* (...)” (FJ 7°).

Un Voto Particular, redactado por un Magistrado y suscrito por otros cuatro, tacha de “enfoque erróneo” (n° 2) el de la Sentencia y considera inconstitucionales numerosos preceptos: “el desarrollo del derecho de asociación, además de ser común en toda España, habrá de llevarse a cabo con una intervención mínima” (n° 1).

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

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

Humanos. A) Introducción. B) Responsabilidad exigible al Estado, ex artículo 2 del Convenio, en caso de muerte de un ciudadano con ocasión de disturbios. C) Malos tratos a menor por su padraastro y responsabilidad del Estado (Artículo 3). D) Excesiva duración de la detención policial y derogación del artículo 5 del Convenio. E) Condena disciplinaria en procedimiento secreto y por juez no imparcial contraria al artículo 6. F) Diversos aspectos del secreto de las comunicaciones (Artículo 8): Doctrina general, control de la correspondencia con la Comisión; escuchas telefónicas al no titular de la línea. G) Cambio de sexo e intimidad (Artículo 8). H) Distintos aspectos de la libertad de expresión (Artículo 10). I) Negativa a inscribir Asociaciones y Partidos Políticos (Artículo 11).

J) Excepciones a la regla de la necesidad de agotamiento de los recursos internos (Artículo 35). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Introducción. B) Tutela judicial efectiva. C) Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información. Veracidad y deber de contrastar. D) Ejercicio de cargos públicos. Proporcionalidad en las Comisiones. E) Libertad sindical y discriminación en la promoción profesional. **4. Jurisprudencia del**

Tribunal Supremo. A) Introducción. B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. C) Libertad de expresión e información. D) Criterios de resolución de conflictos entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. E) Derecho de reunión y manifestación. Naturaleza del plazo para la autorización administrativa. F) Participación en asuntos públicos y acceso a la documentación. G) Colegios profesionales y potestad sancionadora. H) Libertad de enseñanza, religión y asignaturas alternativas. I) Derecho de huelga, competencia para la determinación de servicios mínimos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica recoge la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre el 1 de abril y el 30 de septiembre de 1998; la del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 82/1998, de 20 de abril, a la Sentencia 175/1998, de 23 de julio, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo comprendida entre el 1 de abril y el 1 de septiembre de 1998.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de abril y el 30 de septiembre de 1998 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado un total de 71 sentencias, excluidas las resueltas por el Comité de Filtración (12 en el mes de abril, 7 en mayo, 9 en junio, 16 en julio, 7 en agosto y 18 en septiembre). De ellas, y siguiendo el orden de los artículos del Convenio, se han considerado de especial interés las siguientes:

1. Una serie de tres sentencias referidas a la protección del derecho a la vida del artículo 2, en el contexto de la lucha contra el movimiento Kurdo: **Güleç contra Turquía, de 27 de julio**, **Ergi contra Turquía, de 28 de julio**, y **Yasa contra Turquía, de 2 de septiembre**.
2. Un caso de responsabilidad del Estado por malos tratos infringidos a un menor por su padrastro, con vulneración del artículo 3: **A contra el Reino Unido, de 23 de septiembre**.
3. **Demir y otros contra Turquía, de 23 de septiembre**, en la que se analizan al mismo tiempo una alegación de duración excesiva de la detención policial, contraria al artículo 5 y la licitud de la derogación de ese artículo en virtud del mecanismo para casos de urgencia previsto en el 15.
4. El asunto **Gautrin y otros contra Francia, de 20 de mayo**, un supuesto de condena disciplinaria contrario al artículo 6.
5. Tres decisiones referidas al secreto de las comunicaciones del artículo 8, una de las cuales, **Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio**, contiene un resumen de los principios jurisprudenciales que el TEDH aplica a la materia, y otras dos que analizan aspectos parciales: **Lambert contra Francia, de 24 de agosto** y **Petra contra Rumania, de 23 de septiembre**.
6. El asunto **Sheffield y Horsham contra el Reino Unido**, en el que se enfrenta al problema del cambio de sexo desde la óptica del artículo 8 del Convenio.
7. Cuatro sentencias que analizan distintos aspectos de la libertad de expresión del artículo 10: **Schöofer contra Suiza, de 20 de mayo**, **Incal contra Turquía, de 9 de junio**, **Ahmed y otros contra el Reino Unido, de 2 de septiembre** y **Lehideux e Isorni contra Francia, de 23 de septiembre**.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

8. Dos sentencias, muy similares en cuanto al fondo, referidas a la libertad de asociación del artículo 11: **Partido Socialista y otros frente a Turquía, de 25 de mayo y Sidiriopoulos y otros contra Grecia, de 10 de julio.**
9. Una serie de sentencias en las que se estudian distintas violaciones de derechos humanos realizados por el Gobierno de Turquía igualmente en el contexto de la lucha contra los Kurdos, desde el punto de vista de la exigencia procesal de agotamiento de los recurso internos ex artículo 35.1. Se trata de los asuntos **Selçuk y Asker contra Turquía, de 24 de abril, Gündem contra Turquía, de 25 de mayo, Kurt contra Turquía, de 25 de mayo, y Tekin contra Turquía, de 9 de junio.**

B) Responsabilidad exigible al Estado, ex artículo 2 del Convenio, en caso de muerte de un ciudadano con ocasión de disturbios

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado en la protección del derecho a la vida del artículo 2, en el contexto de la lucha contra el movimiento Kurdo: **Güleç contra Turquía, de 27 de julio, Ergi contra Turquía, de 28 de julio, y Yasa contra Turquía, de 2 de septiembre.**

La primera de ellas: **Güleç c. Turquía**, trata de un homicidio cometido en el transcurso de una manifestación no pacífica en la que, sin embargo, se emplean por parte del ejército medios (tanques), que no pueden ser considerados absolutamente necesarios, sino que resultan desproporcionados. El Tribunal considera que hay violación del artículo 2 por esta desproporción de medios, así como por la ausencia de una investigación en profundidad sobre las circunstancias de la muerte.

En **Ergi contra Turquía**, el Tribunal considera que los hechos y pruebas no son suficientes para concluir, más allá de toda duda razonable, que la muerte se ha producido como consecuencia de la acción voluntaria de las fuerzas del orden y no en un enfrentamiento armado, a pesar de lo cual estima que:

(79) “El Estado no es únicamente responsable en el supuesto de que existan pruebas significativas de que los disparos de sus agentes mal dirigidos han provocado la muerte de un civil, sino también cuando sus agentes no han tomado todas las precauciones posibles en la elección de los medios y métodos a emplear para desarrollar una operación de seguridad contra un grupo de opositores, para evitar provocar accidentalmente la muerte de un civil, o al menos para reducir ese riesgo.”

Además la Corte considera que las autoridades no han llevado a cabo una investigación independiente y eficaz sobre las circunstancias del caso, por lo que se ha producido vulneración del art. 2, así como del artículo 13, en la medida que el recurso efectivo ante una instancia nacional implica “el pago de una indemnización, la realización de investigaciones profundas y efectivas destinadas a la identificación y sanción de los responsables y el acceso de la familia al procedimiento de investigación”.

En **Yasa contra Turquía**, al igual que en el asunto anterior el Tribunal opina (97) que los elementos del expediente no le permiten concluir, más allá de toda duda razonable, que la agresión y muerte se haya producido por las fuerzas del orden, y que en consecuencia no hay vulneración del art. 2 bajo ese punto de vista. Sin embargo, constata que la investigación policial que se abrió sobre estos hechos no han producido ningún resultado tangible durante cinco años y además que las autoridades encargadas de la investigación parecen haber excluido cualquier eventual intervención de agentes del Estado por lo que no se puede afirmar que se hayan realizado investigaciones efectivas en los términos del artículo 2, y menos aún podrán admitirse desde la óptica del artículo 13 que resulta también vulnerado.

C) Malos tratos a menor por su padrastro y responsabilidad del Estado. (Artículo 3)

Es el problema resuelto en el asunto **A contra el Reino Unido, de 23 de septiembre**, en que el Tribunal, citando jurisprudencia anterior (X e Y contra los Países Bajos, de 26 de marzo de 1985, Costello-Roberts contra el Reino Unido, de 25 de marzo de 1993, Stubbings y otros contra el Reino Unido, de 22 de octubre de 1996) decide que el Estado es responsable de los malos tratos infringidos a un niño y realizados por su padrastro, por el hecho de que, a pesar de su gravedad, que les hace entrar en la categoría de tratos inhumanos y degradantes, se había aplicado en derecho interno una excepción penal prevista por la Ley considerándolo un “castigo razonable”, lo que supone que la Ley británica no protege de manera suficiente frente a un trato inhumano.

D) Excesiva duración de la detención policial y derogación del artículo 5 del Convenio

El TEDH se refiere a este asunto en **Demir y otros contra Turquía, de 23 de septiembre**. Son residentes en una región sometida a estado de excepción, arrestados entre enero y febrero de 1993, que alegan vulneración del artículo 5 del Convenio por duración excesiva de su detención, que es al menos de 16 días en algunos casos y de 23 en otros, sin control judicial. El Tribunal señala que el tratarse de asuntos terroristas no puede implicar:

(41) “que los Estados tengan carta blanca con relación al artículo 5 para mantener detenidos a los sospechosos al margen de todo control efectivo por parte de los tribunales internos, y en última instancia de los órganos de la convención, cada vez que estimen que se ha producido un acto terrorista.”

A partir de la afirmación, analiza la validez de la derogación notificada por Turquía de este artículo en virtud del mecanismo previsto en el artículo 15 para casos de urgencia, reconociendo la Corte que corresponde a cada Estado determinar cuándo se dan esas circunstancias con un amplio margen de apreciación, pero que el Tribunal tiene competencias para decidir:

(43) “si se ha excedido la medida estricta de las circunstancias de la crisis. En consecuencia el margen de apreciación viene acompañado de un control europeo, y en cuanto lo

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ejerce, la Corte debe al mismo tiempo otorgar el peso necesario a factores como la naturaleza de los derechos afectados por la derogación, la duración del estado excepcional y las circunstancias que lo han provocado.”

Cita por último la doctrina de McBride contra el Reino Unido, de 28 de octubre de 1994 y de Aksoy contra Turquía, 3 de julio de 1997, y considera que la detención sin intervención judicial durante un período tan dilatado no es una medida estrictamente exigida por la situación de crisis terrorista a la que se enfrentaba el gobierno.

E) Condena disciplinaria en procedimiento secreto y por juez no imparcial contraria al artículo 6

En **Gautrin y otros contra Francia, de 20 de mayo** el Tribunal juzga contrario al artículo 6 del Convenio la adopción de una sanción disciplinaria a un grupo de médicos por vulneración de principios deontológicos, ya que es adoptada por el Consejo Regional de Île de France y la sección disciplinaria del Consejo Nacional de la Orden de Médicos en un procedimiento secreto, sin audiencia pública y por tribunal no imparcial.

F) Diversos aspectos del secreto de las comunicaciones (Artículo 8): Doctrina general, control de la correspondencia con la Comisión: escuchas telefónicas al no titular de la línea

En el asunto **Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio**, el Tribunal realiza un repaso de los principios jurisprudenciales que determinan la licitud de las escuchas judiciales, al hilo del análisis de la entonces vigente normativa española. De forma que: (46)

“i. La intervención de las conversaciones telefónicas constituye una injerencia contraria al artículo 8.2 salvo que esté prevista por la ley, persiga finalidades legítimas y sea necesaria en una sociedad democrática.

ii. La expresión ‘prevista por la ley’ significa en primer lugar que la medida tenga fundamento en derecho interno, pero exige también que la ley ofrezca protección contra su uso arbitrario de ley.

iii. El peligro de arbitrariedad aparece especialmente en los casos en los que el poder de apreciación se ejerce en secreto, de forma que el derecho interno debe utilizar términos claros para indicar en qué circunstancias y bajo qué condiciones se pueden adoptar esas medidas. Es indispensable la existencia de reglas claras y detalladas en la materia.

iv. Es exigible al menos la definición de las categorías de personas sobre las que se pueden ordenar las escuchas, la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ellas, la fijación de un límite a la duración de la ejecución, las condiciones de procesamiento de las grabaciones, las cautelas a adoptar para comunicar intactas y completas las grabaciones efectuadas para su eventual control por el juez y la defensa, y las condiciones en que se puede y debe realizar su destrucción.”

A partir de estas premisas el Tribunal considera que (59) algunas de ellas no están incluidas ni en el artículo 18.3 de nuestra Constitución ni en la LECRIM (en 1985), faltando en particular la definición de categorías de personas, la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a ellas, la fijación de un límite temporal, y las condiciones de utilización en el proceso.

Por otra parte en el asunto **Petra contra Rumania, de 27 de septiembre**, el Tribunal tiene ocasión de enfrentarse a un supuesto ciertamente especial: el control de la correspondencia de un preso rumano con la propia Comisión Europea de Derechos del Hombre, automático, no recurrible y establecido en un Reglamento no publicado. Es evidente que en esas condiciones se declara la vulneración no sólo del artículo 8, sino también del 25.1 del Convenio.

Por último, hay que hacer alusión al asunto **Lambert contra Francia, de 24 de agosto**, en el que se establece la necesidad de que los mecanismos de protección frente a escuchas telefónicas se apliquen también a quienes no son titulares de la línea, declarando contraria al artículo 8 una ley francesa que preveía lo contrario.

G) Cambio de sexo e intimidad (Artículo 8)

El problema que plantea el asunto **Sheffield y Horsham contra el Reino Unido, de 30 de julio**, es determinar si existe una obligación positiva, derivada del artículo 8, de reconocer jurídicamente la nueva identidad de los transexuales. El Tribunal afirma que el asunto es idéntico a los ya resueltos en *Rees contra el Reino Unido*, de 24 de enero de 1986, y *Cossey contra el Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1990, y que no se han producido en este campo progresos científicos o jurídicos suficientes para modificar aquellas conclusiones. De manera que existe un margen de apreciación para los Estados en la materia que les permite el no reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual, sin que, por otra parte, el hecho de que los recurrentes se encuentren obligados a revelar su antiguo sexo en algunos contextos les cause inconvenientes de la gravedad suficiente para que pueda considerarse que sobrepasa el margen de apreciación de cada Estado, por lo que concluye (en votación de 11 contra 9) que no ha existido violación del artículo 8 del Convenio, así como tampoco del artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) ni del 14.

H) Distintos aspectos de la libertad de expresión (Artículo 10)

En **Schöpfer contra Suiza, de 20 de mayo** se plantea el problema de una sanción disciplinaria impuesta a un abogado como consecuencia de las críticas realizadas en rueda de prensa a la acción de la justicia. En la imposición de la sanción se da una gran importancia al hecho de que se hubiera dirigido a la prensa antes de utilizar los recursos legales disponibles sobre la decisión que critica. El Tribunal comienza por recordar, siguiendo la doctrina sentada en *Casado Coca contra España* de 24 de febrero de 1994, que los abogados tienen una situación central en la administración de justicia como intermediarios entre los justiciables y los tribunales, lo que justifica que se les imponga normas de conducta específicas, ya que se puede esperar de ellos que contribuyan al buen funcionamiento de la justicia, así como a la confianza pública en ella, de forma que el recurrente:

(31) “Al atacar en primer lugar públicamente el funcionamiento de la justicia, y después intentar un recurso legal que se ha mostrado eficaz (...) ha adoptado un comportamiento

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

poco compatible con la contribución que deben realizar los abogados a la confianza pública en la justicia.”

Por lo que concluye (por siete votos contra dos) que a pesar de que el artículo 10 protege también la libertad de expresión de los abogados, que pueden pronunciarse públicamente sobre el funcionamiento de la justicia, dada la generalidad, la gravedad y el tono de las afirmaciones y sobre todo por su afirmación de que acudía a la prensa como último recurso, inmediatamente antes de presentar un recurso de apelación que resultó eficaz, no existe en este caso vulneración del citado artículo.

En **Incal contra Turquía, de 9 de junio**, se analiza el caso de un ciudadano turco condenado, por la Corte de Seguridad del Estado, a seis meses y veinte días de prisión, al participar en la elaboración de una octavilla (para cuya difusión había solicitado autorización gubernamental) por contener propaganda separatista susceptible de incitar al pueblo a la resistencia contra el gobierno.

El Tribunal considera que se trata de una injerencia, prevista por la ley y que persigue un fin legítimo que es la defensa del orden. Sin embargo, se plantea el problema, ya presente en la Sentencia Castells contra Espagne de 19 de diciembre de 1994, de los instrumentos que puede utilizar un gobierno democrático para reaccionar frente a críticas que considera injustificadas, señalando al respecto que:

“Los límites de la crítica admisible son más amplios para un gobierno que para un simple particular o incluso un político: en un sistema democrático sus acciones u omisiones deben estar bajo el control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la opinión pública. Su posición dominante le condena a dar testimonio de contención en la utilización de la vía penal, sobre todo si existen otros medios de responder a los ataques y críticas injustificadas de sus adversarios.” (54)

A partir de ese razonamiento, tiene en cuenta el dato de que se solicitó autorización para distribuir la octavilla, y en consecuencia que las autoridades hubieran podido incluso exigir su modificación, y que, sin embargo, su reacción fue la persecución penal contra sus autores, lo que considera desproporcionado a la finalidad buscada y no necesario en una sociedad democrática, y por tanto contrario al artículo 10.

Considera asimismo que la condena se ha producido por un Tribunal no independiente e imparcial, puesto que uno de los tres jueces que lo componen es un militar dependiente del ejecutivo y en particular de sus superiores jerárquicos en el ejército, al que siguen perteneciendo durante su mandato en la Corte que es de 4 años y renovable, aspectos todos ellos que hacen que (72) “el recurrente ha podido legítimamente dudar sobre si la presencia de un juez militar en la Corte de Seguridad no ha podido llevarla a decidir sobre la bases ajenas a la naturaleza de la causa”, lo que provoca, en una decisión de 12 contra 8, la apreciación de vulneración del artículo 6 del Convenio.

En **Ahmed y otros contra el Reino Unido, de 2 de septiembre**, se analiza un problema radicalmente distinto: las restricciones a la participación de altos funcionarios de la Administración local en ciertas formas de actividades políticas (imposibilidad de acceder a un puesto electivo, de hacer campaña electoral a favor de su cónyuge). El Tribunal se plantea hasta qué punto restricciones de este tipo son necesarias en una sociedad democrática, es decir, si responden a una “necesidad social imperiosa” y son “proporcionales” a la finalidad de protección de los derechos de terceros y para lograr un régimen político realmente democrático en la escala local y considera que la norma constituye una respuesta adecuada y que no excede el margen de apreciación que tiene el Estado para responder a esa necesidad de mantener su neutralidad política, que las restricciones pueden ser consideradas pertinentes y suficientes, y concluye afirmado, por seis votos frente a tres, que no existe violación del artículo 10 del Convenio.

Por último en el asunto **Lehideux e Isorni contra Francia, de 23 de septiembre**, se analiza la Condena, a instancias de la Asociación Nacional de Excombatientes de la Resistencia, al Director del periódico *Le Monde* y al Director de la Asociación Nacional Petain-Verdúm, al pago de un franco de indemnización, por apología de crímenes de guerra y colaboracionismo como consecuencia de la publicación de un espacio de publicidad en el que se presentan como beneficiosas determinadas acciones de Petain. El Tribunal considera que no es de aplicación el artículo 17 del Convenio, en la medida en que no pretende justificar la barbarie nazi, sino aportar datos para que se revise la condena penal de Petain, y que la condena es contraria al artículo 10, ya que el artículo se limita a defender la tesis del doble juego, y ha sido publicado como publicidad a su costa por una Asociación destinada a reivindicar su papel histórico, teniendo en cuenta además que el fiscal entendió que no existía delito, que han transcurrido más de cuarenta años de los hechos, y fundamentalmente porque la condena penal es desproporcionada ya que:

(57) “El Tribunal aprecia por fin la gravedad de una condena penal por apología de crímenes o delitos de colaboracionismo, teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y refutación, en especial la vía civil.”

I) Negativa a inscribir Asociaciones y Partidos Políticos (Artículo 11)

En el período analizado se han producido dos sentencias que reproducen los razonamientos de la importante decisión sobre el Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía, de 30 de enero, ya comentada con cierta extensión en el número 1 de Justicia Administrativa, páginas 67 a 69.

La primera de ellas **Partido Socialista y otros contra Turquía, de 25 de mayo**, es virtualmente idéntica a la comentada. La segunda, **Sidiriapoulos y otros contra Grecia, de 10 de julio**, analiza la negativa de los Tribunales Griegos a inscribir una Asociación denominada Hogar de la Civilización Macedonia, por suponer una negación de la identidad griega de Macedonia. El Tribunal parte de la doctrina de que las excepciones al artículo 11:

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

(40) “Precisan de una interpretación estricta, sólo razones convincentes e imperativas pueden justificar restricciones a la libertad de asociación(...)los Estados tienen un margen de apreciación muy reducido que se contraponen a un riguroso control europeo.”

Para en el caso concreto considerar que los argumentos para negar la inscripción carecen de fundamento, son vagos, no están probados y no corresponden con la noción de “necesidad social imperiosa”, ya que:

(41) “La integridad territorial, la seguridad nacional y el orden público no están amenazados por el funcionamiento de una asociación cuya finalidad es favorecer la cultura de una región, incluso aunque se enfoque de manera parcial a la promoción de la cultura de una minoría; la existencia de minorías y culturas diferentes en un país constituye un hecho histórico que una sociedad democrática debe tolerar e incluso proteger y apoyar según los principios de derecho internacional.”

J) Excepciones a la regla de la necesidad de agotamiento de los recursos internos (Artículo 35)

Por último nos ha parecido importante referirnos brevemente a una serie de sentencias en las que se analizan distintas violaciones de derechos fundamentales realizados por el Gobierno de Turquía igualmente en el contexto de la lucha contra los Kurdos, que son analizadas desde el punto de vista de la exigencia procesal de agotamiento de los recursos internos ex artículo 35.1. En todas ellas **Selçuk y Asker contra Turquía, de 24 de abril, Gündem contra Turquía, de 25 de mayo, Kurt contra Turquía, de 25 de mayo, y Tekin contra Turquía, de 9 de junio**, se exime a los recurrentes de agotar los recursos internos del derecho turco porque como establece la primera de las sentencias citadas:

“A pesar de la amplitud del problema de la destrucción de los pueblos, no parece haber ningún ejemplo de indemnizaciones para las personas afectadas ni de persecuciones contra sus autores, sino que incluso hay reticencias a reconocer que estos hechos son realizados con la participación de miembros de las fuerzas armadas, por lo que la Corte estima que atendiendo a esas circunstancias, y siguiendo ya precedentes anteriores similares como **Akdicar y otros contra Turquía, de 18 de diciembre de 1996**, dispensan a los recurrentes de la obligación de agotar los recursos internos, lo que no puede entenderse como una declaración general que signifique que esos recursos no son efectivos en esa región de Turquía.”

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Introducción

El período analizado abarca desde la STC 82/1998, de 20 de abril, a la STC 175/1998, de 23 de julio, es decir, la jurisprudencia publicada en los suplementos del Boletín Oficial del Estado de 20 de mayo, 9 y 19 de junio, 3, 17 y 30 de julio y 18 de agosto. De ellas 78

son recursos de amparo, y una, la STC 119/1998, ha sido resuelta por el Pleno del Tribunal.

B) Tutela judicial efectiva

Como es habitual, una gran parte de las sentencias del período hace referencia a distintos aspectos del artículo 24.1 de la Constitución. Entre ellas merecen especial atención:

Emplazamiento: Exigencia de emplazamiento personal y modulaciones:

La exigencia del emplazamiento personal frente al edictal, como presupuesto general del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, es un presupuesto general que, sin embargo, admite modulaciones. Es obligado, sobre esta cuestión, el análisis conjunto de tres Sentencias. Así, la **STC 113/1998, de 1 de febrero**, Sala Segunda, reconoce que no incurre el juez ordinario en infracción por emplazar edictalmente ni cabe, como consecuencia, indefensión cuando este tipo de emplazamiento se atenga a condiciones rigurosas; de tal modo, como ya se estableció en la STC 65/1994, que la obligación de emplazar personalmente no incluye a los que después de iniciado el proceso contencioso, adquieren fuera de él la cualidad de interesados por actos posteriores y derivados del objeto del proceso.

“No cabe por tanto la alegada indefensión o infracción o falta de diligencia del órgano judicial al practicar el emplazamiento sino, junto a la Administración, a la pasividad de los propios recurrentes que como eventuales solicitantes en el concurso, tuvieron conocimiento extraprocésal y medios para seguir sus incidencias administrativas y procesales en momento hábil para defender sus intereses en el recurso entablado.” (FJ 5º)

Por su parte, la **STC 122/1998, de 15 de junio**, Sala Segunda, insiste en las condiciones para que el emplazamiento edictal pueda ser lesionador al generar una situación de indefensión. En primer lugar, como hemos visto en la anterior Sentencia, el deber de diligencia del emplazado y, en segundo lugar, que el sujeto pueda verse afectado por los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada, como ya se determinó en la STC 192/1993. Acerca de la protección ilimitada del derecho a ser emplazado personalmente, el TC reitera su jurisprudencia al considerar que:

“cuando quede acreditado de manera fehaciente que el afectado tuvo conocimiento extraprocésal de la existencia del proceso, la falta de emplazamiento personal no determina la invalidez del mismo.”

Finalmente, la **STC 161/1998, de 14 de julio**, Sala Primera, considera no admisible la alegación del carácter masivo de los sujetos susceptibles de ser emplazados, para hacer justificable la técnica del emplazamiento edictal:

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

“El criterio determinante del derecho-deber de emplazamiento no es el número sino la identificabilidad de los titulares de derechos subjetivos resultantes del acto administrativo recurrido.” (FJ 4º)

Acceso a los recursos. Inadmisión por no presentación de sentencias de contraste:

La **STC 162/1998, de 14 de julio**, Sala Primera, analiza un recurso de amparo por presunta vulneración del artículo 24.1 de la CE presentado por un recurrente al que se había inadmitido un recurso de casación para la unificación de la doctrina por no presentar Sentencias de contraste, y entender el Tribunal que el plazo de 10 días de subsanación corre sin necesidad de requerimiento previo. El TC desestima el recurso de amparo por entender (FJ 4º) que no se trata de una interpretación arbitraria, inmotivada o fundada en el error ni que se haya adoptado de modo rigorista y patentemente desproporcionado.

Principio de contradicción. Eficacia

Eficacia del principio de contradicción. Las sentencias dictadas *inaudita parte* implican una lesión con trascendencia constitucional de las garantías inherentes al derecho a un proceso debido ex art. 24.2 CE. La **STC 95/1998, de 4 de mayo**, Sala Segunda, partiendo de considerar que el allanamiento en los procesos contencioso-administrativos no se impone ineluctablemente al contenido de la Sentencia que pone fin al proceso, si los demandantes fueran varios, el procedimiento habrá de seguirse respecto de los que no se allanan. De este modo, se debe de garantizar su presencia en el proceso y el carácter contradictorio del mismo, pues su desconocimiento implica una lesión con trascendencia constitucional.

Incongruencia omisiva

Para que se dé una incongruencia omisiva, vulneradora del derecho a la tutela, la pretensión omitida ha de ser efectivamente llevada a juicio y ser relevante. La **STC 82/1998, de 20 de abril**, Sala Segunda, reitera la jurisprudencia, según la cual el alcance vulnerador en la incongruencia omisiva no puede resolverse genéricamente, sino atendiendo a específicas circunstancias. No obstante, para que la respuesta tácita sea admisible, ésta tiene que deducirse del conjunto de razonamientos de la decisión judicial, o que se aprecie que la respuesta no era necesaria o imprescindible. En el caso que ocupa la Sentencia, no puede deducirse el reconocimiento de la omisión de responder pues:

“Si los órganos judiciales tienen la obligación de pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por las partes, es evidente que esta exigencia resulta más inexcusable en casos en los que la cuestión invocada por una de las partes es nada menos que la admisibilidad del recurso, tema central de orden público procesal sobre el que descansa la existencia misma del procedimiento y la solución material que en éste puede darse al litigio.” (FJ 3º)

Reformatio in peius

La modificación mediante Auto del contenido de una Sentencia no puede servir para modificar el sentido de la fundamentación ni el fallo de la resolución. En un claro supuesto de *reformatio in peius*, la **STC 103/1998, de 18 de mayo**, Sala Segunda, reitera la jurisprudencia por la que se reconoce dentro del contenido de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, la inmutabilidad de las resoluciones judiciales:

“El contenido del derecho a la tutela efectiva del artículo 24 CE veda a los Jueces y Tribunales modificar sus propias resoluciones en atención a una nueva o, incluso más acertada calificación jurídica, pues ello implicaría una revisión de las resoluciones judiciales realizada al margen del sistema de recursos, y sustituir una sentencia firme por otra de signo contrario, lo que ocasiona una gravísima inseguridad jurídica.” (FJ 4º)

C) Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información. Veracidad y deber de contrastar

La **STC 144/1998, de 30 de junio**, Sala Primera, plantea un problema de libertad de información y derecho al honor: Veracidad de los hechos y deber de contrastar suficiente y profesionalmente la información antes de su publicación. Se trata de un reportaje aparecido en la revista “Interviú” en que se habla de unas actividades de un diplomático español en los Países Bajos, objeto de investigación por la policía holandesa, supuestamente relacionadas con el tráfico de armas y con la cúpula de ETA militar. La Sala Primera del Tribunal Constitucional revisa la Sentencia de casación de la Sala Primera del Tribunal Supremo y la confirma desestimando el amparo promovido por “Ediciones Zeta”.

La información difundida no era un “reportaje neutral” en sentido estricto (vid. STC 190/1996, entre otras), es decir, la transmisión de afirmaciones que otro medio o persona realiza, de forma que pueda admitirse un tratamiento atenuado de la veracidad, sino una información elaborada y asumida como propia por la revista. Visto así el asunto, no se supera el test de veracidad que, según numerosas resoluciones, supone una exigencia de la debida profesionalidad a la hora de contrastar suficientemente la información publicada, de suerte que el reportaje pueda ser entonces calificado como veraz. (FJ 6º)

Se subraya como circunstancias a ponderar: la relevancia de una imputación, basada en la mera sospecha, tan notoriamente grave, para un representante diplomático español en el extranjero, con transcendencia para su persona, y sobre hechos, además, desmentidos por la Oficina de Información Diplomática sin que se diera noticia de esos desmentidos. Unas circunstancias que exigían la máxima diligencia para contrastar la veracidad de los hechos en vez de comportarse de manera negligente e irrespetuosa. Se reitera, además, que “el deber de contrastar las informaciones ha de cumplirse con especial intensidad, cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere” (FJ 5º con invocación de doctrina precedente).

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

D) Ejercicio de cargos públicos. Proporcionalidad en las Comisiones

La STC 93/1998, de 4 de mayo, de la Sala Segunda, analiza un problema referido al Estatuto de los parlamentarios: derecho a ejercer en el cargo en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y su relación con la proporcionalidad de los Grupos parlamentarios en las Comisiones, que es revisable en amparo, por configurar una discriminación, pero que no puede entenderse con exactitud matemática.

El supuesto de hecho consiste en que unos cargos públicos representativos en el Parlamento balear impugnan, invocando el artículo 23.2 CE, unas resoluciones de la Mesa que fijaban en quince el número de los miembros de las Comisiones y por las cuales se distribuyeron los puestos entre los Grupos parlamentarios. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional desestima el amparo por no advertir una situación “notablemente desventajosa” ni discriminación alguna, al haberse seguido criterios objetivos de proporcionalidad ya mantenidos en la anterior legislatura.

Se insiste (FJ 3º) – y es una jurisprudencia muy consolidada– que la proporcionalidad en la representación es difícil de alcanzar totalmente, siendo mayor la dificultad cuanto más reducido sea el número de representantes. La adecuada representación proporcional sólo puede ser, por definición, imperfecta. La proporcionalidad enjuiciable en amparo, en cuanto constitutiva de discriminación, no puede, pues, ser entendida de forma matemática, sino que debe venir anudada a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que la justifique. Las desviaciones porcentuales derivan de la lógica del sistema.

E) Libertad sindical y discriminación en la promoción profesional

La STC 87/1998, de 20 de abril, de la Sala Primera, analiza una cuestión de libertad sindical: La discriminación en la promoción profesional de un trabajador como consecuencia de su actividad sindical (art.28.1 CE). Reitera la doctrina de que, aportados indicios razonables de la lesión constitucional, se invierte la carga de la prueba.

Un empleado bancario se afilia a un sindicato y abona su cuota sindical, a partir de ese momento sufre distintos traslados de centro de trabajo y cambios a puestos de trabajo de inferior nivel. El Tribunal Constitucional, Sala Primera, otorga el amparo y reconoce el derecho del recurrente a la libertad sindical.

Se mantiene que, dentro del contenido del derecho a la libertad sindical, se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa.

“Esta garantía de indemnidad que otorga el art. 28.1 CE a los trabajadores ha sido reconocida por este Tribunal frente a las facultades empresariales de despido(...) así como frente a otras facultades del empresario, incluidas las organizativas.” (FJ 3º con invocación de abundante jurisprudencia.)

También las facultades organizativas empresariales – la movilidad funcional de los trabajadores –, se encuentran limitadas por los derechos fundamentales.

Reproduce una conocida doctrina (así se hace desde la STC 38/1981) según la cual cuando una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales:

“incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales”. (Ibídem.)

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Introducción

Se ha analizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo comprendida entre el 1 de abril y el 1 de julio de 1998, tanto de la Sala Primera como de la Tercera. Las Sentencias más relevantes son, en nuestra opinión, las siguientes:

B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen

Derecho a la intimidad y datos tributarios

La STS de 16 de abril de 1998 (Sala Tercera, Sección Séptima) afirma que el art. 112.3 de la Ley General Tributaria no lesiona los derechos al honor e intimidad, porque la obligación de los tribunales consistente en facilitar a la administración competente los datos de trascendencia tributaria, se refiere, exclusivamente, a las partes en el proceso, sus representantes procesales y la cuantía del pleito, sin que pueda extenderse a otros datos distintos que podrían afectar al derecho a la intimidad.

Derecho a la intimidad y vigilancia en lugar público

Es el supuesto presente en la STS de 12 de mayo de 1998 (Sala Tercera, Sección Séptima), que declara la inexistencia de vulneración del derecho a la intimidad por vigilancia a un funcionario, puesto que se realizó exclusivamente en lugares públicos y se refería a la actividad desarrollada durante su jornada laboral.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

C) Libertad de expresión e información

Libertad de expresión y relaciones especiales de sujeción

La STS (Sala Tercera, Sección Séptima) de 3 de abril de 1998, Ar. 4226. Se refiere a este tema con relación a una sanción a un policía municipal. Afirma que la libertad de expresión protege la crítica a los superiores siempre que se haga con la mesura necesaria y no se ponga en peligro el buen funcionamiento del servicio.

Igualdad de los medios informativos en el acceso a las subvenciones

STS (Sala Tercera, Sección Sexta) de 8 de abril de 1998, Ar. 3742. Las subvenciones tienen como finalidad la garantía de las diferentes corrientes de opinión en una sociedad democrática y contribuir a la formación de una opinión pública libre. En el reparto concreto de las subvenciones desaparece cualquier discrecionalidad administrativa, siendo irrelevante toda consideración o criterio ideológico.

D) Criterios de resolución de conflictos entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen

La veracidad no exige comprobación documental

STS (Sala Primera) de 28 de mayo de 1998, Ar. 4071, concepto de veracidad: bastante y suficiente comprobación de la noticia en el sentido de profesionalmente razonable. La comprobación documental de lo declarado en una entrevista constituiría un excesivo y escrupuloso quehacer profesional que excedería de la comprobación media a exigir en el campo informativo.

La reproducción de sentencias es información veraz

STS (Sala Primera) de 13 de junio de 1998, Ar. 4688: La reproducción de sentencias constituye una información veraz y de interés público que no lesiona el derecho al honor.

El léxico de mal estilo no siempre atenta al honor

STS de 6 de junio de 1998 (Sala Primera), inexistencia de lesión al honor por uso de un léxico de mal estilo en un programa de radio por no constituir imputaciones deshonorosas.

E) Derecho de reunión y manifestación. Naturaleza del plazo para la autorización administrativa

STS (Sala Tercera, Sección Séptima), de 6 de abril de 1998, Ar. 4228, el plazo para la autorización administrativa del ejercicio de estos derechos es un plazo perentorio, ya que se trata de una habilitación excepcional por constituir restricciones de los derechos de reunión y manifestación.

F) Participación en asuntos públicos y acceso a la documentación

STS (Sala Tercera, Sección Séptima) de 6 de mayo de 1998, Ar. 4837, la asistencia de los miembros de las corporaciones locales a sus reuniones no sustituye el derecho a la información legalmente reconocido, la exhibición de los documentos solicitados no puede ser denegada.

G) Colegios profesionales y potestad sancionadora

Sanción colegial por infracción en el seno de un proceso:

STS (Sala Tercera, Sección Sexta) de 21 de abril de 1998, Ar. 3905, si la conducta trasciende del ámbito estrictamente procesal, para entrar en el de la ética o los deberes profesionales, corresponde la potestad al Colegio aunque la infracción se produzca en el seno del proceso.

Expediente sancionador y presunción de inocencia

STS (Sala Tercera, Sección Sexta) de 5 de mayo de 1998, Ar. 4624, la incoación de un expediente sancionador no lesiona la presunción de inocencia por parte de un ente colegial. Los actos de trámite recurribles son sólo los que anticipen una resolución definitiva sobre los derechos o intereses recurridos o hagan imposible su defensa.

H) Libertad de enseñanza, religión y asignaturas alternativas

STS (Sala Tercera, Sección Tercera) de 1 de abril de 1998, actividades de estudio alternativas a la enseñanza de religión, inexistencia de discriminación, la norma enjuiciada (RD 2438/1994) satisface las exigencias de razonabilidad y salvaguarda de la libertad de opción por conjugar el mandato derivado del Acuerdo entre España y la Santa Sede con otras previsiones que obedecen a reglas de proporcionalidad y de exclusión de la desigualdad en ámbitos de especial trascendencia.

I) Derecho de huelga, competencia para la determinación de servicios mínimos

STS (Sala Tercera, Sección Séptima) de 4 de mayo de 1998, Ar. 4718. Incompetencia para la fijación de servicios mínimos del Consorcio Regional de Transportes de la Comunidad de Madrid por no tener la condición de autoridad gubernativa.

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL PERELLÓ

ALFREDO ALLUÉ

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Derecho comunitario. A) Su ejecución corresponde al titular de la competencia según la Constitución y el Estatuto de Autonomía. **3. Tratados Internacionales.** A) Eficacia: con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil no se reconocía a los Tratados el carácter de fuente directa de nuestro ordenamiento jurídico. **4. Estatuto de Autonomía.** A) En los procesos constitucionales resulta aplicable el vigente en el momento de dictar Sentencia. **5. Ley.** A) Función del legislador: no puede interpretar genéricamente el sistema constitucional y estatutario; el legislador autonómico no debe reproducir la legislación estatal. B) Reserva de ley en materia penal y sancionadora: no excluye la colaboración reglamentaria; nulidad de normas reglamentarias posconstitucionales que se aprueban en virtud de habilitaciones que deben entenderse derogadas por la Constitución, y modifican el sistema de infracciones y sanciones. C) Posibilidad de diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

6. Reglamento. A) Concepto: las normas son reglas generales susceptibles de aplicación posterior; la norma reglamentaria o disposición general se integra en el ordenamiento; el reglamento como norma de la Administración. B) Tipos de reglamento: los reglamentos independientes *ad intra* también pueden regular las relaciones con los ciudadanos dentro de unos límites. C) Titularidad de la potestad reglamentaria: los Ministros sólo pueden dictar reglamentos independientes *ad intra*; carácter originario de la potestad reglamentaria de la “Administración”. D) Principio de legalidad: límite de la regulación reglamentaria; la omisión de regulación reglamentaria puede determinar la ilegalidad; no cabe pedir igualación en la ilegalidad. E) Principio de jerarquía normativa: no se aplica entre normas del mismo rango; no debe confundirse con el principio de competencia; se infringe en los supuestos en que el Reglamento es menos exigente que la Ley. F) Principio de inderogabilidad singular de los reglamentos: se refiere a las resoluciones administrativas de carácter particular que no pueden modificar lo establecido en una disposición pero no es aplicable a las disposiciones de carácter general o normas reglamentarias. G) Procedimiento de elaboración. a) Dictamen del Consejo de Estado: se

exige sólo a los reglamentos de carácter general; no se exige en el procedimiento de elaboración de los reglamentos que ejecutan otros reglamentos; no sólo se exige en la elaboración de casos típicos de reglamento de desarrollo o ejecución de ley, sino también en los casos en que el Gobierno dicta una disposición al amparo de una autorización legislativa; no se exige en relación con los reglamentos organizativos; exigencia en relación con los reglamentos autonómicos. b) Audiencia a entidades interesadas: tienen que ostentar por ley la representación de los intereses afectados; la Organización de Consumidores y Usuarios es asociación privada; la audiencia corporativa no constituye un derecho incondicionado ni siquiera para las asociaciones de carácter obligatorio; la audiencia no es preceptiva en relación con las asociaciones voluntarias; carácter preceptivo cuando afecta a intereses de los administrados. H) Retroactividad: no procede la aplicación retroactiva de las normas de procedimiento. I) Control jurisdiccional: falta de legitimación de entidades locales menores; intangibilidad de los actos firmes en el momento de la declaración de nulidad de la disposición; imposibilidad de obligar a dictar un Reglamento con un contenido determinado; compatibilidad de la vía especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y la vía ordinaria. J) Acción de nulidad: competencia de la Administración. **7. Principios generales del Derecho.**

A) Principio de proporcionalidad: no es un principio sólo de Derecho estatal, también es aplicable al Derecho autonómico. B) Principio de *non bis in idem*: se admite su concurrencia en el marco de las relaciones especiales de sujeción. **8. Otras normas de rango inferior a la Ley.** A) Reglamentos municipales: se trata de derecho particular no comprendido en el ámbito del principio *iura novit curia* en su eficacia ante los Tribunales de Justicia. **9. Circulares, instrucciones y órdenes de servicio.** A) Naturaleza: reglamentaria encubierta. B) Impugnación: por los particulares afectados si los criterios de interpretación no son acertados.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia constitucional analizada se refiere al período abril-octubre de 1998. En materia de fuentes destaca la jurisprudencia relativa a las relaciones entre el legislador estatal y autonómico: el Tribunal prohíbe una interpretación genérica sobre el ámbito competencial ajeno, así como la reproducción, reformulación o integración del contenido de la legislación estatal en la autonómica.

La jurisprudencia contencioso-administrativa analizada corresponde al período febrero-octubre de 1998. Junto a la primera cita jurisprudencial de un precepto de la Ley del Gobierno de 1997, art. 24.c) relativo a la audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones, sorprendentemente continúan apareciendo referencias a la potestad reglamentaria de la “Administración” (sic), si bien en otras Sentencias se considera la potestad reglamentaria como manifestación de la función política del Gobierno. Tienen interés tras la reciente aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, las referencias al ámbito competencial de dicha jurisdicción, fundamentalmente en lo que se refiere al control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias que infrinjan el principio de legalidad, así como a la imposibilidad de condenar al Gobierno a dictar un Reglamento con un determinado contenido (discrecionalidad de la potestad reglamentaria, límites de la función jurisdiccional).

2. DERECHO COMUNITARIO

A) Su ejecución corresponde al titular de la competencia según la Constitución y el Estatuto de Autonomía

El TC en la **Sentencia 147/1998, de 2 de julio**, BOE de 30 de julio (Pleno, conflicto positivo de competencia) FJ 6º, mantiene su jurisprudencia en esta materia:

“ (...) es doctrina reiterada de este Tribunal que no existe un título competencial específico en favor del Estado para la ejecución del Derecho Comunitario, por lo cual la circunstancia de que el ejercicio de una determinada competencia suponga desarrollo normativo o ejecución de normas comunitarias no prejuzga si corresponde ejercerla al Estado o las Comunidades Autónomas, cuestión que habrá de ser resuelta con arreglo a las reglas internas, constitucionales y estatutarias, de distribución de competencias en la materia que resulte afectada (por todas, las recientes SSTC 147/1996, 197/1996 y 13/1998)”.

En el mismo sentido, **STC 148/1998, de 2 de julio**, BOE de 30 de julio (Pleno, conflicto positivo de competencias), FJ 4º.b), que recoge pormenorizadamente la jurisprudencia constitucional de este ámbito.

3. TRATADOS INTERNACIONALES

A) Eficacia: con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil no se reconocía a los Tratados el carácter de fuente directa de nuestro ordenamiento jurídico

Tras la aprobación de la Constitución (art. 96.1) se reconoce que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno. Los Tratados anteriores a la Constitución no están subordinados a la misma, sino que las relaciones entre ésta y aquéllos se rigen por el criterio de la competencia, en la medida en que el constituyente carecía de la competencia para desligarse de los Tratados vigentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución. STS de 10 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2708.

4. ESTATUTO DE AUTONOMÍA

A) En los procesos constitucionales resulta aplicable el vigente en el momento de dictar Sentencia

La reforma del Estatuto de Autonomía constituye una “variación en el bloque de la constitucionalidad que ha de tenerse presente ya que el canon de constitucionalidad aplicable para medir la validez de la Ley es el efectivamente existente al tiempo de procederse a la resolución del proceso constitucional que se hubiese entablado” (SSTC 146/1993, 102/1995, 15/1998) STC 110/1998, de 21 de mayo, BOE de 19 de junio (Pleno: recurso de inconstitucionalidad) FJ 2º.

5. LEY

A) Función del legislador: no puede interpretar genéricamente el sistema constitucional y estatutario; el legislador autonómico no debe reproducir la legislación estatal

En la STC 132/1998, de 19 de junio, BOE de 17 de julio (Pleno: recurso de inconstitucionalidad), FJ 12º, el Tribunal Constitucional aclara:

“Los distintos legisladores que forman parte del Estado de las Autonomías pueden interpretar el alcance y los límites de su propia competencia, definida en la Constitución y en el respectivo Estatuto de Autonomía, cuando la ejercitan al aprobar las leyes que les corresponden. Pero lo mismo que no pueden hacer una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias (STC 76/1983, FJ 4º), tampoco pueden hacer una interpretación que condicione para el futuro las competencias ostendadas por las restantes instituciones generales y autonómicas del Estado; pues tanto en un caso como en el otro se estarían subrogando en el ejercicio del poder consti-

IV. Fuentes del Derecho

tuyente, sin contar con una expresa previsión constitucional o estatutaria (STC 227/1988, FJ 3º). Como declaramos en la STC 46/1990 “nunca un legislador autonómico puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de las leyes del Estado (FJ 4º)”.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la **STC 149/1998, de 2 de julio**, BOE de 30 de julio (Pleno: recurso de inconstitucionalidad) FJ 6º.

El Tribunal Constitucional en la **STC 150/1998, de 2 de julio**, BOE de 30 de julio, (Pleno: recurso de inconstitucionalidad), FJ 4º establece:

“Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal sobre las normas de las Comunidades Autónomas que reproducen la legislación estatal careciendo de la competencia correspondiente en la materia de que se trate (STC 40/1981, FJ 1º.c); 10/1982, FJ 8º; 62/1991, FJ 4º.b); 147/1993, FJ 4º; 162/1996, FJ 3º, etc.). Dicha jurisprudencia declara la inconstitucionalidad de la normativa autonómica reguladora de la legislación estatal.”

En el mismo sentido, **STC 193/1998, de 1 de octubre**, BOE de 30 de octubre (Pleno: recurso de inconstitucionalidad) FJ 12º, en relación con un supuesto en que el legislador autonómico reformula e integra el contenido de dichos preceptos estatales.

B) Reserva de ley en materia penal y sancionadora: no excluye la colaboración reglamentaria; nulidad de normas reglamentarias posconstitucionales que se aprueban en virtud de habilitaciones que deben entenderse derogadas por la Constitución, y modifican el sistema de infracciones y sanciones

La reserva de ley en materia penal es una reserva de ley absoluta, pero referida a la tipificación y a la determinación de la pena, que no excluye, sin embargo, una posible colaboración del reglamento en otros elementos accesorios o distintos aunque estén relacionados con el delito, **STS de 23 de enero de 1998**, Ar. 1261/1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 4º.

La reserva de ley relativa a la regulación de infracciones y sanciones administrativas derivada del art. 25.1 CE no se aplica retroactivamente para anular disposiciones anteriores a la Constitución, pero sí se aplica a sus modificaciones posteriores. Tras la aprobación de la Constitución no caben reglamentos que modifiquen el sistema de infracciones y sanciones, **STS de 25 de febrero de 1998**, Ar. 1794/1998, Sala Tercera, Sección Sexta.

C) Posibilidad de diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional en la **STC 195/1998, de 1 de octubre**, BOE de 30 de octubre (Pleno: recurso de inconstitucionalidad), FJ 5º establece:

“(…) en las actuales circunstancias anudar a la declaración de inconstitucionalidad la nulidad inmediata de la Ley 6/1992 podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de la zona (...) (sus) efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad

Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente”.

6. REGLAMENTO

A) Concepto: las normas son reglas generales susceptibles de aplicación posterior; la norma reglamentaria o disposición general se integra en el ordenamiento; el reglamento como norma de la Administración

El Tribunal Constitucional en la STC 147/1998, de 2 de julio, BOE de 30 de julio (Pleno, conflicto positivo de competencia), FJ 6º:

“(…) tales Planes de Pesca no poseen ningún contenido normativo, pues, no obstante su *nomen iuris*, no reúnen las características propias de la técnica planificadora estrictamente tal, ni establecen reglas generales susceptibles de aplicación posterior, sino que son, en rigor, simples listas elaboradas en aplicación o ejecución de la normativa tantas veces indicada”.

El Proyecto de Saneamiento no es una norma reglamentaria o disposición general que se integre en el ordenamiento jurídico ni es siquiera asimilable a un Plan de Urbanismo, sino que representa el proyecto de las obras que describe, correspondientes a la construcción del alcantarillado para el centro urbano, STS de 17 de marzo de 1998, Ar. 2783, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 1º.

La STS de 18 de marzo de 1998, Ar. 3169 (FJ 1º), define el reglamento como:

“norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, [que] tiene un valor subordinado a la Ley a la que complementa, por ser el reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley: los reglamentos. Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración (el reglamento) queda integrada en aquél (...)”.

B) Tipos de reglamento: los reglamentos independientes *ad intra* también pueden regular las relaciones con los ciudadanos dentro de unos límites

La STS de 15 de abril de 1998, Ar. 3324 (FJ 9º), partiendo de la definición dada por la jurisprudencia de reglamentos organizativos *ad intra*:

“esto es, con fines puramente organizativos o respecto de relaciones de sujeción especial, entendiéndose que entran dentro de esa categoría las que sólo alcanzan a normar las relaciones con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario para integrarlos en la organización administrativa ‘por existir entre aquélla y éstos especí-

IV. Fuentes del Derecho

ficas relaciones de superioridad, no afectando nunca a derechos y obligaciones de los citados administrados en aspectos básicos o de carácter general”.

Resuelve que la competencia que el art. 21.2 del Real Decreto 276/1989, de Sociedades y Agencias de Valores, atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda para fijar la medida y los límites de las operaciones activas de préstamo de las Sociedades y Agencias de Valores “se mueve en el ámbito doméstico de la Administración”.

C) Titularidad de la potestad reglamentaria: los Ministros sólo pueden dictar reglamentos independientes *ad intra*, carácter originario de la potestad reglamentaria de la “Administración”

La STS de 15 de abril de 1998, Ar. 3324 (FJ 9º), sigue la posición actual de la jurisprudencia (con cita de SSTs de 31 de octubre, 16 y 19 de diciembre de 1986) sobre esta cuestión de la titularidad de la potestad reglamentaria, que resume en los siguientes puntos: 1º) la Constitución no ha derogado el artículo 14.3 LRJAE [exacto al art. 4.1.b) de la Ley 50/1997, del Gobierno]; 2º) la potestad para dictar reglamentos ejecutivos corresponde de modo exclusivo al Gobierno, no a los Ministros; 3º) éstos pueden dictar reglamentos independientes *ad intra* (véase tipos de reglamentos).

La STS de 17 de febrero de 1998, Ar. 1596/1998, Sala Tercera, Sección Tercera, recoge la doctrina mantenida entre otras por la STS de 22 de diciembre de 1997, en virtud de la cual:

“fuera de este campo puramente doméstico, no hay en manos de tales autoridades y órganos una potestad normativa propia *ad extra*, con facultad de afectar a las relaciones de sujeción general en que se encuentra el común de los ciudadanos respecto del Estado, ni a sus derechos y obligaciones”.

El Tribunal Supremo entiende que la Orden de la Consejería de Economía e Industria de la Junta de Andalucía por la que se regulan los requisitos que han de reunir las empresas que desarrollan la ejecución y mantenimiento –reparación de instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria– no es un reglamento organizativo ni su contenido es expresión de una relación de sujeción especial sino que constituye expresión de una potestad reglamentaria *ad extra* al incidir en la regulación de un sector empresarial.

La no observancia del plazo para dictar un reglamento ejecutivo, no comporta vicio de nulidad ya que en esos supuestos la Administración sigue ostentando la potestad reglamentaria, STS de 27 de marzo de 1998, Ar. 2858/1998, Sala Tercera, Sección Tercera FJ 1º.

D) Principio de legalidad: límite de la regulación reglamentaria; la omisión de regulación reglamentaria puede determinar la ilegalidad; no cabe pedir igualación en la ilegalidad

Cualquier materia puede ser regulada mediante ley, y producido ello queda vedado al reglamento su regulación más allá de lo que sea desarrollar y completar la Ley, STC de 27 de enero de 1998, Ar. 1016, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 3º.

La STS de 23 de enero de 1998, Ar. 1261/1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 10º determina que:

“Únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley que el reglamento trata de desarrollar o ejecutar.”

La STS de 27 de febrero de 1998, Ar. 1544, Sala Tercera, Sección Quinta, FJ 11º, establece que la imposibilidad de solicitar un trato igualitario en la ilegalidad constituye el límite de necesario examen por parte de este Tribunal al serle invocado un auténtico derecho fundamental (igualdad).

E) Principio de jerarquía normativa: no se aplica entre normas del mismo rango; no debe confundirse con el principio de competencia; se infringe en los supuestos en que el Reglamento es menos exigente que la Ley

Los preceptos de un Real Decreto no pueden ser declarados nulos de pleno derecho por resultar contrarios a las normas reglamentarias contenidas en otros Reales Decretos. Para que se produzca la nulidad que se pretende es necesario que el precepto del Real Decreto que se impugna sea contrario a normas de rango superior, esto es, a la Constitución o a la ley, STS de 9 de enero de 1998, Ar. 815/1998, Sala Tercera, Sección Séptima, FJ 2º.

Una Ordenanza local, que respetando el minimum establecido por un Real Decreto estatal adapte dicha regulación a la realidad propia de su municipio, no infringe el principio de jerarquía normativa, STS de 14 de enero de 1998, Ar. 561/1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 1º.

En la STS de 12 de febrero de 1998, Ar. 1589/1998, Sala Tercera, Sección tercera, FJ 3º, el Tribunal Supremo entiende vulnerado el principio de jerarquía normativa en un supuesto en que la regulación reglamentaria resulta menos exigente que la regulación legal.

F) Principio de inderogabilidad singular de los reglamentos: se refiere a las resoluciones administrativas de carácter particular que no pueden modificar lo establecido en una disposición, pero no es aplicable a las disposiciones de carácter general o normas reglamentarias

Una resolución de carácter particular no puede modificar lo establecido por una disposición general aunque sea dictada por una autoridad superior a la que aprobó la disposición, STS de 9 de enero de 1998, Ar. 815/1998, Sala Tercera, Sección Séptima, FJ 3º.

G) Procedimiento de elaboración

- a) Dictamen del Consejo de Estado: se exige sólo a los reglamentos de carácter general; no se exige en el procedimiento de elaboración de los reglamentos que ejecutan otros reglamentos; no sólo se exige en la elaboración de casos típicos de reglamento de desarrollo o ejecución de ley, sino también en los casos en que el Gobierno dicta una disposición al amparo de una autorización legislativa; no se exige en relación con los reglamentos organizativos; exigencia en relación con los reglamentos autonómicos

Las SSTs de 17, Ar. 3374 (FJ 3º), y 27 de abril, Ar. 3329 (FJ 3º) y de 9 de junio de 1998, Ar. 4551 (FJ 4º) reiteran la doctrina tradicional en virtud de la cual el Dictamen del Consejo de Estado se exige únicamente en el procedimiento de elaboración de los reglamentos de carácter general.

El Tribunal Supremo sigue la línea marcada por la STS de 25 de octubre de 1991, que estimó que este trámite no se exige en relación con aquellos Reglamentos “que no necesitan una *legis interpositio* por encontrar su fuerza habilitante en otro Reglamento pero no en la Ley”, STS de 27 de enero de 1998, Ar. 1016/1998, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 2º. Sin embargo, la jurisprudencia exige el Dictamen en los supuestos en que se dicta un Reglamento al amparo de una autorización legislativa, STS de 26 de febrero de 1998, Ar. 1413/1998, Sala Tercera, Sección Segunda, FJ 4º.

El Real Decreto 924/1989, de 21 de julio, por el cual se constituyó el Organismo de Cuenca Confederación Hidrográfica del Júcar, es calificado por el TS como reglamento organizativo, independiente, y no exige en su procedimiento de elaboración el trámite del Dictamen del Consejo de Estado, STS de 19 de febrero de 1998, Ar. 1599/1998, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 4º.

La STS de 26 de diciembre de 1997, Ar. 1354/1998, Sala Tercera, Sección Segunda, FJ 2º, sigue la línea marcada por la STC 204/1992, de 26 de noviembre y la STS de 16 de enero de 1993 —que resuelve un recurso extraordinario de revisión—, que establecen que cuando se trata de reglamentos autonómicos ejecutivos de leyes, sean éstas estatales o autonómicas, se requiere el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, a no ser que la respectiva Comunidad tenga constituido un Órgano consultivo homologable al Consejo de Estado, y sea oído al respecto, llegándose a igual solución cuando se trate de reglamentos autonómicos no ejecutivos, aprobados en el marco de la legislación básica estatal.

- b) Audiencia a entidades interesadas: tienen que ostentar por ley la representación de los intereses afectados; la Organización de Consumidores y Usuarios es asociación privada; la audiencia corporativa no constituye un derecho incondicionado ni siquiera para las asociaciones de carácter obligatorio; la audiencia no es preceptiva en relación con las asociaciones voluntarias; carácter preceptivo cuando afecta a intereses de los administrados

La **STS de 26 de diciembre de 1997**, Ar. 1354/1998, Sala Tercera, Sección Segunda, FJ 1º, resuelve que la audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones sólo debe exigirse cuando se trate de asociaciones o colegios profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo.

Entre las Sentencias que se han publicado en las fechas que son objeto de esta crónica, varias son las dedicadas a negar el carácter de asociaciones a las que obligatoriamente se les ha de dar audiencia, considerando que son de carácter voluntario. Por un lado, la **STS de 8 de abril de 1988**, Ar. 3452 (FJ 2º), reitera que la entidad que debe ser oída es la que ostente la representación o defensa legal de las personas afectadas; de otro, la **STS de 18 de mayo de 1998**, Ar. 4171 (FJ 2º), que conociendo la finalidad de esa Asociación de defensa de los intereses de sus asociados (consumidores y usuarios) y que está reconocida en el art. 20 de la Ley 26/1984, sin embargo no considera preceptiva la audiencia porque se trata de una Asociación creada al amparo de la Ley de Asociaciones de 1965.

Por otra parte, sobre la misma materia debe ser destacada la **STS de 30 de mayo de 1998**, Ar. 3656 (FJ 1º), que a la luz de los arts. 105.a) de la Constitución y 24.c) de la Ley del Gobierno, señala que:

“(…) la necesidad de la audiencia corporativa no constituye un derecho incondicionado ni siquiera para las Asociaciones que pudieran conceptuarse de carácter obligatorio (...). Es decir, la ‘audiencia corporativa’ como se desprende del art. 24.c) de la Ley anteriormente mencionada, es uno de los posibles procedimientos que la Administración puede escoger para dar audiencia a los ciudadanos afectados por la disposición proyectada, pero no el único. Lo preceptivo es la audiencia al ciudadano, que podrá instrumentarse, si así se acuerda, mediante la audiencia a las asociaciones representativas de los intereses que puedan verse afectados, pero que podrá cumplimentarse, previa decisión motivada del órgano competente, mediante cualquier otro procedimiento que aquél escoja”.

La jurisprudencia de la Sala de Revisión (SSTS de 7 de julio y 25 de septiembre de 1989) viene sosteniendo el carácter preceptivo y no discrecional del trámite de audiencia de los representantes de los intereses afectados:

“pero declarando que su exigibilidad en la práctica está en relación con varios conceptos jurídicos indeterminados que operan positiva o negativamente, esto es, es preceptivo el informe cuando se trata de disposiciones que ‘afectan’ directa o seriamente a los intereses de los administrados, lo que no era el supuesto contemplado en el Real Decreto impugnado (...)”. **STS de 19 de febrero de 1998**, Ar. 1599/1998, Sala Tercera, Sección Tercera, FJ 5º.

IV. Fuentes del Derecho

H) Retroactividad: no procede la aplicación retroactiva de las normas de procedimiento

El art. 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se refiere a la aplicación retroactiva de normas favorables en materia sancionadora, pero este mandato no tiene aplicación en relación con las normas de mero procedimiento, STS de 4 de marzo de 1998, Ar. 2737/1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 2º.

I) Control jurisdiccional: falta de legitimación de entidades locales menores; intangibilidad de los actos firmes en el momento de la declaración de nulidad de la disposición; imposibilidad de obligar a dictar un Reglamento con un contenido determinado; compatibilidad de la vía especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y la vía ordinaria

La STS de 14 de mayo de 1998, Ar. 4799 (FJ 3º), niega que esté legitimada una entidad local menor para impugnar un reglamento autonómico sobre impacto ambiental, porque excede su ámbito competencial específico (en cuyo caso sí estarían legitimadas), determinado por el art. 38.b) del Texto Refundido de Régimen Local.

En la STS de 7 de febrero de 1998, Ar. 1368/1998, Sala Tercera, Sección Segunda, FJ 3º, se establece que las liquidaciones que fueran firmes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional antes de declararse la nulidad de la disposición, no pueden dar lugar a la devolución de los ingresos correspondientes a las mismas; aquellas que no sean firmes pueden ser impugnadas; y las practicadas después de anulada la disposición general pasan a ser ingresos indebidos, provenientes de liquidaciones nulas de pleno derecho, con nulidad radical que debe ser apreciada como tal por cualquier órgano administrativo o judicial ante el que se pretenda que surtan efectos.

La consideración de que la potestad reglamentaria se encuentra íntimamente vinculada a la función político-constitucional de dirección política del Gobierno reconocida en el artículo 97 de la Norma Fundamental (STS de 6 de noviembre de 1984, Ar. 5758) dificulta que aquél pueda ser compelido por mandato derivado de una sentencia a su ejercicio en un determinado sentido, o dicho en otros términos que pueda ser condenado a dictar un Reglamento con un determinado contenido, lo que excedería de las facultades de la Jurisdicción (STS de 26 febrero de 1993, Ar. 1431) STS de 16 de enero de 1998, Ar. 566, Sala Tercera, Sección Cuarta.

La desestimación de un recurso interpuesto por la vía de la Ley 62/1978 no es causa de inadmisión ya que el ámbito de revisión de aquélla no es coextenso con el proceso ordinario, sino limitado a la eventual vulneración de derechos fundamentales y libertades a que se refiere el art. 53.2 CE, sin perjuicio de la vinculación positiva que puede resultar a lo decidido en la sentencia del proceso de amparo judicial sobre la vulneración o no de los derechos fundamentales invocados, STS de 23 de enero de 1998, Ar. 1261/1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 2º.c)

J) Acción de nulidad: competencia de la Administración

La STS de 26 de febrero de 1998, Ar. 1413/1998, Sala Tercera, Sección Segunda, FJ 5º, que recoge la Sentencia de 7 de mayo de 1992 de la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, establece que la acción de nulidad vincula a la Administración a poner en marcha su potestad revocatoria, pero no permite que, amparándose en el silencio administrativo negativo o en soluciones administrativas de rechazo inicial de la petición de nulidad, se abra para los ciudadanos una vía de recurso contencioso-administrativo frente a reglamentos, sin previo pronunciamiento administrativo. Los Tribunales no deben entrar en el fondo de la nulidad de la disposición sino ordenar a la Administración que siga los trámites relativos a la acción de nulidad.

7. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**A) Principio de proporcionalidad: no es un principio sólo del Derecho estatal, también es aplicable al Derecho autonómico**

Los principios jurídicos también irradian su eficacia sobre el Derecho autonómico sin que, por tanto, puedan considerarse aplicación del Derecho estatal, STS de 25 de mayo de 1998, Ar. 4187 (FJ 2º).

B) Principio de *non bis in idem*: se admite su concurrencia en el marco de las relaciones especiales de sujeción

La STS de 12 de junio de 1998, Ar. 5554, Sala Tercera, Sección Séptima, estima por primera vez la concurrencia de *bis in idem* en dos preceptos con el mismo fundamento jurídico, aun en el caso de relación especial de sujeción (funcionario de policía): penas por delito de cohecho y sanción de separación del servicio por falta muy grave.

8. OTRAS NORMAS DE RANGO INFERIOR A LA LEY**A) Reglamentos municipales: se trata de derecho particular no comprendido en el ámbito del principio *iura novit curia* en su eficacia ante los Tribunales de Justicia**

La eficacia procesal de estas normas está subordinada a la necesidad de su aportación ya que no se hallan comprendidas en el ámbito del principio *iura novit curia*, STS de 5 de febrero de 1998, Ar. 1820/1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, FJ 3º.

IV. Fuentes del Derecho

9. CIRCULARES, INSTRUCCIONES Y ÓRDENES DE SERVICIO

A) Naturaleza: reglamentaria encubierta

La STS de 24 de abril de 1998, Ar. 3605 (FJ 2º), niega la naturaleza de circular a la así llamada por una Delegación Provincial de Agricultura, en la que se establece una sustancial alteración de la reglamentación. Se añade, a continuación (FFJJ 3º y 4º) la incompetencia radical del Delegado para promulgar tal disposición reglamentaria.

B) Impugnación: por los particulares afectados si los criterios de interpretación no son acertados

Así lo reconoce la STS de 8 de mayo de 1998, Ar. 3672 (FJ 3º).

JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ
ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. Distinción con disposiciones generales. A) La norma no es un acto ordenado sino un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico, innovándolo. **3. Discrecionalidad.** A) Toda licencia administrativa tiene una naturaleza estrictamente reglada. B) La discrecionalidad administrativa no significa exención del control judicial. C) La discrecionalidad de las subvenciones sólo se encuentra en su establecimiento. **4. Procedimiento administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) El sujeto legitimado. Transmisión de la posición jurídica e innecesariedad de reiniciar la tramitación. B) El denunciante. ¿Sujeto legitimado? C) La denuncia realizada por Agente de la Autoridad. Presunción de validez y legalidad. D) Paralización de procedimientos y perjuicios de terceros. E) Propuesta de resolución y derecho fundamental a ser informado de la acusación. F) Congruencia de la resolución con la solicitud formulada. G) Caducidad de los procedimientos sancionadores. H) Impugnación de resoluciones presuntas. Plazo de impugnación ante el silencio negativo y asimilación a la notificación defectuosa. I) Acto presunto positivo y resolución posterior expresa denegatoria. Revocación nula de pleno derecho. J) El órgano competente para emitir la certificación de acto presunto es el mismo que debía haber resuelto expresamente. **5. Requisitos del acto administrativo.** A) Se cumple el requisito de motivación cuando se aceptan informes, dictámenes o memorias, no precisándose la incorporación del contenido íntegro de los mismos, salvo que el acto en cuestión carezca de toda justificación. B) Se endurece la necesidad de motivación en la determinación de servicios mínimos en caso de huelga. **6. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Presunción de legalidad y carga de la prueba. B) Carácter instrumental de la notificación. C) Inexistencia de notificación defectuosa por no indicar la misma el posible recurso de la Ley 62/1978. D) Requisitos de las notificaciones efectuadas por correo. E) Requerimiento previo a la ejecución forzosa dirigido a sujeto distinto al obligado. F) Exigencia de norma con rango de Ley para la imposición de multas coercitivas. **7. Invalidez del acto administrativo.** A) La nulidad de pleno derecho tiene un carácter excepcional, pero ello no implica que no deba declararse cuando se da con claridad el supuesto legal que la determina. B) El ejercicio des-

viado de las potestades administrativas debe aparecer objetivado por la prueba. C) La omisión del trámite de audiencia al interesado sólo acarreará la anulación del acto si produce indefensión material en el particular interesado. **8. Eliminación del acto administrativo.**

A) No es necesaria la declaración previa de lesividad cuando el Estado impugne actos de una Corporación local.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre febrero y octubre de 1998, en el que se mantiene en esencia la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal. Las únicas novedades relativas son la profundización en la consideración del denunciante como sujeto legitimado en el procedimiento administrativo cuando efectivamente haya sufrido un perjuicio, y la innecesariedad de la declaración previa de lesividad cuando el Estado impugna actos de una Corporación Local.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. DISTINCIÓN CON DISPOSICIONES GENERALES

A) La norma no es un acto ordenado sino un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico, innovándolo

La STS de 16 de febrero de 1998, Ar. 2186, Sala Tercera, Sección Séptima, recoge la doctrina dominante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 10 de marzo de 1993, Ar. 1933; de 22 de enero de 1991, Ar. 1991 y de 25 de abril de 1994, Ar. 3408, entre otras), la cual adopta el denominado criterio ordinalista a la hora de distinguir entre norma (disposiciones de carácter general) y acto administrativo. Este criterio diferencial se basa en que la norma no es un acto ordenado sino un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico, innovándolo. Mientras que el acto concreto o resolución (acto ordenado) se caracteriza porque su cumplimiento es consuntivo. De tal modo, expone:

“(...) El Acuerdo en cuestión (Acuerdo del Consejo de Ministros (...)) ha dado cumplimiento a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (...) y en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en lo que se refiere a las remuneraciones de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, y que se concretan básicamente en su homologación con las del sistema general de Funcionarios Civiles del Estado, y en la homogeneización de las correspondientes a los diferentes empleos integrados en una

misma categoría, de tal modo que tal 'Acuerdo', (...) dio cumplimiento, siempre según la Administración, con carácter provisional, a lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 2/1986, en lo que respecta a que todos los funcionarios integrados en la misma categoría percibirán idénticas retribuciones legales, equiparación que, posteriormente y con carácter definitivo, se realiza en el Real Decreto 311/1988, de 30 de marzo (...), lo que implica con claridad que dicho Acuerdo del Consejo de Ministros no es un acto administrativo de destinatario plural, dirigido a un determinado colectivo, sino una disposición general, o, dicho de otro modo, no es un acto ordenado, sino un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico (...)” (FJ 5º).

En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 19 de junio de 1998, Ar. 5253, la Sala Tercera, Sección Sexta; de 9 de marzo de 1998, Ar. 4808, Sala Tercera, Sección Primera y de 8 de mayo de 1998, Ar. 3673, Sala Tercera, Sección Cuarta, la cual establece que:

“(…) el uno y las otras tienen plenamente este carácter de disposiciones generales por cuanto (...), forman parte del Ordenamiento Jurídico, innovándolo cada uno en su orden y momento, derogando reglamentos anteriores y creando normas nuevas que son título habilitante de nuevas relaciones y cotizaciones singulares creadas en su vigencia (...)” (FJ 3º).

3. DISCRECIONALIDAD

A) Toda licencia administrativa tiene una naturaleza estrictamente reglada

La STS de 16 de marzo de 1998, Ar. 2466, Sala Tercera, Sección Quinta, reitera una consolidada doctrina del Tribunal Supremo y reconoce que:

“(…) Toda licencia administrativa, ya sea de obras, ya de actividad o apertura de establecimiento, es un acto de autorización a cuyo través se realiza un control previo de la actuación proyectada, verificando si se ajusta o no a las exigencias y finalidad de la ordenación normativa vigente, teniendo, pues, una naturaleza estrictamente reglada, habiendo de otorgarse o denegarse preceptivamente según que la actuación pretendida se ajuste o no a la ordenación aplicable (...)” (FJ 3º).

B) La discrecionalidad administrativa no significa exención del control judicial

La STS de 20 de febrero de 1998, Ar. 2361, Sala Tercera, Sección Séptima, afirma, en lo referente a las sanciones disciplinarias, que el control de las mismas se extiende:

“(…) tanto a los aspectos estrictamente reglados como a los discrecionales, ya que la discrecionalidad administrativa no significa en modo alguno exención del control judicial. Entre los puntos que pueden y deben ser objeto de la oportuna revisión jurisdiccional (...)”

está el principio de proporcionalidad de la sanción, que exige la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada” (FJ 5°).

Del mismo modo se pronuncia la **STS de 8 de mayo de 1998**, Ar. 4311, Sala Tercera, Sección Cuarta, al afirmar que “discrecionalidad no equivale a arbitrariedad” (FJ 2°). A estos efectos, la **STS de 10 de marzo de 1998**, Ar. 3244, Sala Tercera, Sección Sexta, establece que incumbe a la jurisdicción contencioso-administrativa:

“(…) afrontar si la decisión adoptada se ha producido con racionalidad y objetividad, en concordancia y con la finalidad perseguida por la norma, toda vez que debe tenerse en cuenta que la decisión discrecional puede estar presidida por criterios extrajurídicos de oportunidad, conveniencia o seguridad nacional (en este caso se trata de la concesión de asilo), pero ha de ser el resultado, en todo caso, de una decisión administrativa que ha de estar justificada en datos objetivos sobre los que opera, de forma que sólo debe ser anulada cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o la discordancia de la solución elegida con la realidad fáctica a la que se aplica, apartándose manifiestamente del fundamento teleológico de la norma aplicable.” (FJ 2°)

Por lo tanto, la **STS de 20 de febrero de 1998**, Ar. 2122, Sala Tercera, Sección Cuarta, sostiene, de conformidad con reiterada doctrina del Alto Tribunal (STS de 19 de julio de 1996, Ar. 6099) que:

“(…) El control judicial de la actuación administrativa es de legalidad plena, como resulta de los artículos 24.1 y 106 CE, extendiéndose respecto de la discrecionalidad hasta donde permite el contraste con la norma jurídica a través de las plurales técnicas admitidas por la Jurisprudencia —fundamentalmente, elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y principios generales del Derecho (...)—. El control en sede judicial no puede, por tanto, fundamentarse en valoraciones de otro orden, distinto del jurídico, que corresponde efectuar a la Administración de acuerdo con apreciaciones de índole técnica, económica o social ajenas a un control de legalidad.” (FJ 5°)

En este mismo sentido se pronuncia la **STS de 6 de febrero de 1998**, Ar. 1823, Sala Tercera, Sección Cuarta.

C) La discrecionalidad de las subvenciones sólo se encuentra en su establecimiento

De otra parte, pero en consonancia con lo anterior, la **STS de 8 de abril de 1998**, Ar. 3742, Sala Tercera, Sección Sexta, afirma, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 144/1988, de 12 de julio), que:

“(…) las Administraciones Públicas no están vinculadas por el precedente, pero sí sujetas a los Tribunales que han de corregir desviaciones que en la aplicación igual de la Ley se produzcan, no sólo en el ejercicio de potestades regladas, sino también en el ejercicio de potestades discrecionales, pues los tribunales han de fijar las circunstancias fácticas del caso y el contenido concreto de la norma aplicada, ya que de lo contrario, habría discriminación por tratamiento desigual y no estaría razonablemente justificado un cambio de criterio no manifestado expresamente (...) en consecuencia (...) las subvenciones y ayudas aunque su establecimiento pudiese ser discrecional para la Administración, una vez establecidas por ésta, cesa aquella discrecionalidad y deviene obligado el reparto concreto ‘que escapa del puro voluntarismo de la Administración’ (...)” (FFJJ 5º y 6º).

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

A) El sujeto legitimado. Transmisión de la posición jurídica e innecesariedad de reiniciar la tramitación

Si, como ha reiterado el TS, la legitimación en el procedimiento administrativo tiene su origen exclusivamente en la existencia de la titularidad de un derecho o un interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución, es indiferente que dicha titularidad conste en un documento público o privado, **STS de 8 de junio de 1998**, Ar. 4225, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 2º).

Es más, iniciado un procedimiento administrativo (de oficio o a instancia de parte), las distintas mutaciones subjetivas de carácter voluntario (cuando ello sea posible) que se produzcan en la posición del sujeto legitimado no obligan a la Administración a realizar de nuevo las distintas actuaciones ya practicadas, en la medida en que se produce una verdadera subrogación en la posición de sujeto legitimado, como reconoce la **STS de 29 de junio de 1998**, Ar. 5443, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 1º), “(...) máxime cuando conocida esa transmisión, el Ayuntamiento le concedió la oportuna audiencia y la oportunidad de practicar cuantas alegaciones consideró convenientes (...)”.

B) El denunciante. ¿Sujeto legitimado?

Asumiendo la línea jurisprudencial tradicional, y restrictiva, del concepto de denunciante, la **STS de 7 de mayo de 1998**, Ar. 4911, Sala Tercera, Sección Séptima (FJ 1º) y el **ATS de 12 de mayo de 1998**, Ar. 4848, Sala Tercera, Sección Séptima (FJ 1º), niegan al mismo la condición de interesado en el procedimiento sancionador (en el caso concreto un procedimiento disciplinario a un miembro del Poder Judicial), lo que determina que no pueda solicitar la práctica de pruebas una vez acordada su iniciación a tenor de la LOPJ, siendo ello aplicable igualmente al ámbito de las informaciones previas o al archivo de actuaciones.

Esa falta de legitimación determina que la resolución que se adopte (si se inicia el procedimiento) no esté vinculada por el contenido de la denuncia, puesto que la misma no constriñe las facultades de comprobación de la Administración, por lo que no es alegable el principio de congruencia, como reconoce la **STS de 26 de mayo de 1998**, Ar. 4266, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 2º).

No obstante, cabe apreciar una nueva línea jurisprudencial que descende al caso concreto tratando de averiguar si el denunciante ostenta un verdadero interés legítimo que deba ser tutelado en el procedimiento sancionador, **SSTS de 17 de febrero de 1998**, Ar. 2248 (FJ 2º), **18 de febrero de 1998**, Ar. 2249 (FJ 2º), **18 de febrero de 1998**, Ar. 2250 (FJ 2º), y de **20 de febrero de 1998**, Ar. 2253 (FJ 2º), todas ellas de la Sala Tercera, Sección Séptima, pues:

“(…) el referente de ese interés no puede ser un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, que sólo tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad substantiva y no meramente formal, y que, en principio, debe ser el mismo el que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso (...) la clave debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción al Juez puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera (...)”.

Si bien el resultado práctico obtenido es el mismo que el mantenido por la línea tradicional en materia de responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados, no obstante esta nueva sensibilidad permite a la **STS de 3 de junio de 1998**, Ar. 5046, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 3º) extender la legitimación más allá del sujeto responsable bajo la cobertura de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios, considerando como tal al denunciante en la medida en que éste había sufrido un perjuicio real por la falta de prestación de unos servicios turísticos en el extranjero, pues:

“(…) esta doble circunstancia se da en la recurrente, que se considera perjudicada por una determinada conducta de una empresa turística, de tal forma que la resolución que se dicte en el expediente le va a afectar, por la repercusión que pudiera producir en el litigio en el que se ventila una posible responsabilidad civil de dicha empresa, en orden a la constatación o no de la realidad de los hechos que la determinan. Por eso no se le puede considerar como simple denunciante a los efectos de denegar su legitimación, pues su posición le permite intervenir en el procedimiento haciendo alegaciones y aportando los elementos probatorios que estime oportunos para acreditar las circunstancias fácticas que han de fundar la decisión que se tome (...)”.

C) La denuncia realizada por Agente de la Autoridad. Presunción de validez y legalidad

Si la denuncia que da origen a la iniciación del procedimiento es formulada por un Agente de la Autoridad en ejercicio de sus funciones, la misma goza de la presunción de

validez y legalidad, pero como señala la **STS de 30 de abril de 1998**, Ar. 4407, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 4º de la sentencia apelada), ello no significa que sean intangibles los hechos denunciados en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que los mismos:

“(…) pueden quedar desvirtuados mediante la adecuada prueba en contrario o, aún en la ausencia de toda prueba, según la naturaleza, circunstancias y cualidad de los hechos denunciados (…)”.

D) Paralización de procedimientos y perjuicios de terceros

En la medida en que el otorgamiento de una autorización para prestar el servicio público de transportes implica la imposibilidad de otorgar la misma también a otro solicitante, presentadas ambas solicitudes, la paralización de uno de los procedimientos por causas exclusivamente imputables a la Administración no puede incidir sobre el otro procedimiento (paralizándolo de forma injustificada), como reconoce la **STS de 8 de mayo de 1998**, Ar. 5103, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 2º). Aunque ello no se establece, lógicamente dicha actuación administrativa podrá dar lugar a la correspondiente responsabilidad patrimonial a tenor del art. 103 CE.

E) Propuesta de resolución y derecho fundamental a ser informado de la acusación

La falta de notificación al sujeto imputado en un procedimiento sancionador de la propuesta de resolución determina, necesariamente, la vulneración del derecho fundamental a ser informado de la acusación formulada contenido en el art. 24 CE, puesto que en la misma se contiene:

“(…) un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga (…)”,

SSTS de 7 de abril de 1998, Ar. 3449 (FJ 2º), **7 de abril de 1998**, Ar. 3451 (FJ 1º), **27 de abril de 1998**, Ar. 3646 (FJ 2º), y **12 de mayo de 1998**, Ar. 5106 (FJ 3º), todas ellas de la Sala Tercera, Sección Tercera. Ahora bien, ello es así siempre y cuando tales extremos no hayan sido ya puestos de relieve al sujeto imputado en cualquier trámite anterior, en el cual se contenga un pronunciamiento preciso (y no genérico) de la responsabilidad imputada.

F) Congruencia de la resolución con la solicitud formulada

La resolución que ponga término al procedimiento administrativo, decidiendo sobre el fondo de las cuestiones planteadas (art. 89 LRJ-PAC) debe ser congruente con la solici-

tud presentada (sin perjuicio de las modulaciones que el principio de proporcionalidad exige, como p.e., la inclusión de cláusulas accesorias cuando el solicitante no reúne los requisitos exigidos por la norma para evitar la denegación). Por ello, como señala la **STS de 27 de abril de 1998**, Ar. 3362, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 3º), la Administración en la resolución que dicte no puede alterar los términos en que se ha planteado la solicitud, incluyendo sólo parte de una finca en el Registro de Solares de Edificación Forzosa cuando había sido solicitada la inclusión de la totalidad de la finca y no había mediado ninguna actuación (segregación) que permitiera adoptar dicha resolución.

G) Caducidad de los procedimientos sancionadores

Para poder apreciar la caducidad de un procedimiento sancionador, a tenor del art. 20.6 del RD 1398/1993 y del art. 43.4 de la LRJ-PAC, debe transcurrir un plazo de 6 meses sin que haya recaído la correspondiente resolución y un posterior plazo de 30 días para que se entiendan caducadas y se archiven las actuaciones practicadas. Plazos estos que, como señala la **STS de 8 de abril de 1998**, Ar. 3453, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 1º), deben computarse, el primero, de fecha a fecha y, el segundo, excluyendo los días inhábiles.

H) Impugnación de resoluciones presuntas. Plazo de impugnación ante el silencio negativo y asimilación a la notificación defectuosa

La impugnación de una resolución presunta (positiva o negativa), por su propia esencia, no tiene como consecuencia la nulidad de actuaciones y la retroacción del expediente administrativo para que se cumplan aquellos trámites que fueron omitidos. Por el contrario, como señala la **STS de 14 de febrero de 1998**, Ar. 2204, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 1º), debe producirse “(...) el enjuiciamiento de las cuestiones sustantivas aunque el procedimiento previo en vía administrativa se hubiese visto privado de elementos de juicio y asesoramiento (...)” (como p.e., el dictamen del Consejo de Estado).

Cuando se trata de la impugnación de una desestimación por silencio, la **STS de 19 de junio de 1998**, Ar. 5254, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 1º) reitera la línea jurisprudencial que había realizado una relectura del art. 58 LJCA, ampliando el plazo de un año para recurrir las desestimaciones por silencio negativo en seis meses. La fundamentación de esta tesis es clara:

“(...) en los casos de silencio negativo puede entenderse, como máximo, que el particular conoce el texto íntegro del acto –la denegación por silencio–, pero no los demás extremos que deben constar en toda notificación, por lo que, siendo entonces defectuosa (...) pudiendo calificarse de razonable una interpretación que compute el plazo para recurrir contra la desestimación presunta como si se hubiera producido una notificación defectuosa. Ello da lugar a la aplicación del art. 79 LPA y a una ampliación del plazo de un año del art. 58.2 LJCA por 6 meses más (...)”.

J) Acto presunto positivo y resolución posterior expresa denegatoria. Revocación nula de pleno derecho

Como reiteran las SSTS de 12 de mayo de 1998, Ar. 3626, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 3º), 7 de mayo de 1998, Ar. 4309, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 1º); y 7 de mayo de 1998, Ar. 4310, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 3º), no pueden adquirirse derechos en virtud de silencio positivo cuando se incumplen los requisitos o las condiciones que establece la legislación vigente. Ahora bien, si se reúnen tales requisitos, no cabrá que la Administración desconozca posteriormente mediante una resolución positiva de signo contrario el contenido del acto presunto positivo, puesto que ello, como señala la STS de 18 de febrero de 1998, Ar. 2089, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 3º)

“(…) merece la consideración de una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos, realizada al margen del procedimiento legalmente establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho (…).”

J) El órgano competente para emitir la certificación de acto presunto es el mismo que debía haber resuelto expresamente

El órgano que debe emitir la certificación de acto presunto es el único competente para resolver expresamente el procedimiento una vez superado el plazo establecido al efecto. Por ello, como señala la STS de 5 de marzo de 1998, Ar. 2731, Sala Tercera, Sección Séptima (FJ 3º) no bastará para interrumpir el plazo para emitir la certificación la actuación de cualquier otro órgano administrativo (p.e., el informe de un órgano asesor).

5. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Se cumple el requisito de motivación cuando se aceptan informes, dictámenes o memorias, no precisándose la incorporación del contenido íntegro de los mismos, salvo que el acto en cuestión carezca de toda justificación

La STS de 13 de febrero de 1998, Ar. 2116, Sala Tercera, Sección Cuarta, en la misma línea jurisprudencial marcada, entre otras, por las SSTS de 18 de noviembre de 1996, Ar. 8655 y de 5 de mayo de 1997, Ar. 4384, establece en lo concerniente a la motivación de los actos que limitan derechos subjetivos (regulada en el art. 54 LRJ-PAC, antiguo 43 de la LPA), que:

“(…) se entiende cumplido el requisito de motivación exigible a los actos administrativos que limitan derechos subjetivos cuando se aceptan informes, dictámenes o memorias, al considerarse que los mismos forman parte del texto de la resolución, bastando además una resolución sucinta (…).” (FJ 4º).

Al respecto, la **STS de 9 de marzo de 1998**, Ar. 2294, Sección Tercera, Sala Tercera, aclara que la suficiencia de la motivación:

“(…) no precisa incorporar el contenido íntegro de los informes o dictámenes tomados en consideración, cuando con independencia de los mismos es posible conocer las razones por las cuales su derecho se sacrificó, sólo cuando el acto en cuestión carezca de toda justificación limitándose a aceptar el contenido de los informes y dictámenes, cabe exigir la incorporación de su texto (…)” (FJ 2º).

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 11 de mayo de 1998**, Ar. 4314, Sala Tercera, Sección Cuarta.

B) Se endurece la necesidad de motivación en la determinación de servicios mínimos en caso de huelga

En lo relativo a la motivación de los servicios mínimos en caso de huelga, la **STS de 11 de junio de 1998**, Ar. 5525, Sala Tercera, Sección Séptima, reitera la asentada jurisprudencia del TC y del TS, que viene siendo especialmente rigurosa y sensible con dicho requisito:

“(…) el acto que determine el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad ha de estar debidamente motivado, siendo preciso no sólo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y a los intereses a que se sacrificó, y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales, por lo que sobre la autoridad gubernativa recae el deber de explicitar las razones que, a su juicio legitiman, en una concreta situación de huelga, la decisión de mantener unos servicios esenciales para la comunidad, correspondiéndole probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, en cuya motivación han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar las prestaciones mínimas, sin que sean suficientes indicaciones genéricas aplicables a cualquier conflicto (…) no basta la mera referencia a las conversaciones previas mantenidas con las fuerzas sociales en conflicto (…), ni tampoco la justificación posterior que pueda ofrecerse en el debate judicial, ya que se trata de un defecto insubsanable por su propia naturaleza (…)” (FJ 3º).

En la misma línea se pronuncian las **SSTS de 3 de junio de 1998**, Ar. 5519, Sala Tercera, Sección Séptima y **de 6 de junio de 1998**, Ar. 5523, Sala Tercera, Sección Séptima.

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Presunción de legalidad y carga de la prueba

Si bien la presunción de legalidad de la resolución administrativa supone que el interesado debe impugnarla para impedir que se produzca su consentimiento a la misma, como señala la **STS de 4 de mayo de 1998**, Ar. 3665, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 2º), ello no supone que:

“(…) tal presunción afecte a la carga de la prueba que se ajusta a las reglas generales (ex art. 1214 CC), según las cuales a cada parte corresponde la carga formal de probar los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invoca a su favor, y asumir las consecuencias derivadas de la falta o ausencia de dicha prueba (…)”.

B) Carácter instrumental de la notificación

El carácter instrumental que presenta la notificación en el ámbito del Derecho Administrativo, determina que las irregularidades que la misma presente sólo sean trascendentes cuando no llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración “(…) y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos (…)”, según señalan las **SSTS de 3 de marzo de 1998**, Ar. 2741, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 3º); **30 de abril de 1998**, Ar. 4407, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 3º); **6 de junio de 1998**, Ar. 4386, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 4º). Esto es, la notificación aparece conectada al ejercicio del derecho constitucional de defensa, por lo que sus defectos serán irrelevantes si el propio sujeto admite en el expediente que ha tenido conocimiento de la misma, **STS de 13 de mayo de 1998**, Ar. 3661, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 1º).

C) Inexistencia de notificación defectuosa por no indicar la misma el posible recurso de la Ley 62/1978

No cabe reputar como defectuosa la notificación de una resolución si la misma no indica entre los recursos que caben frente a ella la posible utilización de la vía procesal prevista en la Ley 62/1978, puesto que el requisito exigido por el art. 58 LRJPAC respecto a la indicación de recursos, a tenor de la **STS de 6 de mayo de 1998**, Ar. 4727, Sala Tercera, Sección Séptima (FJ 1º), debe entenderse:

“(…) respecto de los recursos ordinarios, al señalar el propio artículo que ello es sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, es decir, cualquier recurso especial, respecto del que no es preceptiva su indicación al notificar el acto (…)” .

D) Requisitos de las notificaciones efectuadas por correo

Cuando la notificación de una resolución se verifique a través del servicio de correos y no conste que la misma haya sido entregada al concreto destinatario de la misma o a alguna de las personas previstas en el art. 59 LRJ-PAC, si en el acuse de recibo aparece únicamente una firma ilegible, sin indicación alguna acerca de la identidad de la persona que efectivamente se hizo cargo de la misma, que no guarda semejanza alguna con la firma del demandante según obra en el expediente administrativo, dicha notificación debe reputarse defectuosa, como señala la **STS de 19 de mayo de 1998**, Ar. 4965, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 4º), incumbiendo a la Administración la prueba de que la notificación se realizó correctamente, pues en otro caso se impondría al particular la prueba imposible de un hecho negativo.

E) Requerimiento previo a la ejecución forzosa dirigido a sujeto distinto al obligado

Con carácter previo a la utilización de cualquier medio de ejecución forzosa, la Administración debe requerir previamente el cumplimiento voluntario de la medida acordada a la persona obligada a ello. Si la Administración dirige dicho requerimiento a otra persona, pero es recibido por el sujeto que está obligado a cumplir la medida, ello no determina la invalidez de la resolución, como señala la **STS de 9 de junio de 1998**, Ar. 4391, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 1º), pues aunque:

“(…) el citado requerimiento fue dirigido a quien en el Ayuntamiento aparecía como propietario del inmueble, tan pronto como el Ayuntamiento tuvo conocimiento de la existencia de otras titularidades les notificó el requerimiento; que aunque el requerimiento iba dirigido a persona distinta los recurrentes lo recibieron, sabían porque ello resultaba inequívocamente del contenido del acuerdo adoptado, que se refería a la vivienda de su propiedad y ni pusieron en conocimiento de la Administración municipal los cambios de titularidad efectuados ni efectuaron obra alguna de conservación, en observancia de un deber que, independientemente de cualquier requerimiento, resulta directamente del art. 181 LS (...)”.

En esta línea, las obras de seguridad y ornato de los inmuebles exigidas por la normativa urbanística se configuran como una obligación *propter rem*, siendo el único sujeto obligado el propietario del inmueble. Por ello, si el sujeto al que se notifica la orden de ejecución comunica al Ayuntamiento la identidad y domicilio del verdadero titular (en el caso se trataba de la esposa legalmente separada), la Administración está obligada a notificar a dicho titular la orden de ejecución, siendo dicho acuerdo válido pero ineficaz respecto del sujeto no propietario, como señala la **STS de 25 de mayo de 1998**, Ar. 3865, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 3º).

F) Exigencia de norma con rango de Ley para la imposición de multas coercitivas

La imposición de multas coercitivas al sujeto obligado que incumple lo acordado en una resolución administrativa requiere, como señala la **STS de 26 de junio de 1998**,

Ar. 4562, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 2°), la existencia de una previa norma de rango legal, no siendo suficiente su previsión en una norma reglamentaria, puesto que con dicha figura “(...) se impone al administrado una obligación nueva y distinta de aquella cuya ejecución se trata y que afecta al patrimonio de los particulares (...)”.

7. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) La nulidad de pleno derecho tiene un carácter excepcional, pero ello no implica que no deba declararse cuando se da con claridad el supuesto legal que la determina

Dado el carácter taxativo de los supuestos de nulidad de pleno derecho (art. 62 LRJ-PAC), la **STS de 5 de marzo de 1998**, Ar. 3014, Sala Tercera, Sección Séptima, sostiene que las declaraciones de nulidad deben administrarse con moderación, pero ello “(...) no implica que no deban pronunciarse, cuando se da con claridad el supuesto legal que las determina (...)” (FJ 3°).

B) El ejercicio desviado de las potestades administrativas debe aparecer objetivado por la prueba

La **STS de 30 de abril de 1998**, Ar. 3655, Sala Tercera, Sección Tercera, establece, en plena consonancia con la doctrina del TS, que:

“(...) constituye desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. La desviación de poder, como vicio invalidante del acto administrativo, supone que la Administración se separa de lo señalado en el ordenamiento jurídico. El ejercicio desviado de las potestades administrativas, debe aparecer objetivado por la prueba (...)” (FJ 5°).

Del mismo tenor son las **SSTS de 30 de marzo de 1998**, Ar. 4258, Sala Tercera, Sección Quinta, y **de 6 de febrero de 1998**, Ar. 1823, Sala Tercera, Sección Cuarta, la cual dispone que la alegación de la desviación de poder supone la asunción de la carga de la prueba, por quien la efectúa, “(...) no siendo suficiente presunciones o suspicaces interpretaciones del acto administrativo o de ocultas intenciones que supuestamente lo determinan” (FJ 6°). En el mismo sentido, la **STS de 10 de marzo de 1998**, Ar. 3016, Sala Tercera, Sección Séptima, precisa aún más y sostiene que:

“(...) tal vicio de legalidad del acto administrativo (...) requiere un ánimo predeterminado de utilización torcida de dichas facultades, que ha de probarse, con todas las modulaciones que sean precisas ante la dificultad de detección de una prueba directa, pero que exige aislar en el acto, por quien pretenda su aplicación, una causa ilícita que encuentre reflejo en una disfunción manifiesta entre el fin objetivo del acto, que derive de su naturaleza y de su integración en el Ordenamiento, y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio (...)” (FJ 6°).

C) La omisión del trámite de audiencia al interesado sólo acarreará la anulación del acto si produce indefensión material en el particular interesado

La STS de 25 de mayo de 1998, Ar. 4486, Sala Tercera, Sección Cuarta, se une a la más reciente doctrina de nuestro Alto Tribunal (STS de 19 de julio de 1989, Ar. 6031), y concibe el trámite de audiencia al interesado como “un instrumento encaminado a hacer posible el correcto ejercicio del derecho de defensa”, midiendo las consecuencias jurídicas de su omisión, “en la idea de la indefensión material”, de manera que, si por la ausencia de dicho trámite el derecho de defensa no se ve impedido o mermado, “(...) no resulta procedente anudar a la ausencia del trámite la ineficacia del acto que se pretende (...)” (FJ 3º). En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 6 de mayo de 1998, Ar. 4158, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 2º), y 12 de marzo de 1998, Ar. 3490, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 3º). Esta tesis jurisprudencial se opone a otra –que hoy puede considerarse minoritaria–, según la cual el trámite de audiencia al interesado es “un trámite esencialísimo y fundamental por ser mencionado en el art. 105 CE, cuya ausencia produce la nulidad de pleno derecho (STS de 28 de diciembre de 1993, Ar. 624).

8. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) No es necesaria la declaración previa de lesividad cuando el Estado impugne actos de una Corporación local

La STS de 6 de febrero de 1998, Ar. 2103, Sala Tercera, Sección Séptima, sostiene, en consonancia con una corriente jurisprudencial cada vez más asentada, que la declaración de lesividad sólo es necesaria cuando la “propia Administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa su anulación”, por lo que afirma que no es necesaria la declaración previa de lesividad cuando el Estado impugne un acto de una Corporación local, puesto que “la Administración del Estado no es autora de los actos que impugnó” (FJ 4º).

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

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

A) Normativa aplicable a los administrativos. B) Un negocio jurídico privado no puede servir de fundamento a un acto administrativo de reintegro de cantidad. **3. Actos**

preparatorios y requisitos de los contratos. A) Capacidad del contratista. B) Precio.

4. Procedimiento de contratación y formas de adjudicación. A) Informes previos.

B) Concurso. **5. Régimen jurídico de los contratos administrativos.** A) Prerrogativas de la Administración. a) Facultad de modificación. B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero. a) Indemnización por ejercicio de la facultad de modificación. b) Indemnizaciones de daños y perjuicios a terceros por cuenta de la Administración. c) Revisión de precios.

C) Ejecución de los contratos. a) Indemnización por demora. b) Intereses por demora en el pago de las certificaciones. D) Extinción de los contratos administrativos. a) Invalidez de los contratos. b) Resolución de los contratos. a') Por incumplimiento del contratista.

b') Por revocación: modificación, suspensión o supresión del objeto del contrato por la Administración. c') Por mutuo acuerdo. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obras. B) Contrato de gestión de servicios públicos. C) Contrato de consultoría y asistencia técnica.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia reseñada se refiere al período comprendido entre febrero y mayo de 1998. No ofrece novedades relevantes, si bien cabe destacar la reiteración de los litigios en los que se ventila el pago de cantidades, bien para mantener el equilibrio financiero bien por demora en el pago por parte de la Administración. Se mencionan también dos sentencias muy importantes sobre la potestad tarifaria en los servicios públicos, pero no se detalla su doctrina, por considerar que tiene mejor encaje en el epígrafe del “Derecho Administrativo-Económico”. En los demás casos, se trata, en general, de cuestiones concretas sobre las que el Alto Tribunal introduce matices interesantes.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Normativa aplicable a los administrativos

- Prevalencia de lo estipulado en el pliego particular sobre la normativa legal

La STS de 30 de mayo de 1998, Ar. 4271, Sala Tercera, Sección Quinta, afirma rotundamente que:

“los pliegos de condiciones generales y particulares del contrato constituyen de modo esencial el régimen obligacional del contrato con prevalencia sobre las normas legales generales de la contratación administrativa” (FJ 2º).

En el supuesto concreto, esta doctrina lleva a aplicar con preferencia lo estipulado en el pliego sobre el plazo para el abono de intereses de demora. En el mismo sentido, la STS de 18 de mayo de 1998, Ar. 3584, en materia de revisión de precios. Sin embargo, la STS de 19 de febrero de 1998, Ar. 1227, de la misma Sección, mantiene un criterio opuesto, dando prevalencia a la regulación legal.

B) Un negocio jurídico privado no puede servir de fundamento a un acto administrativo de reintegro de cantidad

- La gestión de negocios ajenos al amparo del Código Civil o el enriquecimiento sin causa no pueden servir de fundamento a acuerdos administrativos de reintegro de cantidades

Así lo declara la STS de 9 de febrero de 1998, Ar. 4306, Sala Tercera, Sección Cuarta, anulando los acuerdos municipales por los que se exigía a una serie de propietarios el reintegro del importe de las obras costeadas por el Ayuntamiento para sujetar un talud en el que se habían producido desprendimientos. La sentencia rechaza la causa de inadmisibilidad consistente en la incompetencia de la jurisdicción contenciosa, porque lo que se impugnan son actos administrativos, pero, entrando en el fondo, sostiene que no hay título administrativo para exigir el reintegro. Se debe mencionar que se había excluido expresamente la vía de la imposición de contribuciones especiales.

3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad del contratista

- Anulación de concurso por incumplir el adjudicatario los requisitos exigibles, sin que baste que los cumpliera alguno de los socios. Improcedencia de aplicar la doctrina del “levantamiento del velo”

En el supuesto de la STS de 23 de febrero de 1988, Ar. 1533, Sala Tercera, Sección Quinta, la empresa adjudicataria (que había sido constituida dos meses antes) no cumplía el requisito de haber realizado obras por encima de cierta cuantía durante los tres

V. Actos, Procedimiento y Contratos

años anteriores, aunque sí lo cumplía una de las sociedades integradas en aquélla. El Tribunal de instancia anuló la adjudicación y su fallo es confirmado por el TS, porque:

“no pueden confundirse las cualidades de los socios de la Sociedad Anónima, con ésta, ya que lo determinante en las situaciones del tipo de las contempladas en este litigio, es que las cualidades tenidas en cuenta, como esenciales, para participar y obtener los beneficios de un concurso han de concurrir en quien resulte adjudicatario”,

sin que la doctrina del velo de la personalidad jurídica tenga nada que ver al respecto (FJ 2°).

B) Precio

– Improcedencia de descontar el importe del impuesto en operaciones exentas del mismo

Las SSTs de 27 de enero, 12 y 17 de febrero de 1998, Ar.336,1206 y 1221, todas de la Sala Tercera, Sección Quinta, reiteran la doctrina de que, cuando se trate de operaciones exentas de un determinado impuesto, el importe de éste no puede descontarse del precio del contrato, sino que, como dice la última de las sentencias citadas:

“se entenderá por precio cierto el importe global contratado, que no es lo mismo que el precio global contractual (...) y que viene constituido por el precio cierto de contrata, más el IVA”(FJ 3° de la apelada y 1° del TS).

4. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Informes previos

– Validez de informe verbal del Secretario de la Corporación en expediente de ejecución de obras por administración por razones de urgencia

En el supuesto de la STS de 25 de febrero de 1998, Ar. 2475, Sala Tercera, Sección Quinta (impugnación por un Concejal del acuerdo plenario por el que se declaran urgentes las obras de iluminación del campo de fútbol y se decide su ejecución por administración), la Sala admite la existencia de informe previo del Secretario-Interventor (“escueto y oral, pero cierto y efectivo”), con lo que decae el motivo principal del recurso.

B) Concurso

– Adjudicación a oferta irregular: retroacción de actuaciones sin que proceda la adjudicación por el propio Tribunal

La STS de 30 de marzo de 1998, Ar. 2479, Sala Tercera, Sección Quinta, constata que la adjudicación se ha hecho a “una proposición equívoca, no ajustada a las bases y no formulada en forma idónea” (FJ 3°), lo que determina su anulación. Sin embargo, rechaza la

pretensión de la recurrente de que se le adjudique a ella el contrato, “debiendo efectuar la Administración una nueva adjudicación en favor de aquél de los licitadores admitidos para los locales en litigio cuya proposición económica resulte más ventajosa” (FJ 9º).

– Anulación de concurso por incumplir el adjudicatario los requisitos exigibles [Véase 3.A). “Capacidad del contratista”]

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) Prerrogativas de la Administración

a) Facultad de modificación

La STS de 7 de julio de 1998, Ar. 5744, profundiza en la distinción entre modificación del contrato (art. 48 de la Ley de Contratos, de 8 de abril de 1965) y un nuevo proyecto de obras complementarias. Para trazar la diferencia:

“(…) hay que atender a la posible utilización separada de las nuevas obras, a su necesidad en relación con el proyecto inicial y a las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente, así como a la interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto (…)” (FJ 4º).

B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero

a) Indemnización por ejercicio de la facultad de modificación

El contratista tiene derecho a ser indemnizado a fin de mantener el equilibrio financiero del contrato cuando la Administración altere los términos de la relación contractual. A esta conocida conclusión se llega en la STS de 11 de febrero de 1998, Ar. 1204.

b) Indemnizaciones de daños y perjuicios a terceros por cuenta de la Administración

En la STS de 7 de marzo de 1998, Ar. 3581, el Tribunal ordena a la Administración contratante que cumpla con lo dispuesto por el párrafo tercero del art. 134 del Reglamento General de Contratación y se pronuncie acerca de lo pedido expresamente por un tercero que sufrió el perjuicio como consecuencia de los vertidos efectuados en la finca de su propiedad durante las obras de construcción de la Autovía. La Administración había resuelto afirmando únicamente que no existía responsabilidad para ella y que ésta era del contratista, sin fijar ni la cuantía de la reclamación ni la persona responsable.

c) Revisión de precios

–El derecho indemnizatorio en función del *factum principis*, *ius variandi* y “riesgo imprevisible”, presupone supuestos en los que como consecuencia de las circunstancias citadas el

cumplimiento del contrato, considerado como un todo, deviene gravemente dificultoso para una de las partes.

Esta doctrina se mantiene en la **STS de 6 de julio de 1998**, Ar. 5740, en la que se conoce de una reclamación de indemnización ante la Administración basada en el aumento del coste económico de un contrato de obra producido por el incremento de precios de una de las materias primas necesarias para la ejecución de dicho contrato. El Tribunal Supremo declara que no hay lugar a la revisión contractual por dos motivos: en primer lugar, porque, a diferencia del supuesto resuelto en la **STS de 19 de enero de 1998**, Ar. 322 – sentencia reseñada en *Justicia Administrativa* nº 1, pág. 102 –, el contrato ahora enjuiciado tiene ya prevista una fórmula de revisión de precios; y en segundo lugar, afirma el Tribunal, que el incremento del precio de la materia prima en cuestión es de escasa importancia cuantitativa en el contrato examinado, de modo que de él no se deriva una dificultad grave para el contratista.

– El principio al que responde la técnica de la revisión de precios es el de cubrir, *pro futuro*, el riesgo que en el sinalagma contractual tienen las alteraciones en los precios.

En estos términos se expresa la **STS de 12 de febrero de 1998**, Ar. 1908, en la que también se matiza que esto no significa que el contratista goce de una garantía que, como un seguro gratuito, le proteja de todos los riesgos, sino que se trata de una asunción normal de riesgos, que tal como afirma la sentencia mencionada, serán corregibles por la revisión de precios cuando los aumentos superan una cuantía crítica de desequilibrio.

– La pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios causados por el retraso-suspensión en el inicio de las obras imputable a la Administración, no puede ser articulada por la vía de la revisión de precios.

Esta doctrina se mantiene en la **STS de 18 de mayo de 1998**, Ar. 3854, en la que se aclara al respecto lo siguiente :

“Si bien es indudable que la pretensión de revisión de precios y la de indemnización de daños y perjuicios son coincidentes en su finalidad esencial de respeto y observancia del principio de equilibrio económico-financiero a mantener en toda ejecución contractual, no es menos evidente que ambas modalidades de pretensión, obedecen a causas distintas y no pueden confundirse ni sustituirse una por otra.”

– Significado del concepto jurídico indeterminado de “equilibrio económico y financiero”.

En otro caso de revisión de precios, del que conoce la **STS de 21 de febrero de 1998**, Ar. 1401, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el término “equilibrio económico y financiero”, al que califica como de concepto jurídico indeterminado y cuyo significado único y real considera que puede ser atribuido por los tribunales de lo contencioso-administrativo. A juicio del Tribunal este significado consiste en:

“una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, ventajas y obligaciones que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles, pues en todo contrato de concesión está implicada como un cálculo la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, que es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”.

C) Ejecución de los contratos

a) Indemnización por demora

– La obligación de indemnizar en caso de mora de la Administración alcanza a la totalidad de los daños y perjuicios que el retraso haya causado en el contratista.

Esta obligación se deriva de los arts. 1101 y concordantes del Código Civil, aplicables al ámbito de la contratación administrativa, como recuerda, citando numerosa jurisprudencia, la **STS de 2 de marzo de 1998**, Ar. 1881, en la que además se reconoce que aún en ausencia de una previsión normativa o contractual específica, la Administración debe resarcir al contratista los gastos ocasionados por el mantenimiento del aval prestado para garantizar la correcta ejecución del contrato durante un período de tiempo superior al legalmente exigible, cuando la tardanza en la devolución de esta garantía resulta imputable a la Administración por su demora en la recepción definitiva de las obras y, consecuentemente, en la liquidación definitiva del contrato.

b) Intereses por demora en el pago de las certificaciones

El derecho al abono de intereses se atribuye *ex lege*, sin que sea necesaria la intimación, que sólo es un requisito formal. Basta con que exista cantidad líquida exigible. El *dies a quo* es el de la fecha de expedición de la certificación.

El Tribunal Supremo se ha ocupado con profusión de la obligación que tiene la Administración de abonar intereses por demora en el pago de las certificaciones, así como de la determinación del “*dies a quo*” en el marco de la anterior LCE así como del RCCL. Su doctrina, que se apoya casi siempre en sentencias anteriores, puede sintetizarse en los siguientes puntos:

– “el derecho al devengo de los intereses lo adquiere el contratista *ope legis* y los efectos de la intimación a la Administración se limitan al cumplimiento de un requisito formal que no condiciona la constitución en mora” (**STS de 10 de marzo de 1998**, Ar.2233, Sala Tercera, Sección Quinta, que se remite a otras). En el mismo sentido, **SSTS de 23 de marzo y 30 de mayo de 1998**, Ar. 2240 y 4271, de la misma Sala y Sección. La de 23 de marzo precisa que “ha de partirse siempre de la existencia de una cantidad exigible, es decir, líquida y determinada, lo que no ocurre cuando no ha resultado precisado lo que se debe y su importe ha de determinarse previamente en el proceso por existir discrepancias entre las partes.”

V. Actos, Procedimiento y Contratos

– El *dies a quo* es el de la fecha de expedición de la certificación y no el de la aprobación administrativa de la misma, porque “la fijación de la fecha para el cumplimiento de una obligación no puede dejarse al arbitrio de una de las partes” (**STS de 18 de abril de 1998**, Ar. 3094, Sala Tercera, Sección Quinta, que se remite también a otras anteriores). En el mismo sentido, **SSTS de 17 y 19 de febrero de 1998**, Ar. 1220 y 1227, de la misma Sala y Sección.

– En cuanto al tipo de interés, la **STS de 28 de abril de 1998**, Ar. 3366, de la repetida Sección, reiterando doctrina anterior e invocando la STC de de 31 de enero de 1986, declara que “debe ser el mismo para todas las administraciones públicas y debe tener el mismo tratamiento en todo el territorio nacional” y reseña la evolución legislativa en la materia, conforme a la cual, a partir del 1 de enero de 1985 hay que estar al tipo establecido para cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

– Por último, se constata cierta disparidad de criterio en cuanto al plazo en que debe abonarse la certificación y, por consiguiente, la fecha en que comienza el devengo de los intereses. La tesis dominante es que prevalece la regulación legal frente a lo estipulado en el pliego particular (**SSTS de 19 de febrero y 27 de abril de 1998**, Ar. 1227 y 3360), pero otras veces se da prevalencia a lo previsto en el pliego (**STS de 30 de mayo de 1998**, Ar. 4271). La citada **STS de 27 de abril** aborda la cuestión de la diferencia de plazo para pagar, en el ámbito local, según que se haga con cargo al presupuestado ordinario o extraordinario. Pero, suprimidos estos últimos, sólo procede aplicar el plazo previsto en el primer caso.

D) Extinción de los contratos administrativos

a) Invalidez de los contratos

– Supuesto de nulidad de los actos que sirven de soporte al contrato o la propia adjudicación.

El incumplimiento de la obligación impuesta en el art. 81 del Reglamento de Contratación de efectuar el replanteo de la obra antes del inicio del expediente de contratación no puede elevarse a la categoría de vicio sustancial, determinante de la nulidad radical del contrato celebrado, si después se levanta el acta de replanteo, tal y como sucede en el caso del que conoce la **STS de 27 de abril de 1998**, Ar. 3364.

b) Resolución de los contratos

a') Por incumplimiento del contratista

– Las consecuencias del incumplimiento del contrato deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene afirmando, como se reitera en la **STS de 19 de mayo de 1998**, Ar. 3856, que las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rigen específicamente en materia contractual (art. 1258 del Código Civil). Siguiendo esta doctrina, en la citada sentencia del Tribunal Supremo, si bien se reconoce la existencia de incumplimiento por parte del contratista, se enerva al mismo tiempo el rigor de las consecuencias desfavorables que de dicha circunstancia se derivan para el mismo –en concreto, no se establece la pérdida de fianza, ni la indemnización de daños y perjuicios a la Administración–, toda vez que concurrió una actuación administrativa inadecuada en la parte preparatoria del contrato, al dejarse indeterminadas o sin prever ciertas exigencias importantes para la ulterior ejecución del contrato.

No obstante, no parece haber seguido esta doctrina la **STS de 23 de marzo de 1998**, Ar. 2239, en la que se conoce de un supuesto de resolución de un contrato de obras por incumplimiento del plazo de iniciación de las obras imputable al contratista, toda vez que, a pesar de que la Administración hubiera previamente omitido el cumplimiento de ciertos deberes contractuales (falta de otorgamiento de las preceptivas licencias y falta de competencia del órgano que autorizó el proyecto reformado), el Tribunal estimó que este dato carecía de relevancia para la realización de las obras fuera de plazo, puesto que el contratista aceptó comenzar la obra en el momento indicado por la Administración sin manifestar ninguna objeción al respecto.

De un claro supuesto de incumplimiento contractual por parte del contratista conoce la **STS de 2 de abril de 1998**, Ar. 2791, en la que la obra se retrasa en su inicio y la ejecución se produce defectuosamente.

Por el contrario, en la **STS de 24 de febrero de 1998**, Ar. 1534, referida a un contrato de gestión del servicio público de recogida de basuras celebrado por la Administración local, no se acredita el incumplimiento contractual del contratista y tampoco la Administración realiza la denuncia del contrato dentro del plazo estipulado en el Pliego de condiciones contractuales, sino que la ejercita extemporáneamente, cuando el derecho de prórroga del contrato ya se había incorporado al patrimonio del particular. Todo ello conduce a que el Tribunal reconozca una indemnización al contratista, que alcanzará incluso los perjuicios que se deriven de la pérdida del beneficio industrial conforme al art. 53.3 de la Ley de Contratos del Estado.

En relación con el contrato de suministro no procede, conforme a la **STS de 18 de febrero de 1998**, Ar. 1225, la resolución de un contrato cuando es posible efectuar la reparación del bien suministrado en aplicación del art. 95 de la Ley de Contratos del Estado aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

b') Por revocación: modificación, suspensión o supresión del objeto del contrato por la Administración

En la **STS de 13 de mayo de 1998**, Ar. 4315, se declara nulo el acto administrativo por el que se acuerda el desistimiento unilateral de la Administración, toda vez que el Tribunal entiende que la Administración pretende exonerarse de las obligaciones en él asumidas, y al mismo tiempo conservar los derechos obtenidos, imponiendo a la otra parte mantener el cumplimiento de sus obligaciones.

c') Por mutuo acuerdo

No hay resolución por mutuo acuerdo en el supuesto que enjuicia la **STS de 2 de abril de 1998**, Ar. 2789, puesto que aunque la Administración llegó a “expresar su conformidad para que se inicien los trámites para la resolución de los contratos por mutuo acuerdo de la Administración y el contratista”, este trámite preliminar no vinculó a la Administración, que debería en ese caso haberlos concluido, aprobándolos definitivamente.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obras

– Inembargabilidad de las certificaciones, pero si un Juez ordena su embargo la Administración está obligada a obedecer.

La **STS de 17 de junio de 1998**, Ar. 4556, Sala Tercera, Sección Quinta, reitera el principio de inembargabilidad de dichas certificaciones, conforme al art. 47.3 LCE de 1965 (la LCAP, en cambio, no lo recoge), pero afirma que si, a pesar de ello, un Juez decreta el embargo, “ello no quiere decir que la Administración pueda entrar a juzgar sobre si el embargo es o no ajustado a Derecho”, sin perjuicio de que los interesados puedan interponer ante aquél “la correspondiente tercería de mejor derecho” (FJ 6º). La sentencia recuerda a este respecto que la STC 169/1993, de 27 de mayo, desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente al citado precepto legal.

– El Plan de Seguridad en Higiene forma parte del proyecto de ejecución de la obra pero se debe abonar mediante certificaciones complementarias, de forma “paralela pero independiente de la del proyecto general de la obra”.

Así lo declara la **STS de 15 de junio de 1998**, Ar. 4553, si bien es cierto que a la vista de las circunstancias del caso, sin pretensión de sentar doctrina general.

– Modificación de obras de mutuo acuerdo sin formalidad alguna. Nulidad del contrato pero aplicación de los principios generales del derecho sobre enriquecimiento injusto.

La STS de 8 de abril de 1998, Ar. 3090, declara la nulidad del contrato por haberse alterado sustancialmente su objeto sin observar formalidad alguna. Sin embargo, apoyándose en la doctrina de otras sentencias y teniendo en cuenta que ha habido prestaciones por ambas partes, afirma que:

“pueden y deben entrar en juego los principios generales del Ordenamiento Jurídico para evitar el posible enriquecimiento injusto con el correlativo empobrecimiento de alguna de las partes contratantes y se debe admitir la existencia de una acción *in rem verso* del ejecutor de las obras frente al *dominus* que las recibió, tendente a cubrir el hueco dejado por el acto nulo” (FJ 4º).

– Recepción provisional producida desde el momento en que se procedió a la inauguración del edificio, aunque no se extendiera la correspondiente acta.

La STS de 30 de marzo de 1998, Ar. 3356, reitera la doctrina establecida en sentencias anteriores, que cita, sobre la recepción tácita, mediante hechos concluyentes como el señalado, con los que:

“sin mediar una resolución expresa de la propia actividad administrativa resulta una voluntad creadora de una situación jurídica concreta” (FJ 3º).

B) Contrato de gestión de servicios públicos

– Delimitación de la competencia municipal para la fijación de tarifas del servicio de transportes urbanos y la autonómica sobre política de precios.

Las SSTS de 6 de febrero y 4 de marzo de 1998, Ar. 1670 y 1933 contienen una importante doctrina general sobre la cuestión, declarando, en síntesis, que la fijación de las tarifas corresponde a la Corporación concedente del servicio y, si bien debe respetar los criterios de política de precios establecidos por la Comunidad Autónoma, es inadmisibles que ésta última fije directamente las tarifas.

C) Contrato de consultoría y asistencia técnica

– Discrecionalidad técnica en la elección por la Administración de la titulación más apta para ejercer las funciones de “Delegado del consultor”.

Tal es la doctrina de la STS de 7 de febrero de 1998, Ar. 1581, Sala Tercera, Sección Segunda, en la que se precisa el concepto de “delegado del consultor” (FFJJ 3º y 4º).

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH
JULIA ORTEGA BERNARDO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1.Consideración preliminar. 2.Administración local. A)Contenido de la autonomía local. a)Autonomía local. No resulta vulnerada por el Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña, siempre que no tenga un carácter integrador de toda forma de cooperación económica en obras y servicios de los municipios. b)Legitimación de las entidades locales menores para impugnar disposiciones generales por vulnerar su autonomía. B)Áreas metropolitanas. No es legalmente exigible crear una sola entidad metropolitana para la misma área. C) Organización municipal. a)Convocatoria urgente del Pleno. Vinculación de los Reglamentos Orgánicos municipales por la legislación básica del Estado. b)Uso de grabadora en sesiones plenarias. Forma parte de la potestad de policía interna de la autoridad municipal. D)Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. Derecho de información de los miembros de la Corporación. E)Impugnación de acuerdos de las Entidades locales. a)El requerimiento previo a la Administración local no es preceptivo para la impugnación de acuerdos que vulneran el ordenamiento jurídico. b)El plazo previsto para el ejercicio de la acción pública en materia urbanística no constituye una excepción al ámbito de aplicación de los plazos de impugnación previstos en el artículo 65 de la LBRL. F)Relaciones de cooperación. En especial, los límites de los Planes Provinciales de Obras y Servicios. **3.Universidades.** A)Autonomía universitaria. No resulta vulnerada por las potestades de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas para autorizar la transmisión, adscripción o cesión de centros a Universidades públicas. **4.Colegios profesionales y titulaciones.** A)Homologación de título de odontólogo. Requisitos. B)Colegiación. No puede denegarse a quien tiene título convalidado.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo durante el período de abril a junio de 1998 y por el Tribunal Constitucional de junio a octubre de 1998, hemos seleccionado algunas relativas a la Administración Local, a las Universidades y al régimen de colegiación y homologación de títulos. Aunque, con carácter general, no contienen doctrina muy novedosa, en algunos casos sí introducen algunos matices interpretativos interesantes.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Contenido de la autonomía local

a) Autonomía local. No resulta vulnerada por el Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña, siempre que no tenga un carácter integrador de toda forma de cooperación económica en obras y servicios de los municipios

La **STC 109/1998, de 19 de junio**, resuelve seis cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra determinados preceptos de la Ley 5/1987, de 4 de abril, del Régimen Provisional de las Competencias de las Diputaciones Provinciales de Cataluña y de la Ley 23/1987, de 23 de diciembre, por la que se establecen los criterios de financiación del Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña. Estas disposiciones habrían ignorado las normas básicas definitorias de las competencias mínimas de la Diputación [art. 36.1.a) y b) LBRL] y la que contempla el Plan Provincial como la principal actividad instrumental incardinada a su ejercicio [art.36.2.a)]. En efecto, el Tribunal debe decidir si las disposiciones impugnadas al imponer a las Diputaciones que encaucen sus recursos destinados a obras y servicios municipales a través del Plan Único privan a las Diputaciones catalanas de una atribución mínima de carácter básico, ya que parten del presupuesto de que el Plan Único —cuya confección y aprobación corresponde a la Generalidad— viene a sustituir a los planes provinciales. Además, también se plantea el que la normativa cuestionada lesione la autonomía provincial, concretamente, la autonomía presupuestaria, puesto que las Diputaciones resultan obligadas a canalizar todas las cantidades que destinen a financiar inversiones en obras y servicios municipales a través del Plan Único.

El Tribunal Constitucional reitera la doctrina sobre la garantía institucional de la autonomía provincial emanada en las SSTC 4/1981, 32/1981, 27/1987, precisando que el núcleo de la misma es el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial. En palabras del propio Tribunal:

“es esta actuación cooperadora, pues, la que cabe identificar como el núcleo de la autonomía provincial, de tal manera que la ablación o menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible han de reputarse lesivos de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada” (FJ 2º).

VI. Organización Administrativa

En la Sentencia se afirma que la sustitución de los planes provinciales del art.36.2.a) LBRL por el Plan Único en las normas cuestionadas no hace sino respetar una peculiaridad catalana (FJ 6º). Como conclusión el Tribunal señala que:

“dado que se satisface la inexcusable participación de las Diputaciones en la elaboración del Plan Único, así como que se produce una adecuada correlación entre las aportaciones a dicho Plan y los municipios de su ámbito territorial en que aquéllas repercuten y, en fin, que permanece subsistente la posibilidad de que las Diputaciones catalanas desempeñen su competencia de cooperación económica a los municipios mediante cualquier otra fórmula (art.89 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña), no necesariamente encauzada a través de las obligatorias aportaciones al Plan Único, ha de concluirse que los preceptos enjuiciados no vulneran la autonomía provincial” (FJ 7º).

En cuanto a la posible vulneración de la autonomía presupuestaria de las Diputaciones provinciales, el Tribunal reitera el respeto debido al núcleo esencial de esta institución. No obstante:

“la autonomía financiera, en la vertiente del gasto, de la que gozan los entes locales, esto es, la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo su propia responsabilidad, los gastos necesarios para el desempeño de sus competencias, puede ser restringida por el Estado y las Comunidades Autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad, tal como sucede en este caso en virtud de las facultades coordinadoras que ostenta la Generalidad de Cataluña con la cobertura del Plan Único de Obras y Servicios” (FJ 10º).

Entendida así la autonomía financiera resulta lesionada por el art.2.3 de la Ley 23/1987, que el Tribunal declara inconstitucional por dotar al Plan Único de un carácter exhaustivo, integrador de toda forma de cooperación económica en obras y servicios de los municipios.

b) Legitimación de las entidades locales menores para impugnar disposiciones generales que vulneren su autonomía

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 14 de mayo de 1998, desestima el recurso interpuesto por la Junta Vecinal de Viérnoles contra el Decreto 50/1991, de 29 de abril, de la Diputación Regional de Cantabria, sobre evaluación de impacto ambiental. El Tribunal señala que la concreción que hace el art.25 de la LBRL respecto de intereses referidos al ámbito de las competencias locales para fijar el ámbito de actuación de los municipios, establece un principio totalmente aplicable a las entidades menores como la Junta Vecinal apelante. Este principio posibilita el ejercicio de acciones en orden a la impugnación de disposiciones y actos de la Administración del Estado y de la Administración autonómica (art.63.2 LBRL). No obstante, en el supuesto enjuiciado la Junta Vecinal no está legitimada para impugnar un Decreto Regional de Cantabria sobre evaluación de impacto ambiental que no afecta al ámbito competencial de la Junta delimitado legalmente.

B) Áreas metropolitanas. No es legalmente exigible crear una sola entidad metropolitana para la misma área

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 29 de mayo de 1998, resuelve un recurso de apelación en el que se impugna la Sentencia dictada el 6 de junio de 1990 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña formulado por la Entidad Metropolitana de Transporte de Barcelona, la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos de Barcelona, la Comarca del Barcelonés y la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona contra el Decreto 135/1987, de 24 de abril, reformado en parte por el Decreto 149/1987, de 11 de mayo, de la Generalidad de Cataluña, por los que se desarrolló la Comisión Mixta y el régimen transitorio previstos en la Ley 7/1987, de 4 de abril, que establecen y regulan actuaciones públicas especiales en la conurbación de Barcelona y en las comarcas comprendidas dentro de su zona de influencia directa. Además, los recurrentes alegaron el posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de la Ley 7/1989, de 4 de abril, del Parlamento catalán al crear dos Entidades Metropolitanas para gestionar los servicios de transporte, los hidráulicos y de tratamiento de residuos en contra de la tipología de los entes locales que establece la LBRL y el Estatuto de Autonomía de Cataluña y, en definitiva, por constituir una agrupación forzosa de municipios no prevista en la legislación de régimen local.

El Tribunal rechaza el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad señalando que la postura de la parte es contradictoria porque ésta entiende que no se trataría de una agrupación forzosa de municipios si se hubiese creado una sola Entidad metropolitana en vez de las dos creadas. En palabras del ponente (Don E. Escusol Barra):

“Del art.43.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, que es el precepto más explícito en esta materia, no se deduce para nada que se haya de crear un solo ente local metropolitano para gestionar conjuntamente los servicios de transporte público de viajeros y los servicios de tratamiento y evacuación de aguas residuales y de residuos. Tampoco lleva a la unicidad el artículo 5.2 del Estatuto de Autonomía de Catalunya, que establece la posibilidad de crear además de demarcaciones supramunicipales organizaciones basadas en hechos urbanísticos y metropolitanos y otros de carácter funcional y fines específicos” (FJ 11º).

Además, se plantea por los recurrentes la ilegalidad de la composición de la Comisión mixta que debe determinar las asignaciones de la Generalidad y los municipios a las nuevas entidades. Concretamente, se impugnan los preceptos que prevén el sistema de designación de los representantes de los municipios en la citada Comisión, ya que en ellos se establece que los cinco representantes sean designados por “las organizaciones asociativas municipales en función de su representatividad en el correspondiente ámbito territorial”, lo que, a juicio de los recurrentes, vulnera el derecho de participación (art.23 CE) y el principio de autonomía municipal. Argumento que es rechazado por el Tribunal que reconoce al legislador autonómico plena disponibilidad para adoptar el sistema de representación de los municipios en la Comisión mixta sin que ello vulnere la autonomía municipal.

VI. Organización Administrativa

C) Organización municipal

a) Convocatoria urgente del Pleno. Vinculación de los Reglamentos Orgánicos municipales a la legislación básica del Estado

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 20 de mayo de 1998, resuelve un recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Benissa contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia que, a instancia de la Generalidad Valenciana, declara nulos los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento el 14 de noviembre de 1988. La Sala 3ª del Tribunal Supremo desestima el recurso confirmando la nulidad de los acuerdos por haber sido adoptados en una sesión del Pleno con convocatoria defectuosa, ya que no se respetaron las prescripciones legales que señalan que la convocatoria con carácter urgente debe convocarse con ese carácter, lo cual debe ser ratificado por el Pleno [art. 79 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales y art.46.2.b) LBRL]. El Ayuntamiento alega la legalidad de la sesión con cita en preceptos del Reglamento Orgánico Municipal que hace prevalecer sobre el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Sin embargo, el Tribunal, que parte del reconocimiento de que la cuestión de prevalencia de los Reglamentos Orgánicos Municipales sobre el citado reglamento estatal dista mucho de ser pacífica, afirma que “de lo que no existe duda es de que dichos Reglamentos se encuentran subordinados a las normas básicas de la legislación estatal sobre la materia, entre las que figura el art. 46.2.b) de la Ley de 2 de abril de 1985”.

b) Uso de grabadora en sesiones plenarias. Forma parte de la potestad de policía interna de la autoridad municipal

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 18 de junio de 1998, reitera la STS de 18 de diciembre de 1990, al señalar que el permitir o no el uso de grabadoras en las sesiones del pleno forma parte de la potestad de policía interna de las autoridades municipales.

D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. Derecho de información de los miembros de la Corporación

La STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 6 de mayo de 1998, declara que la asistencia de los miembros de las Corporaciones a las sesiones no sustituye el derecho de información que les reconoce el art.77 LBRL en el sentido de obtener cuantos antecedentes, datos o informaciones que obren en poder de los servicios de la Corporación y que resulten precisos para el desarrollo de su función.

E) Impugnación de acuerdos de las Entidades locales**a) El requerimiento previo a la Administración local no es preceptivo para la impugnación de acuerdos que vulneran el ordenamiento jurídico**

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 3 de abril de 1998, Ar.3372, confirma la interpretación de la sentencia de primera instancia, según la cual el requerimiento previo a la Administración local para impugnar un acuerdo que vulnera el ordenamiento jurídico, al que hace referencia el artículo 65 de la LBRL, tiene un carácter puramente facultativo. La recurrente había alegado que debía entenderse que ese requerimiento tiene carácter preceptivo, porque de lo contrario no existiría ninguna diferencia entre el procedimiento previsto en el art.65 LBRL para la impugnación de acuerdos que vulneran el ordenamiento jurídico y el procedimiento establecido en el art.66 LBRL para la impugnación de acuerdos locales que incurren en interferencia o exceso de competencia. El TS rechaza esta argumentación y afirma que el carácter potestativo del requerimiento resulta claramente del apartado 3 del artículo 65 que “contempla expresamente las dos posibilidades de impugnación del acto o acuerdo de la entidad local: directa, computándose el plazo de la interposición del recurso desde la recepción de la comunicación previa; o previo requerimiento, computándose entonces desde el transcurso del plazo señalado en el propio requerimiento dirigido a la Entidad local”. Es más, según la Sala, también en los supuestos de extralimitación competencial puede realizarse, con carácter potestativo, el requerimiento previo, pero, a pesar de ello, las diferencias entre el régimen impugnatorio de uno u otro supuesto subsisten, porque los plazos son distintos según sea el motivo o la naturaleza de la infracción y según se haya realizado o no previo requerimiento.

b) El plazo previsto para el ejercicio de la acción pública en materia urbanística no constituye una excepción al ámbito de aplicación de los plazos de impugnación previstos en el art. 65 de la LBRL

La STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 5 de mayo de 1998, Ar.3835, estima el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que admitió el recurso interpuesto por la Generalidad Valenciana contra dos acuerdos municipales de otorgamiento de licencia de obras que consideraba contrarios al ordenamiento jurídico. El recurso se había interpuesto fuera del plazo previsto en el art. 65 LBRL, pero la Generalidad alegó que el plazo para impugnar una licencia urbanística no es el previsto en el art. 65 LBRL, sino el establecido en el art.235 TRLS, que debe reputarse plenamente aplicable a la Administración autonómica, pues de lo contrario ésta tendría menos posibilidades de reacción frente a las ilegalidades urbanísticas que los particulares legitimados para el ejercicio de la acción pública. La Sala de primera instancia así lo entendió y admitió y resolvió el recurso anulando los acuerdos de otorgamiento de licencia. El Tribunal Supremo revoca la sentencia afirmando que no cabe entender que los plazos de impugnación establecidos en el art.65 LBRL queden sin efectos en materia urbanística. La interpretación de que el plazo previsto para la acción pública en materia urbanística constituye una excepción a la aplicación del art.65 de la LBRL carece, según la Sala, de justificación:

VI. Organización Administrativa

“porque los amplios plazos que para el ejercicio de este tipo de acciones concede en el artículo 235 TRLS tienen como presupuesto el que se trata de una acción pública, ejercitable por quien no tiene por qué haber sido parte en el expediente administrativo ni, en consecuencia, haber recibido notificación alguna de la licencia otorgada. Pero ello no sucede con las Comunidades Autónomas, a las que, conforme al artículo 56 LBRL, han de remitir los Ayuntamientos de su territorio copia o extracto comprensivo de las resoluciones”. Es más, “el artículo 196 ROF, al diferir la entrada en vigor de los planes urbanísticos al transcurso del plazo de quince días que el artículo 65.2 LBRL concede a la Comunidad Autónoma para que formule requerimiento si considerase que aquéllos infringen el ordenamiento jurídico, acredita sin duda alguna que también en materia urbanística se aplican los plazos de impugnación que dicho precepto establece”.

F) Relaciones de cooperación. En especial, los límites de los Planes Provinciales de Obras y Servicios

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 3 de abril de 1998, Ar.3372, reitera la doctrina de que las manifestaciones de los principios de cooperación y colaboración entre las distintas Administraciones Públicas no pueden traducirse en una vulneración de la autonomía local ni del ámbito competencial propio de las entidades locales. Este límite es aplicable a todos los instrumentos de cooperación económica, técnica y administrativa, entre los que destacan los Planes Provinciales de Cooperación de Obras y Servicios. Y en relación con estos planes, la sentencia recuerda la doctrina establecida en las sentencias de 23 de julio de 1989, Ar.4881, 1 de septiembre de 1990, Ar.7079, y 6 de abril de 1993, Ar.2673, de acuerdo con la cual la autonomía local impone la participación de los municipios en la elaboración del Plan Provincial de Cooperación que les afecte. La finalidad de asegurar la adecuada prestación de los servicios municipales, que persiguen los Planes Provinciales de Obras y Servicios, no permite una asunción por la Diputación de la titularidad de los servicios y obras propios de los municipios. Por ello, según la Sala, por un lado, la propuesta de inclusión de una obra en un Plan Provincial de Cooperación “corresponde a la propia Corporación municipal” y, por otro, debe excluirse “cualquier obra que cuente con la negativa del correspondiente Ayuntamiento afectado”. Mantener lo contrario, supondría, dice la Sala, permitir:

“una efectiva subrogación de la Diputación en las competencias municipales apoyándose en una técnica de cooperación que no es atributiva de título competencial”.

La Diputación es competente para aprobar el Plan estableciendo las preferencias con carácter discrecional y ponderando los intereses municipales contrapuestos dado el carácter limitado de los recursos:

“pero sobre la base de las iniciales solicitudes de obras y sin imponer éstas contra la negativa expresa del municipio afectado por las obras a quien constitucional y legalmente se reconoce autonomía para la gestión de sus intereses”.

3. UNIVERSIDADES

A) Autonomía universitaria. No resulta vulnerada por las potestades de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas para autorizar la transmisión, adscripción o cesión de centros a Universidades públicas

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, 13 de mayo de 1998, Ar.4165, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Universidad Complutense de Madrid contra el R.D. 485/1995, de 7 de abril, sobre Creación y Reconocimiento de Universidades y Centros Universitarios.

La base del recurso planteado por la Universidad Complutense de Madrid solicitando la nulidad de pleno derecho del citado Real Decreto se fundamentaba en la limitación de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 27 y 38 de la Constitución sin amparo legal para ello y la violación del principio de reserva legal establecido en el art. 53.1 de la Constitución, en cuanto el Real Decreto impugnado vulnera, en opinión de la Universidad recurrente, la reserva de Estatutos de la Universidad resultante de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria y, en consecuencia, el derecho fundamental a la autonomía universitaria en su potestad de autonormación y la potestad de autoorganización universitaria al atribuir a los órganos de la Administración del Estado o de la Administración Autonómica competencias para adoptar acuerdos que deberían corresponder a las Universidades Públicas, y sobre todo en lo relativo a Centros Universitarios adscritos a Universidades Públicas.

La Sala considera que el R.D. 485/1995 al incorporar al R.D. 557/1991 la Disposición Adicional Tercera, en la cual se establece la previa autorización administrativa para la realización de actos y negocios jurídicos que impliquen transmisión o cesión de la titularidad de las Universidades privadas o centros universitarios adscritos a las Universidades Públicas, así como la transmisión o gravamen de los títulos representativos del capital social y la emisión de obligaciones realizadas por tales centros, no constituye una cuestión totalmente nueva, al estar contemplada en la Ley de Reforma Universitaria y en el R.D. 557/1991 que lo desarrolla, dado que partiendo de la base incuestionable de que la Ley de Reforma Universitaria, desarrollada por el R.D. 557/1991, exige para el reconocimiento de universidades privadas y de centros adscritos a universidades públicas (artículos 11 y 16) el reconocimiento de unos determinados compromisos y garantías para asegurar la efectividad del servicio público que a la educación superior concede el artículo 1 de la L.O. 11/1983, de Reforma Universitaria, y para salvaguardar los derechos de los alumnos, exigido en el artículo 12 del R.D. 557/1991, afecta a lo prevenido en el artículo 27.8 de la Constitución.

El TS considera la existencia de un interés superior de salvaguarda del servicio público en beneficio de la Universidad y de los propios alumnos en la creación de Universidades Privadas y de Centros adscritos a las Universidades Públicas, que se traduce en la exigencia de determinados requisitos, compromisos y garantías, que deben suscribir a lo

VI. Organización Administrativa

largo de toda la vida de tales centros puesto que la falta de cumplimiento permite a la Administración la revocación de la autorización concedida. Considera el Tribunal que la idea de servicio público y el interés de los alumnos que se matriculen en tales Centros de que se les garantice la continuidad de los mismos hasta la culminación de los estudios, lleva consigo necesariamente el control por parte de la Administración.

Considera, asimismo, el Alto Tribunal que tampoco el R.D. 485/1995, de 7 de abril, recurrido, vulnera el principio de autonomía universitaria en su modalidad de potestad de autonormación y autoorganización dado que la Disposición Adicional Tercera del R.D. impugnada atribuye la competencia para otorgar tal autorización a la Administración Pública competente, lo cual es totalmente coincidente con lo dispuesto en el R.D. 557/1991, de 12 de abril, que tiene el carácter de firme por no haber sido impugnado y al cual complementa el actual 485/1995, cuando en su artículo 16.1 establece que la creación o reconocimiento de nuevos centros públicos integrados en universidades existentes y la adscripción de centros privados, de titularidad pública o privada a universidades públicas para que impartan enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales, así como la ampliación de éstos, exigirá el cumplimiento de los requisitos señalados en el presente Real Decreto y será aprobada a propuesta del Consejo o de la propia Universidad en el caso de los privados y previo informe del Consejo de Universidad, por la Administración competente.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y TITULACIONES

A) Homologación de título de odontólogo. Requisitos

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 19 de junio de 1998, Ar.5468, viene a reproducir el criterio establecido por el Alto Tribunal en lo relativo a la no homologación del título de Doctor en Odontología expedido en la República Dominicana al título actual de Licenciado en Odontología español acorde con las Directivas Comunitarias y normas españolas de adaptación al Derecho Comunitario cuando no exista la necesaria equivalencia.

Esto, no obstante, nada impide que la homologación al título español actual de Licenciado en Odontología quede supeditado a la superación de una prueba de conjunto o al seguimiento de un período formativo complementario.

La Sala del TS en la Sentencia estudiada viene a confirmar el criterio seguido en las Sentencias de 17 septiembre 1996, 1 octubre 1996, 3 octubre 1996, 15 octubre 1996, 4 noviembre 1996, 28 enero 1997, 24 abril 1997, 6 mayo 1997 y 27 mayo 1997.

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que la Ley 10/1986 impuso taxativamente en su art. 1º y en la Disposición Final Primera que para ejercer la profesión de Odontólogo se requiere el título universitario de Licenciado, y en su artículo 1.4 dispone que “la titulación, planes de estudio, régimen de formación y especialización de los

Odontólogos se acomodarán a los contenidos, niveles y directrices establecidos en las normas de la Comunidad Económica Europea”. El R.D. 970/1986 estableció las directrices generales para la obtención del título, ajustándose a los requisitos de formación exigidos por las Directivas del Consejo de la Unión Europea. Y, producida en 1990 la definitiva implantación en las Universidades españolas de los estudios destinados a obtener el título de Licenciado en Odontología conforme a las Directivas comunitarias, la habilitación para ejercer la profesión debe quedar sometida a las reglas y reglamentaciones del país de establecimiento, entre las que deben incluirse los conocimientos y experiencia clínica exigidos para la obtención del título de Licenciado en Odontología en España.

Pues bien, analizada por la Administración la formación de la solicitante, es obvio que el título de Doctor en Odontología expedido en la República Dominicana no puede ser homologado al título actual de Licenciado en Odontología español, acorde ya con las Directivas Comunitarias y normas españolas de adaptación al Derecho Comunitario, cuando no existe la necesaria equivalencia. Nada impide que la homologación (naturalmente al título español actual de Licenciado en Odontología) quede supeditada a la superación de una prueba de conjunto o, en el supuesto particular que prevé la Orden de 21 de enero de 1992 (sobre la que se ha pronunciado este Tribunal en Sentencia de 18 de septiembre de 1996, dictada en el recurso de casación núm. 6925/1994, que ha sido desestimado), al seguimiento de un período formativo complementario.

B) Colegiación. No puede denegarse a quien tiene título convalidado

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 26 de marzo de 1998, Ar.3174, que sigue el criterio mantenido en la Sentencia de la misma Sala de fecha 26 de enero de 1998 y fallo de 12 de julio de 1990 y 24 de abril de 1996, viene a desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid contra STSJ de Madrid de 2 de octubre de 1990, por la que se estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid por el que se denegaba la colegiación ordinaria de la apelada.

En la Sentencia del TS anteriormente citada, dictadas en supuestos similares, se ponía de relieve que lo que se pretendía por los argumentos esgrimidos por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid era enervar la legalidad de las Órdenes Ministeriales por las que convalidaban a la recurrente el título de Arquitecto obtenido en su país de origen que tendrá que sustanciarse en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acto de convalidación.

El TS considera que lo que no se puede hacer es denegar la colegiación puesto que, como reiteradamente tiene señalado esta Sala en sentencias de 12 de julio de 1990 y 24 de abril de 1996, y las que en ellas se citan:

VI. Organización Administrativa

“la negativa a acoger en el Colegio Profesional correspondiente a los que ostenten un título académico obtenido en un Centro extranjero y debidamente convalidado por el Ministerio de Educación y Ciencia, constituye un atentado al principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución, puesto que colocaría al solicitante en una situación de discriminación respecto a quienes, en posesión de un título relativo a la misma disciplina científica o profesional e igualmente válido, no hubieran encontrado obstáculo a su colegiación”.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

EVA DESDENTADO DAROCA

EVA NIETO GARRIDO

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción y ámbito de aplicación de su régimen. A) Sanciones y medidas de policía. B) Sanciones y recargos o intereses por mora en el pago a la Administración. C) Sanciones e indemnizaciones. **2. Reserva de ley, tipicidad de las infracciones y pre-determinación de las sanciones.** A) Reserva de Ley: Circulares del Banco de España y Ordenanzas locales. B) Tipicidad: no impide normas sancionadoras con ciertas imprecisiones. C) Predeterminación de las sanciones; exigencia para normas preconstitucionales. **3. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Resoluciones que rechazan la alegación de falta de culpabilidad. B) Sentencias que anulan las sanciones por falta de culpabilidad. **4. Sujetos responsables. Responsabilidad solidaria y subsidiaria.** A) Principio de personalidad de las sanciones. Sanción al padre por la infracción del hijo. B) Responsabilidad solidaria: restricciones. C) Responsabilidad subsidiaria: admisión. **5. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) Unidad o pluralidad de acción y de infracción. B) Varias sanciones en relaciones de sujeción especial. C) Violación del *non bis in idem* por valorar la misma circunstancia dos veces. **6. Presunción de inocencia. Prueba.** A) Presunción de inocencia y ejecutividad de las sanciones. B) Vulneración de la presunción de inocencia cuando se sanciona sin una mínima actividad probatoria o con actividad probatoria insuficiente. C) Valor probatorio de actas o denuncias de quienes no tienen la condición de autoridad. D) Valor probatorio de la información reservada. E) Aceptación de la prueba indiciaria. F) Sobre la práctica de la prueba testifical. G) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. **7. La propuesta de resolución. Consecuencias de la omisión de su notificación. Discrepancia con la resolución.** A) La falta de notificación de la propuesta de resolución como violación del derecho a conocer la acusación. B) Excepciones a la necesidad de la notificación de la propuesta de resolución. C) Discrepancia entre la resolución y la propuesta de resolución: elevación de la sanción propuesta sin necesidad de nuevos trámites. **8. Extensión de la sanción procedente en cada caso, proporcionalidad y con-**

trol judicial. 9. Competencia para sancionar. Delegación y desconcentración.

10. La prescripción de las infracciones y sanciones. A) Plazo de prescripción fijado por vía reglamentaria. B) La prescripción y la interposición de un recurso administrativo.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE SU RÉGIMEN

A) Sanciones y medidas de policía

La STS de 2 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2060, contribuye a esclarecer la distinción entre sanciones y otros actos administrativos de gravamen. Al no contar con autorización un café-bar, se entendió cometida una infracción grave de la Ley de Seguridad Ciudadana y se impuso la sanción de “clausura del establecimiento (...) la cual tendrá carácter indefinido hasta tanto se obtenga la preceptiva licencia de apertura”. Pero el art. 28 de esta ley sólo prevé para infracciones graves la clausura de los establecimientos por tiempo máximo de seis meses. Por ello, la sentencia anula la sanción –por cierto, sin sustituirla por una de seis meses ni retrotraer el expediente al momento de dictar resolución– y, además, declara:

“es conveniente no dejar de indicar que con toda evidencia el tratamiento de la cuestión debatida probablemente obligaría a otra solución si la decisión de clausura indefinida se hubiera adoptado en el ámbito de las potestades de policía o intervención administrativa, sin perjuicio de que desde el punto de vista sancionador se hubiese también acudido a imponer alguna sanción de las reguladas en el art. 28, pero lo que no cabe es acogerse a este precepto para justificar una medida de clausura en términos de indefinición que probablemente estén justificados como intervención policial pero no como sanción”.

B) Sanciones y recargos o intereses por mora en el pago a la Administración

La STSJ de Canarias/Las Palmas de 25 de febrero de 1998, Ar. 231, y la STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 1998, Ar. 366, se enfrentan con la cuestión, ya abordada por el TC, de si los recargos por el retraso en el pago de deudas tributarias tienen naturaleza sancionadora. En la primera de ellas, el Tribunal parte de que:

“si pese al *nomen iuris* utilizado por el legislador la cuantía del recargo alcanzase o se aproximase al importe de las sanciones, podría concluirse que se trataba de un sanción”. Explica que la ley “no sólo establece un recargo, sino que además elimina las sanciones. En este sentido, partiendo de la base de que el tributo no se ha pagado dentro de plazo, trata

de mitigar el retraso estimulando un pago anterior al requerimiento y para ello aparta las sanciones. Pero al propio tiempo este estímulo no puede ser tan intenso que favorezca el impago dentro de plazo y para ello establece el recargo. Ambas finalidades provocan una cierta tensión interna, lo que puede explicar las dificultades del legislador a la hora de dibujar esta figura cuyo régimen jurídico ha sido modificado ya en dos ocasiones con posterioridad a la fecha de la redacción aquí debatida (...). En conclusión, la figura aquí examinada cumple, aparte un cometido resarcitorio, una función eminentemente disuasoria, lo que no es bastante para conducirla al campo de las sanciones dada la ausencia de finalidad represiva” (texto reproducido de la STC 164/1995, de 13 de noviembre).

La segunda de las sentencias citadas entiende que los intereses legales de demora:

“no tienen naturaleza sancionatoria sino obligacional y compensatoria del retraso en el pago de la deuda tributaria, que se origina desde el momento en que no se ingresa la cuantía en el plazo debido, es decir, desde el día siguiente al de su vencimiento (...), debiendo imponerse durante el tiempo transcurrido entre la finalización del plazo voluntario de pago y el día en que se liquide la deuda, al margen de la calificación que merezca la infracción tributaria en que se haya incurrido y la sanción que se imponga, ya que el origen, significado y finalidad de los intereses es distinto e independiente del de la sanción”.

C) Sanciones e indemnizaciones

Incluso partiendo de la distinción entre sanciones y otras medidas (como las indemnizatorias o las de reposición de las cosas a su estado anterior), se ha discutido si la anulación de la sanción por no respetarse los específicos límites de la potestad sancionadora tenía que comportar necesariamente la de aquéllas, puesto que frecuentemente las Leyes hacen depender la potestad administrativa de fijación de estas indemnizaciones de la existencia de una infracción y las presentan como una consecuencia adicional de la sanción. Así —se ha pensado— si no hay sanción, la Administración no tiene competencia para declarar esas otras consecuencias. Sin embargo, las sentencias que recogemos a continuación optan claramente por la solución contraria. Así, en la **STS de 27 de abril de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3645, se anula una sanción (por falta de culpabilidad) pero sin que ello entrañe la anulación de la indemnización de daños al dominio público o la prohibición de continuar en la actividad ilícita. Lo mismo sucede en la **STS de 30 de abril de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3653, en la que se había anulado la sanción por prescripción:

“el efecto extintivo de la prescripción comprende sólo la acción sancionadora de la Administración, mas no la que (...) podía y debía ejercer aquélla para dejar incólume el dominio público imponiendo a los infractores la obligación de reparar los daños y perjuicios causados (...)”.

También la STS de 9 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2137, refleja la diferenciación: “la retirada de un cartel publicitario es consecuencia del ejercicio de la potestad conferida por el art. 27 de la Ley de carreteras (...) potestad independiente de la sancionadora”; se anula la sanción, pero se acepta la orden de retirada.

2. RESERVA DE LEY, TIPICIDAD DE LAS INFRACCIONES Y PREDETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Reserva de Ley: Circulares del Banco de España y Ordenanzas locales

La STS de 11 de marzo de 1998, Ar. 2301, Sala Tercera, Sección Tercera, admite una norma legal sancionadora en blanco y su integración por circular del Banco de España. El recurrente, miembro del Consejo de Administración de una entidad bancaria, había sido sancionado por no aplicar los criterios establecidos en una circular del Banco de España en lo referente a la clasificación de riesgos dudosos, lo que a juicio de la Administración competente constituía una infracción del art. 5. p) de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (“el incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones y sobre formulación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación al órgano administrativo competente”). Alegada la insuficiencia de la circular para integrar este tipo, el TS la rechaza porque “tratándose de relaciones de supremacía o sujeción especial, la infracción de un acuerdo del Banco de España equivale para los Consejeros a la infracción de normas”.

Por su parte, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 16 de marzo de 1998, Ar. 692, ante la impugnación de una multa por infracción de una Ordenanza municipal de circulación por aparcar en lugar controlado por parquímetro al haberse superado el período previamente pagado, se enfrenta con la discutida cuestión de las posibilidades sancionadoras de las normas locales. Recuerda que el TS exige expresamente el rango de ley formal, habiendo declarado que:

“no puede ser la Ordenanza municipal fuente primaria de un ordenamiento sancionador, debiendo distinguirse en todo caso entre la potestad sancionadora y la definición de faltas y sanciones”.

Después, reproduciendo otra sentencia de un TSJ, afirma que:

“aunque los Ayuntamientos tengan atribuidas legalmente facultades para la ordenación y el control del tráfico en las vías urbanas (...) carecen de cobertura legal en las infracciones

VII. Derecho Administrativo Sancionador

consistentes en la falta de pago del precio público por la utilización del estacionamiento de vehículos en lugar limitado y controlado, así como las sanciones para ellas establecidas”.

Aunque en esta concreta materia la legislación ha cambiado, la sentencia sigue presentando interés general para determinar si las Ordenanzas puede tipificar *ex novo* infracciones administrativas. Como se observa, la sentencia opta por una aplicación rígida de la reserva de Ley que no tiene en cuenta ningún otro valor o principio.

B) Tipicidad: no impide normas sancionadoras con ciertas imprecisiones

De la jurisprudencia se deduce, al mismo tiempo que la exigencia de tipicidad, la flexibilidad con la que se entiende y su compatibilidad con normas sancionadoras relativamente imprecisas. Así, para la **STS de 16 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1593,

“es cierto que los arts. 2 y 3 de la Ley 110/1963, que han sido aplicables a estos hechos, podían haber sido redactados con una mayor concreción en aras a cumplir con las exigencias del principio de tipicidad, concreción que tampoco se cumple totalmente en la nueva regulación introducida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia”.

Pero, tras tal afirmación, no se plantea siquiera anular la sanción impuesta a causa de esta inconcreción. En la misma dirección, la **STS de 25 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 1794, no considera contrario a las exigencias de tipicidad un precepto de los Estatutos de un Colegio de Abogados que declara infracción la ofensa a la dignidad de la profesión y a las reglas éticas que la gobiernan ni que, por aplicación de tal precepto, se sancionara con suspensión a un Letrado por no rendir cuentas detalladas y justificadas de su gestión, desatendiendo los requerimientos del instructor del expediente para la presentación de la correspondiente minuta de honorarios, omitiendo la relación de provisión de fondos recibidos y su liquidación. También es ilustrativa la **STSJ de Andalucía/Sevilla de 11 de marzo de 1998**, Ar. 720, que tras recordar que el principio de tipicidad “no impide que puedan utilizarse conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas valorativas pendientes de valoración”, afirma que en la legislación sobre seguridad e higiene en el trabajo es suficiente, “sin mayores precisiones o concreciones, definir las conductas antijurídicas perseguidas, (como) todas aquellas que representen un riesgo o peligro para dicha seguridad o higiene”.

C) Predeterminación de las sanciones; exigencia para normas preconstitucionales

Aunque la reserva de Ley del artículo 25 CE no tenga efectos retroactivos, sí los tiene la exigencia de tipicidad y de predeterminación suficiente de las sanciones. Lo confirma la **STS de 28 de abril de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3330, que anula una sanción impuesta en virtud de una Ley preconstitucional que fijaba una sanción mínima de 10.000 ptas, pero no señalaba el máximo. Esta sentencia afirma que:

“la garantía material o mandato de tipificación es exigible respecto a las normas preconstitucionales” y que “la exigencia de *lex certa* a que avoca el principio de legalidad en materia sancionadora afecta, por un lado, a la tipificación de las infracciones, por otro, a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas”. Del art. 25.1 CE: “se sigue la necesidad, no sólo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas; una correspondencia que, como bien se comprende, puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella(...)”.

La misma doctrina se refleja en la **STS de 27 de enero de 1998**, Ar. 1262, ante una sanción impuesta por aplicación de una norma reglamentaria de 1970 que disponía: “además de las faltas anteriores señaladas, se considera infracción el incumplimiento de cualquier otra obligación expresamente impuesta en las disposiciones que regulan el Régimen General y cuya calificación en orden a su gravedad se efectuará por analogía con las restantes infracciones anteriormente relacionadas”.

La sentencia la anula porque se ha impuesto con base en:

“una norma genérica que no prevé ni tipifica la conducta ni la sanción”, de manera que “vulnera el principio de tipificación que garantiza el art. 25 CE (...) máxime cuando a la inconcreción del tipo introduce la aplicación de la analogía en la graduación de la sanción, lo que aún afecta más a la seguridad jurídica de los administrados o afectados que difícilmente pueden saber o conocer *a priori*, como es exigido, las consecuencias que se siguen de su actuación”.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Resoluciones que rechazan la alegación de falta de culpabilidad

La tónica general de las sentencias recientes es la de proclamar la exigencia de culpabilidad pero, al mismo tiempo, exigir un deber de diligencia de tal amplitud que difícilmente se admiten causas exculpanes. Son significativas las siguientes sentencias:

– **STS de 2 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1292: “Se pretende enmascarar la ausencia de culpabilidad en una ignorancia excusable. Esto no puede predicarse de una institución de crédito conocedora de cómo se actúa en el mercado inmobiliario.”

– **STS de 17 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1557, ante una infracción consistente en la no revisión de los aparatos extintores, la sancionada alegó que “no existió por su parte dolo o negligencia que justifique la imposición de la sanción” por haber contratado esas revisiones con otra empresa. La sentencia considera, por el contrario, atendiendo a las circunstancias del caso, que ello no la exonera de responsabilidad; pero, además, hace una afirmación más general: “Sin embargo, ese hecho que en sí mismo tampoco podría exculparla(...)”. Aun así, es discutible que en ningún caso esa contratación con otro sujeto de las actividades encaminadas a cumplir con ciertos deberes públicos no pueda suponer ausencia de dolo o culpa.

– **STS de 4 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1816, ante una infracción por vertidos contaminantes, se declara que “(...) habiendo demostrado la realidad de la producción del evento inculminado, que a pesar de todo faltaba algo por precaver y que no estaba completa la diligencia, debiéndose responder por los vertidos dañosos producidos”. Tampoco admite que el hecho de que lloviera y nevara intensamente los días anteriores fuese “fuerza mayor excluyente de responsabilidad” pues era previsible en ese lugar y fecha y “lo previsible es evitable con la debida diligencia mediante la adopción de las precauciones adecuadas(...)”. Similar a la anterior, la **STSJ de Asturias de 13 de febrero de 1998**, Ar. 339.

– La **Res. del TEAC de 29 de enero de 1998**, Ar. 405, rg. 6801/1996, muestra este rigor en grado extremo. Se había sancionado por no ingresar la cantidad correspondiente a un impuesto. El sancionado consigue en una sentencia penal que se condene a su representante por apropiación indebida de la cantidad que aquél le dio para el pago del impuesto. La Res. del TEAC mantiene la sanción y afirma que el interesado “debe responder de la actividad desarrollada por la persona por él designada, al existir, al menos, una culpa leve in vigilando o in eligendo”.

B) Sentencias que anulan las sanciones por falta de culpabilidad

Pese a la tendencia rigurosa aludida, se reitera la “antigua y constante doctrina de esta Sala respecto a que la comisión de errores de derecho en las liquidaciones tributarias no debe ser materia sancionable en la medida en que el error sea razonable y la norma ofrezca dificultades de interpretación” (STS de 11 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 1376). En similares términos, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de marzo de 1998, Ar. 624, y STSJ de Baleares de 23 de abril de 1998, Ar. 631.

También la STS de 27 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3645, exime de responsabilidad por falta de culpa. La sentencia apelada anuló una sanción porque las circunstancias concurrentes:

“han podido producir razonablemente en el interesado la creencia de estar actuando lícitamente por considerarse titular de una aprovechamiento (de aguas) anterior a la fecha en que se produjo la iniciación del expediente sancionador”; “concorre un supuesto de error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción administrativa determinante de la sanción”.

Todo ello es confirmado por el TS que entiende que ello “obedece a motivos que operan en el ámbito de la culpabilidad”. Por otra parte, dos SSTs de 6 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2193 y 2194, aluden a un acuerdo del Consejo Regulador que, aun cuando fuese ilegal e inválido, “pudiera haber servido para justificar la presencia de un error que eliminase la culpabilidad”.

4. SUJETOS RESPONSABLES. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y SUBSIDIARIA**A) Principio de personalidad de las sanciones. Sanción al padre por la infracción del hijo**

La STS de 27 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3415, lo formula así:

“Un principio fundamental del Derecho sancionador (...) lo constituye el de personalidad de las sanciones, según el cual éstas no pueden producir efectos perjudiciales respecto a las personas que no han sido sancionadas. La sanción representa el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita, reproche que sólo es posible predicar del sujeto sancionado y que únicamente respecto a él ha de producir efecto.”

Aplica este principio la STSJ de Cantabria de 24 de abril de 1998, Ar. 1273. En ella, se recurría la sanción impuesta al padre de un menor de edad, considerándole responsable de la infracción cometida por su hijo (pescar en zona acotada sin permiso reglamenta-

rio y en época de veda). La sentencia razona que el principio de personalidad de la pena es de aplicación, sin matización alguna, al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Sí hay una obligación de hacer frente a las indemnizaciones pertinentes que pudieran derivar del ilícito administrativo, pero ello “no autoriza a hacer gravitar sobre quien no fue autor del mismo el peso de la potestad administrativa sancionadora”.

B) Responsabilidad solidaria: restricciones

La STS de 6 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 1443, reitera que un reglamento que impone la solidaridad de los infractores invade la reserva de Ley del art. 25.1 CE y, además, afirma que la “regla de la imputabilidad solidaria contraviene el principio de responsabilidad personal o de culpabilidad sobre el que se asienta todo el sistema punitivo”. Igualmente, para la STS de 23 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2828, no es válida la regla de solidaridad recogida en un reglamento porque la ley habilitadora no contempla ninguna imputabilidad de tal naturaleza.

C) Responsabilidad subsidiaria: admisión

Es interesante el supuesto de la STS de 21 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 3834, aunque la doctrina que recoge pueda llegar a ser excesivamente rigurosa. Se impuso sanción de 5.000.000 de pesetas al jefe de sala de un bingo y se acordó, además, la responsabilidad subsidiaria de la empresa que regentaba el bingo. La sentencia recurrida anuló esta declaración de responsabilidad subsidiaria por entender que estaba prevista en un reglamento sin que la Ley desarrollada la previera y por considerar que se vulneraba el principio de culpabilidad. Para el TS, por el contrario, la responsabilidad subsidiaria prevista en el reglamento tenía base en un precepto legal que simplemente decía que “de las infracciones reguladas en esta Ley (...) responderán las empresas de juego”. Tampoco entiende que quepa reputar infringido el principio de culpabilidad,

“pues la más moderna y reciente jurisprudencia, iniciada con la Sentencia de 20 de mayo de 1992 dictada en recurso extraordinario de revisión y superadora de anteriores vacilaciones, paladinamente proclama (...) la responsabilidad de las empresas por los actos de sus empleados, haciéndose notar a seguido que tal afirmación: ‘no comporta una preterición del principio de culpabilidad, que indudablemente rige en materia sancionadora, ni un olvido de la personalidad de la sanción (responsabilidad por hechos propios), sino una acomodación de estos principios a la efectividad de un deber legal (el que incumbe a las empresas de juego), deber que arrastra en caso de incumplimiento, la correspondiente responsabilidad para el titular de las mismas, aunque tenga su origen en una actuación o en un no hacer negligente de quien, encontrándose a su servicio, tiene encomendado el funcionamiento de la Sala de Bingo (...)”.

Aun así, en este caso al menos, la doctrina de esta sentencia es muy discutible y bien podría afirmarse que, al no poner de relieve ninguna actuación u omisión o culpa de la responsable subsidiaria, está vaciando de contenido los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones.

5. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN

Como en otros aspectos analizados, la tendencia general parece ser la de reconocer los principios que limitan la potestad sancionadora, pero interpretados tan restrictivamente que rara vez se entienden vulnerados.

A) Unidad o pluralidad de acción y de infracción

Ejemplo de ello es la **STS de 17 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1557. A una empresa se le impuso una sanción de seguridad laboral por cada una de las oficinas en las que no había revisado los extintores de incendios, entendiendo que se trataba de diferentes infracciones: la sentencia lo admite “porque son hechos distintos y cada uno independiente en sí mismo y susceptible de individual corrección” de modo que, en suma, “se ha de apreciar una infracción por cada uno de los centros en que se haya cometido”. Tampoco observa la sentencia violación del *non bis in idem* porque se entendieran cometidas dos infracciones de seguridad laboral y se sancionaran independientemente pese a que los hechos eran idénticos o, al menos, guardaban íntima relación: una infracción consistía en “deficiencias del pavimento” por “existir en los lugares donde se encuentran ubicados los distintos puestos de trabajo gran cantidad de cables eléctricos por los suelos” y la otra consistía en “encontrarse las partes activas de esa instalación eléctrica situada sobre el pavimento sin la debida protección con riesgo de producirse contactos fortuitos”. Para la sentencia:

“son dos las infracciones (...) una relativa al estado del suelo o pavimento de la oficina y otra a la instalación eléctrica, las dos con sustantividad propia e independiente” sin que quepa apreciar identidad, “pues en cada una de ellas se valoran distintas circunstancias y riesgos”.

B) Varias sanciones en relaciones de sujeción especial

Presenta asimismo interés la **STS de 13 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1686: por unos mismos hechos se condenó penalmente a dos Corredores de Comercio

VII. Derecho Administrativo Sancionador

por delito de falsedad en documento mercantil, se impuso una sanción administrativa de treinta y dos millones de pesetas a la entidad de la que eran únicos socios de conformidad con la Ley del Mercado de Valores y, además, al menos al recurrente, se le consideró autor de una infracción disciplinaria por hechos constitutivos de delito doloso relacionado con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados. Impugnada la sanción disciplinaria de suspensión de funciones por violación del *non bis in idem*, la sentencia confirma la sanción. Sintetiza así la jurisprudencia:

“aunque en las relaciones de supremacía especial de la Administración esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* de los Tribunales y a la vez la potestad sancionadora de la Administración, la jurisprudencia tiene declarado (...) que el doble reproche, penal y disciplinario, no está justificado cuando se trata de unos mismos hechos que se imputan a una misma persona y que son tratados por los Tribunales y por la Administración teniendo en cuenta la cualidad funcional del sujeto responsable, lo que determina que las penas impuestas le afecten tanto en la esfera personal como en la de funcionario”.

Pero en el caso, entiende que no se dan estos requisitos puesto que la condena penal lo fue por un delito que:

“tipifica los supuestos del particular que cometiere falsificación de documentos públicos, mientras que la sanción administrativa tenía como bien jurídico tutelado la falta de probidad demostrada por el recurrente, repercutiendo su actuación en una merma de la confianza depositada por la ciudadanía en el estamento de los fedatarios, lo que en realidad es una formulación en distintos términos de lo expresado en la resolución administrativa impugnada, cuando indica que el interés protegido por la sanción administrativa es el del servicio público dirigido a asegurar la autenticidad de los documentos que constituyen el soporte del tráfico mercantil”.

C) Violación del *non bis in idem* por valorar la misma circunstancia dos veces

Por el contrario, la STSJ de Galicia de 27 de febrero de 1998, Ar. 476, sí estima vulnerado el *non bis in idem* por una resolución que imponía sanción por el incumplimiento de la obligación de llevanza de la contabilidad, en la que esta misma carencia era tenida en cuenta para la agravación de la sanción:

“una misma circunstancia fáctica o normativa no puede integrar, a la vez, un elemento constitutivo del tipo infraccional y una circunstancia de agravación”.

6. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRUEBA

A) Presunción de inocencia y ejecutividad de las sanciones

Según la STS de 13 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2183, “la efectividad de las sanciones administrativas, incluidas las tributarias, no entra en colisión con la presunción de inocencia”. Por eso, entiende que el art. 138.3 de la Ley 30/1992 “no está conectado con la presunción de inocencia” y puede no aplicarse a las sanciones tributarias. A la misma orientación responde la STSJ de Canarias/Sta. Cruz de Tenerife de 5 de marzo de 1998, Ar. 519. Radicalmente en contra, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de febrero de 1998, Ar. 356.

B) Vulneración de la presunción de inocencia cuando se sanciona sin una mínima actividad probatoria o con actividad probatoria insuficiente

STS de 27 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3648: se entiende vulnerada la presunción de inocencia por no existir ni una mínima actividad probatoria sobre el aspecto en el que el sancionado había basado su defensa; al contrario, la Administración

“trasladó a la expedientada la carga de la prueba de su inocencia, pues no otro es el significado de la comunicación que le dirige acto seguido del pliego de descargos, manifestando que para ‘poder proceder a sobreseer el referido expediente es necesario que remita a esta Unidad de Carreteras certificado del Secretario del Ayuntamiento (...) en el cual haga constar que la parcela donde está instalada la valla publicitaria se encuentra en suelo urbano’ (...)”.

STS de 4 de mayo de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3668: ante una infracción laboral, se impone la carga de la prueba a la Administración con gran rigor. Se recuerda que “era la Administración la que, por tratarse de un procedimiento sancionador, estaba obligada a acreditar los hechos constitutivos de la infracción”, pues a ella “incumbe dicha carga (de la prueba) conforme a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia”. La sentencia apelada entendió que “en el caso examinado el expediente administrativo carecía de actividad probatoria destinada a acreditar los hechos que se imputan”. Así lo entiende también el TS, pues las únicas pruebas son “el acta y el informe complementario del Inspector de Trabajo” y, según este informe:

“para el cálculo de las horas extraordinarias se ha tenido en cuenta no sólo las manifestaciones de los trabajadores sino también las fotocopias de los partes de trabajo; sin embargo, la Administración pudo y debió haber aportado copia de dichos documentos y no lo

VII. Derecho Administrativo Sancionador

hizo, por lo que debemos confirmar la sentencia de instancia en el sentido de que el expediente administrativo carece de actividad probatoria”.

Especialmente acertada es la siguiente declaración que contiene la **STSJ de Baleares de 27 de marzo de 1998**, Ar. 845:

“(…) la destrucción de la presunción de inocencia debe ser previa a la sanción, de manera que no serán hábiles para destruir la presunción de inocencia las pruebas que del hecho sancionado se incorporen al expediente administrativo con posterioridad a la imposición de la sanción. Del mismo modo, la sanción administrativa por hechos cuya prueba no aparece diáfana y comprensible con anterioridad a su imposición vulnera la presunción de inocencia y el derecho de defensa del imputado”.

C) Valor probatorio de actas o denuncias de quienes no tienen la condición de autoridad

Es frecuente que las sentencias den valor probatorio a las actas o simples denuncias, no ya de los funcionarios que tengan la condición de autoridad, únicos que menciona el art. 137.3 de la Ley 30/1992, sino también de los agentes de la autoridad. Puede comprobarse en la **STS de 4 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1816: confíere a las:

“denuncias de los agentes de la autoridad y dependientes administrativos un principio de veracidad y fuerza probatoria al responder a una realidad apreciada directamente por los mismos, todo ello, salvo prueba en contrario” y añade, incluso, que “la presunción de legalidad y veracidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos, incluso a sus agentes, es un principio que debe acatarse y defenderse tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa, ya que constituye garantía de una actuación administrativa eficaz”. Finalmente esta sentencia afirma que “su consecuencia no es otra que la de invertir la carga de la prueba de los hechos que recoge el acta (en este caso, una denuncia de Guarda Forestal) que queda desplazada al administrado”.

En similares términos, y también ante denuncia de Guardas Forestales, **STS de 25 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2124, y **STSJ de Aragón de 11 de febrero de 1998**, Ar. 859. Igualmente, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 1998**, Ar. 752, afirma que:

“la constatación de unos hechos por parte de los agentes de la autoridad, en este caso Guardia Civil, según el núm. 3 del art. 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, tiene valor probatorio sin perjuicio de poder quedar desvirtuados por otras pruebas”.

Este valor probatorio no se ha extendido a las denuncias de los vigilantes o controladores de las empresas concesionarias del servicio de estacionamiento de zona azul; aunque las consecuencias no son muy distintas. A este respecto, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de marzo de 1998**, Ar. 603, tras afirmar que estos empleados carecen de la condición de agente de la autoridad y que sus denuncias no gozan de la presunción de veracidad que a éstos otorga la Ley de Tráfico, añade que:

“ello no ha de llevar necesariamente a la conclusión de negar cualquier valor a las afirmaciones de una persona que manifiesta haber presenciado unos hechos y los pone en conocimiento de la autoridad competente. (...) y ha de presuponerse que esta actividad se ejerce con rigor y escurpulosidad, sin que ningún argumento haya cuestionado el recurrente que no haya sido así en el presente caso”; más aún, “se aprecia una diferencia clara entre el fundamento de las alegaciones del recurrente y la denuncia del controlador, como es la ausencia de interés de este último en el asunto, lo que no ocurre respecto al actor, quien actúa en defensa de sus propios intereses”.

D) Valor probatorio de la información reservada

En la **STC 56/1998, de 16 de marzo**, BOE de 22 de abril (recurso de amparo), se solicitaba el amparo ante una sanción disciplinaria por haber servido de prueba la información reservada previa al procedimiento disciplinario propiamente dicho y practicada sin las garantías propias de éste. El Tribunal afirma que:

“de las condiciones en las que se practicó no se infiere la necesidad de proscribir su valoración para salvaguardar el equilibrio esencial del procedimiento y para impedir un posible efecto material de indefensión. (...) Obsérvese también que (...) se incorporó al expediente una vez incoado éste y que, de nuevo con independencia de las oportunidades de defensa que el hoy recurrente tuviera en la fase judicial, ello le dio oportunidad de rebatir su contenido en las dos ocasiones en las que se le concedió audiencia (...) .Corrobora las afirmaciones anteriores nuestra jurisprudencia relativa a que las diligencias y actas de la Inspección de los Tributos constituyen un primer medio de prueba (...)”.

E) Aceptación de la prueba indiciaria

Varias sentencias admiten expresamente la prueba indiciaria de la comisión de infracciones, pero señalan los requisitos que deben concurrir. La **STS de 31 de marzo de 1998**, Ar. 2838, la define como:

“aquella que muestra la certeza de unos hechos que no son en sí mismos los integrantes de la infracción o los determinantes de la culpabilidad, pero de los que cabe inferir lógicamente una y otra”. Ahora bien, añade, “dicha prueba indiciaria sólo será apta para destruir aquella presunción constitucional: a) cuando los indicios estén efectivamente probados; y b) cuando

VII. Derecho Administrativo Sancionador

el órgano sancionador haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de tales indicios, obtiene la conclusión de la realidad del hecho infractor y de la culpabilidad”.

En parecidos términos, la **STS de 23 de enero de 1998**, Ar. 1426. Una aplicación destacable de esta doctrina se encuentra en la **STS de 25 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1832. Se trataba de una infracción por práctica contraria a la competencia cometida por varios laboratorios farmacéuticos que, para diversos contratos de suministros a la Administración a lo largo de varios años, presentaron en sobre cerrados exactamente los mismos precios y, aunque no había prueba directa de que se concertasen para ello, se deducía de la simple coincidencia. La sentencia no ve en ello vulneración de la presunción de inocencia.

F) Sobre la práctica de la prueba testifical

En relación con unas pruebas testificales a las que no se convocó al expedientado, la **STC 56/1998, de 16 de marzo** afirma:

“Es cierto que la falta de notificación le privó de una contradicción inmediata, pero también lo es que, por una parte, los testimonios fueron acordados por el instructor, con pliego previo de preguntas, practicados por funcionario competente y documentados en el expediente con las firmas de los testigos. Debe acentuarse también, por otra parte, que el hoy recurrente pudo, ya en la vía administrativa, al menos en el trámite final de alegaciones, contradecir o corroborar su contenido, advertir al instructor de la que estimaba irregular falta de convocatoria e, incluso, proponer una repetición de las diligencias” (FJ 6º).

También es de interés la **STS de 23 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3499.

G) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

Varias sentencias de TSJ insisten en este derecho y sus consecuencias. Especialmente significativas son las siguientes:

– **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1998**, Ar. 389:

“(…) la Administración se ha abstenido de pronunciarse sobre las pruebas solicitadas que eran total y absolutamente pertinentes, y ha prescindido de solicitar en este caso el informe del agente denunciante que era totalmente oportuno, lo que (...) alcanza de lleno al derecho de defensa en su vertiente del derecho a utilizar los medios de prueba que sean pertinentes para la defensa reconocido en el art. 24.2 CE. Por lo demás, en cuanto es una prueba dirigida a combatir o a desvirtuar la única prueba de cargo existente de los hechos –el exceso de velocidad medido por el aparato cinemómetro– entiende la Sala que a la Administración incumbía la carga de probar los hechos constitutivos de la infracción y

puesta en duda la legalidad y regularidad de la prueba utilizada por la Administración era ella la que en respuesta lógica a las pretensiones del actor correspondía aportar los elementos de prueba que convalidaran la regularidad de la misma, en particular, la del correcto funcionamiento, homologación, verificación y revisiones del aparato cinemómetro”.

– STSJ de Baleares de 27 de marzo de 1998, Ar. 845:

“La declaración de la improcedencia del medio de prueba propuesta por el expedientado en el seno del procedimiento sancionador, corresponde adoptarla al instructor y, naturalmente, antes de que el expediente sea resuelto. Por consiguiente, ni es el órgano resolutor quien debe decidir respecto a la improcedencia de la prueba propuesta ni es ya el momento para hacerlo”.

En parecidos términos, y con la misma consecuencia de nulidad, la STSJ de Baleares de 26 de marzo de 1998, Ar. 761.

7. LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN. CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE SU NOTIFICACIÓN. DISCREPANCIA CON LA RESOLUCIÓN

A) La falta de notificación de la propuesta de resolución como violación del derecho a conocer la acusación

La falta de notificación de la propuesta de resolución y del consecuente trámite de alegaciones es considerada causa de nulidad radical por varias sentencias, como violación del derecho de defensa y, más concretamente, del derecho a ser informado de la acusación. Ejemplo de ello son las SSTS de 2 y 3 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2097 y 2099. En la de 3 de marzo se asimila la propuesta de resolución al “acto de acusación en los procesos penales” y se considera que si no se notificó falta el trámite esencial de audiencia y se vulneran los artículos 24 y 105. c) CE, todo ello pese a que sí se notificó antes el pliego de cargos. En parecidos términos, SSTS de 9 y 30 de marzo y 7 y 27 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2137, Ar. 3175, 3449 y 3646, STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 6 de febrero de 1998, Ar. 252, STSJ de Madrid de 2 de febrero de 1998, Ar. 408 y STSJ de Canarias/Las Palmas de 11 de marzo de 1998, Ar. 851. Estas sentencias no se plantean siquiera la posibilidad de que no se haya producido indefensión por la existencia de otros trámites o por los posteriores recursos. Este último argumento es expresamente rechazado en la STS de 23 de enero de 1998, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1688.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) Excepciones a la necesidad de la notificación de la propuesta de resolución

Varias SSTs apuntan la posibilidad de alguna excepción. Así, dice la STS de 7 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3451:

“el derecho a ser informado de la acusación (...) se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata. *Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso*”.

En el caso concreto, se anula la sanción por no haberse notificado la propuesta de resolución sólo tras comprobar que el pliego de cargos carecía:

“de los requisitos imprescindibles para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a ser informado de la acusación, al limitarse a la identificación del hecho imputado y del precepto en que se tipifica, y a la indicación de la sanción que en abstracto cabía imponer a las infracciones muy graves (de 1.000.001 a 25.000.000 de pesetas) sin contener, por tanto, un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada”.

Igualmente, dos SSTs de 16 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2847 y 2848.

C) Discrepancia entre la resolución y la propuesta de resolución: elevación de la sanción propuesta sin necesidad de nuevos trámites

Representativa de esta jurisprudencia es la STS de 11 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1587:

“el órgano competente para sancionar (...) sin necesidad de abrir nueva fase de alegaciones, puede imponer una sanción distinta de la recogida en la propuesta de resolución siempre que la relación de hechos se mantenga inalterada, la calificación de la infracción no se modifique y la sanción sea una de las específicamente previstas en la Ley para ese concreto y determinado tipo de infracción”.

La misma doctrina se aplica en las SSTs de 3 de marzo y de 8 y 23 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 2289, 3453 y 3640.

8. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO, PROPORCIONALIDAD Y CONTROL JUDICIAL

La STS de 16 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1593, es representativa de la línea jurisprudencial. En ella se niega que la fijación de la sanción dentro de los márgenes legales sea discrecional y justifica, por tanto, un pleno control judicial que permite al Tribunal cambiar el importe de las multas sustituyendo directamente a la Administración:

“El principio de proporcionalidad tiene en el ámbito del Derecho sancionador una función relevante, no sólo en cuanto expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino por la circunstancia de que las sanciones (...) se encuentran recogidas en forma sumamente flexible, lo que permite al órgano sancionador realizar una labor de adaptación a la mayor o menor gravedad del comportamiento, pero que también permite a los órganos jurisdiccionales controlar el uso correcto que se haya hecho de la potestad.”

Tras ello, y una cierta referencia a las circunstancias del caso, la sentencia rebaja de veinte a cinco millones de pesetas la sanción que había impuesto el Consejo de Ministros a propuesta del Tribunal de Defensa de la Competencia. En esta línea, se pronuncia con claridad la STSJ de Andalucía/Granada de 2 de febrero de 1998, Ar. 267:

“La determinación de la sanción (es) una actividad reglada, y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la conformación o la eliminación de la sanción impuesta, sino su modificación o reducción.”

En algún caso, esta forma de proceder de los Tribunales no aparece suficientemente justificada y pudiera dar la impresión de que simplemente se sustituye la discrecionalidad administrativa por la judicial. Así, la STS de 18 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3497, o la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 6 de febrero de 1998, Ar. 252. Frente a ese riesgo, oportuno es citar dos SSTS de 6 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2193 y 2194:

“La proporcionalidad es, sin duda, uno de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (...) pero su aplicación como elemento corrector de la sanción impuesta exige que se aduzcan concretas razones que, dentro de los márgenes previstos por la norma, evidencien su falta de correlación o adecuación a la gravedad de los hechos”.

Esto es, no bastan simples afirmaciones infundadas sobre su desproporcionalidad. En cualquier caso, son los mismos Tribunales los que imponen a la Administración una motivación suficiente, como demuestra, entre otras muchas, la STSJ de Murcia de 7 de

VII. Derecho Administrativo Sancionador

abril de 1998, Ar. 1240: puesto que en la resolución sancionadora no se contiene motivación alguna sobre la procedencia de imponer la sanción en cuantía de 250.000 pesetas, ni se hace ninguna referencia ni aplicación de los criterios de graduación establecidos, se acuerda reducirla al mínimo previsto para esa infracción.

9. COMPETENCIA PARA SANCIONAR. DELEGACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN

La STSJ de Cataluña de 12 de enero de 1998, Ar. 1186, anula una sanción adoptada por un concejal por delegación del Alcalde, dada la “imposibilidad legal de la delegación de la competencia sancionadora” establecida por la Ley 30/1992. Para salvar tan rígida prohibición, se ha acudido a la desconcentración que es, incluso, la vía alternativa que ofrece el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Pero también ello tiene límites; en concreto, rige lo establecido en el art. 12 de la Ley 30/1992 que sólo admite esta alteración de la competencia “en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias”. Así lo entiende la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 de febrero de 1998, Ar. 348, que anula una multa de tráfico impuesta por un concejal en virtud de desconcentración en su favor por el alcalde de la potestad sancionadora. Se parte de que el art. 68.2 de la Ley sobre Tráfico atribuye la potestad sancionadora a los Alcaldes, sin que se prevea la posibilidad de desconcentración de esta competencia:

“La previsión contemplada en el art. 10.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, de que los Alcaldes pueden desconcentrar en los Concejales las competencias sancionadoras que tengan atribuidas (...) no puede servir tampoco para habilitar una desconcentración para sancionar en materia de tráfico (...), dados los términos de los arts. 68.2 de la Ley sobre Tráfico y el 12.2 de la Ley 30/1992.”

10. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

A) Plazo de prescripción fijado por vía reglamentaria

En la STS de 27 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2901, la Junta de Andalucía impugnaba una STSJ en la que se anulaba una sanción en materia de juego en la que no se aplicaba el plazo de prescripción establecido por una norma reglamentaria por considerar que se precisaba una ley formal para regular los plazos de prescripción. A diferencia de la sentencia de instancia, el TS mantiene (FJ 1º):

“es lo cierto que la doctrina de esta Sala, por todas Sentencia de 6 de abril de 1990, en el párrafo segundo de su fundamento jurídico cuarto resume la doctrina aplicable en este punto y que no es otra que la exigencia de norma específica que señala los plazos de prescripción de las faltas administrativas y de las sanciones puede ser cumplida por vía de reglamento (...)”.

B) La prescripción y la interposición de un recurso administrativo

Es esclarecedora la STSJ de Madrid de 31 de marzo de 1998, Ar. 841, que en su FJ 3º afirma que:

“una vez sancionada la infracción mediante la resolución dictada al efecto, no puede ya articularse la prescripción de la infracción, (...) con independencia de la tardanza en la resolución del recurso formulado, en su caso, contra la resolución sancionadora”.

Ciertamente, esa tardanza podrá ser la causa de la prescripción de la sanción. Así lo reconoce la STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1998, Ar. 861. Esta sentencia afirma en su FJ 2º que desde el momento en que el recurso ordinario puede entenderse desestimado por el transcurso del plazo de tres meses sin que se haya resuelto expresamente,

“la sanción ha de entenderse definitivamente impuesta al haberse ejercitado la potestad sancionadora y tratarse de una resolución definitiva, contra la que no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo. Es por tanto desde ese momento desde el que ha de computarse el plazo de prescripción de la sanción”.

En esta sentencia dicho cómputo no se hace depender de la previa solicitud de una certificación de acto presunto. En parecidos términos, aunque bajo el régimen de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1998, Ar. 403.

MANUEL REBOLLO PUIG

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Alcance de la garantía patrimonial. A) Privación de accesos por construcción de carreteras. 3. Causa **expropriandi**. A) Utilidad pública. Naturaleza discrecional de la declaración de la “causa expropriandi”. 4. Procedimiento **expropriatorio**. A) Competencia sobre el procedimiento expropriatorio iniciado cuando media transferencia de la competencia sustantiva a una Comunidad Autónoma. B) Composición del Jurado: designación del vocal técnico en función de las características prevalentes del terreno. 5. Determinación del **justiprecio**. A) Indemnización de perjuicios por construcción de autopistas: análisis de los supuestos no indemnizables. B) En arrendamiento de locales de negocios: conceptos indemnizables. C) En finca rústica con subsuelo susceptible de explotación minera. 6. Pago del **justiprecio**. A) Carácter recurrible de la denegación administrativa de abono de la cantidad concurrente. 7. Garantías formales. A) Retasación: modo de realizarla. 8. Garantías sustanciales. Derecho de reversión. A) Revocabilidad por incumplimiento del reversionista. B) Exclusión de la garantía en el caso de terrenos adquiridos mediante compraventa. C) Requisito de notificación personal. D) La afectación genérica en expropiaciones urbanísticas determina su improcedencia. 9. Garantías jurisdiccionales. A) Inconstitucionalidad del art. 126.2 de la LEF.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado algo más de 70 pronunciamientos, de los cuales sólo se comentan aquellos que contienen doctrina novedosa y aquellos otros que, recogiendo doctrina consolidada, tienen especial interés. Además de importantes cuestiones relativas al procedimiento y la competencia expropriatoria, y de la recurrente casuística sobre determinación y pago del justiprecio, destacan sobremanera —desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo— los pronunciamientos que versan sobre las garantías sus-

tanciales del instituto expropiatorio, entre los que cabe resaltar especialmente los que afectan al derecho de reversión.

2. ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Privación de accesos por construcción de carreteras

Las SSTs de 14 de abril, Ar. 4044, y de 17 de abril de 1998, Ar. 3829, Sala Tercera, Sección Sexta, asientan la doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de indemnizar, en el marco del procedimiento expropiatorio, las privaciones de accesos o de cruces por construcción o reforma de las carreteras. Tales privaciones no constituyen, en efecto, partidas del justiprecio, sino que, todo lo más, serán reclamables por la vía de la responsabilidad patrimonial. Y, aun así, llegado el caso habrá de analizarse cuidadosamente si concurre o no el deber jurídico de soportar la privación de un acceso directo, pues como en otras ocasiones ha declarado el Tribunal Supremo, la Ley de Carreteras de 1988 establece toda una serie de limitaciones de acceso a las mismas que disminuyen notablemente la posible argumentación sobre la antijuridicidad del daño.

3. CAUSA EXPROPRIANDI

A) Utilidad pública. Naturaleza discrecional de la declaración de la “*causa expropriandi*”

La jurisprudencia viene reconociendo que la declaración de las causas de utilidad pública o interés social que pueden legitimar la expropiación pertenecen esencialmente al ámbito de la potestad discrecional de la Administración expropiante. En este contexto, la STS de 31 de marzo de 1998, Ar. 3298, Sala Tercera, Sección Sexta, se enfrenta a la pretensión anulatoria de la declaración de utilidad pública de la expropiación de unos terrenos para hacer pasar por ellos un desvío de la conducción del abastecimiento de aguas. Según los recurrentes, la “*causa expropriandi*” enmascara, bajo apariencia de licitud, un fin contrario al ordenamiento jurídico, cual es aliviar a un propietario colindante del obstáculo que le impedía solicitar la licencia de obras sobre su parcela, ya que ésta estaba gravada por la servidumbre de paso de la canalización de aguas que ahora se desvía. Pero el interés de esta Sentencia no reside en la resolución de la desviación de poder alegada (que es rechazada porque el autor no aportó ninguna prueba de la misma), sino en la argumentación sobre la naturaleza de la potestad administrativa de declarar la utilidad pública o el interés social de los bienes expropiados. En efecto, la sentencia afirma que, siendo la declaración administrativa de la “*causa expropriandi*” una potestad esencialmente discrecional:

VIII. Expropiación Forzosa

“(…) su fiscalización por los Tribunales no puede por ello proyectarse, en cuanto al aspecto sustantivo de la determinación de la *causa expropriandi* se refiere, al núcleo de oportunidad de la declaración”.

Se observa en este aserto una autocontención muy elevada por parte del Tribunal, que no emprende un análisis de fondo de la motivación del acto ni del resto de elementos reglados de la potestad administrativa para declarar la utilidad pública de la expropiación. Ahora bien, no debe perderse de vista que la actuación del Tribunal se mueve en este caso sobre la base de una carencia absoluta de prueba, lo que quizás explique esa inhibición suya en orden a penetrar en el control de la referida decisión discrecional. Acaso hubiera sido otra su actitud de haber existido algún elemento de prueba, siquiera indiciario, de la alegada desviación de poder.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Competencia sobre el procedimiento expropiatorio iniciado cuando media transferencia de la competencia sustantiva a una Comunidad Autónoma

El modo en que afecta una transferencia competencial a los procedimientos expropiatorios iniciados por el Estado antes de transferir la materia a una determinada Comunidad Autónoma es la sustancial cuestión que resuelve la **STS de 2 de marzo de 1998**, Ar. 2404, Sala Tercera, Sección Sexta. El caso debatido afectaba a un expediente expropiatorio que había sido paralizado por la Comunidad Autónoma de Cantabria tras asumir ésta la competencia sobre la carretera para cuya ejecución el MOPU inició el expediente expropiatorio. Paralizado el expediente, el afectado insta la reanudación de la pieza de justiprecio a la Comunidad Autónoma, que desestima la petición argumentando que las obras de la carretera habían sido cedidas a un Ayuntamiento. Para resolver el recurso planteado, el Tribunal Supremo recuerda su ya consolidada jurisprudencia según la cual la Administración expropiante ha de proseguir los expedientes paralizados hasta su terminación si no concurren los presupuestos para su desistimiento. Pero al determinar cuál es la Administración obligada, el Tribunal señala a la autonómica, afirmando que la cesión de la obra pública al Ayuntamiento no es causa suficiente para enervar la obligación de aquélla de hacer frente a los deberes derivados del ejercicio de la potestad expropiatoria para la construcción de una carretera cuya competencia le fue transferida una vez iniciado el expediente de justiprecio,

“ya que esto no es obstáculo a las reclamaciones o compensaciones económicas que luego puedan resultar procedentes entre las distintas Administraciones como consecuencia de los compromisos contraídos para la financiación de la obra”.

En consecuencia, la competencia para la continuación del procedimiento expropiatorio una vez recibida del Estado la competencia material es de la Comunidad Autónoma, pues en ningún caso:

“(...) pueden perjudicar al particular expropiado (...) las ambigüedades competenciales entre las distintas Administraciones intervinientes, sólo a ellas imputables. El principio según el cual sólo la Administración competente debe asumir las cargas derivadas del ejercicio de las potestades administrativas que le corresponden no puede constituir una traba al ejercicio efectivo de los derechos inherentes al propietario que sufre la privación forzosa de sus bienes y derechos cuando la determinación de la Administración a quien corresponde la titularidad en virtud de transferencias o cesiones resulta cuestionable, cambiante o dudosa”.

Este mismo principio de seguridad jurídica justifica –sigue argumentando el Tribunal– la consecuente sucesión de responsabilidades de la Comunidad Autónoma frente a los particulares afectados, que deriva, en última instancia, “de la necesidad de coordinación entre las Administraciones intervinientes para hacer frente a estas responsabilidades sin vulnerar la efectividad de los derechos de aquéllos”.

B) Composición del Jurado: designación del vocal técnico en función de las características prevalentes del terreno

El art. 32.1.b) de la LEF establece que la cualificación profesional del vocal técnico que la Administración ha de designar en las actuaciones del Jurado Provincial de Expropiación “variará según la naturaleza del bien objeto de la expropiación”, de forma que su nombramiento sigue un criterio de especialidad que está en función del uso que tengan los terrenos expropiados en cada caso. Sin embargo, la práctica demuestra que un mismo terreno es susceptible de aprovechamientos de diversa naturaleza, lo que puede entrar en colisión con la cualificación pericial del vocal técnico a quien corresponde la valoración del conjunto de los aprovechamientos. La **STS de 17 de marzo de 1998**, Ar. 2824, Sala Tercera, Sección Sexta, resuelve la pretendida anulación de un expediente de justiprecio que se fundamenta, justamente, en la indebida composición del Jurado, argumentando el recurrente la impericia del vocal técnico para valorar los aprovechamientos mineros que se compatibilizaban con el destino agrícola principal de los terrenos expropiados. El Tribunal rechaza esta pretensión sosteniendo que, aun siendo cierta la diversidad de usos del terreno, la designación de un Ingeniero Agrónomo como vocal técnico era ajustada a Derecho, pues en estos supuestos ha de estarse al destino prevalente o dominante del terreno –en este caso agrícola–, que es el dato que debe determinar el uso relevante a efectos expropiatorios y, en consecuencia, la requerida cualificación del vocal técnico.

5. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Indemnización de perjuicios por construcción de autopistas: análisis de los supuestos no indemnizables

La Ley de Autopistas de Peaje de 10 de mayo de 1971 excluye de la indemnización a efectos expropiatorios, entre otras, estas dos limitaciones singulares: a) la simple afección de terrenos colindantes a la zona de servidumbre de la autopista; y, b) la prohibición de construir dentro de la zona prohibida delimitada por la línea de edificación, si los propietarios afectados pueden concentrar en terrenos de su propiedad, colindantes con la mencionada línea, el volumen edificatorio autorizado en cada caso. En la **STS de 20 de marzo de 1998**, Ar. 2827, Sala Tercera, Sección Sexta, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación y alcance de tales excepciones del derecho a ser resarcido por las servidumbres que impone el dominio público de las autopistas. Así, respecto de la no indemnizabilidad de los terrenos afectos a la zona de servidumbre, la citada sentencia declara que la simple afección no genera, en sí misma, derecho de resarcimiento alguno, salvo cuando “tal afección se concreta y materializa de modo efectivo transformándose en zona útil al servicio de la autopista”, ya que entonces se estaría ante una privación efectiva del dominio que sí es indemnizable en sede expropiatoria; solución que apoya la normativa sectorial de carreteras al exigir que, para ser indemnizable la pérdida del dominio útil ha de ser total, o parcial, si la zona afectada es ocupada o utilizada para servir al demanio público viario.

Por lo que respecta a la prohibición de edificar dentro del límite marcado por la línea de edificación, el derecho a ser indemnizado sólo procede legalmente si los propietarios afectados no pudieran concentrar el volumen edificatorio autorizado conforme a la legislación urbanística en los terrenos de su propiedad colindantes con los terrenos inedificables. Pero, aun así, esta imposibilidad debe ponderarse en función de las circunstancias del caso, pues no puede pretender la Administración exonerarse de la indemnización computando terrenos edificables que, justamente por la división física que de los mismos hace la autopista, quedan aislados del resto, haciendo imposible, por tanto, la concentración de la edificabilidad permitida.

B) En arrendamiento de locales de negocios: conceptos indemnizables

La **STS de 2 de abril de 1998**, Ar. 3684, Sala Tercera, Sección Sexta, sistematiza el conjunto de criterios que la jurisprudencia ha ido decantando para determinar la indemnización que corresponde al arrendatario de un local de negocios por la privación de su derecho (art. 44 LEF). Dichos criterios son los siguientes: a) el arrendatario no puede pretender un justiprecio por la expropiación, sino la indemnización que le corresponde por la extinción de su derecho sobre el bien expropiado; b) en el cálculo de dicha indemnización han de incluirse los gastos de establecimiento y de apertura del local expropiado, así como los de instalación de un nuevo local; c) también debe contabilizarse la llamada prima de traspaso que el arrendatario haya de pagar por un local similar en la zona, a lo que ha de sumarse la capitalización de la diferencia del precio de

alquiler; d) son asimismo computables los gastos de traslado que queden acreditados, así como las pérdidas derivadas de la paralización temporal de la actividad y e) por último, también son susceptibles de indemnización los perjuicios por pérdida de clientela.

C) En finca rústica con subsuelo susceptible de explotación minera

El Tribunal Supremo ha declarado en distintas ocasiones la procedencia de indemnizar los aprovechamientos minerales ubicados en fincas rústicas que son objeto de expropiación, incluso en el caso de que tales aprovechamientos no hayan sido explotados con anterioridad. Ahora bien, para este último supuesto, la **STS de 7 de abril de 1998**, Ar. 3738, Sala Tercera, Sección Sexta, precisa los criterios que han de aplicarse a la valoración de los yacimientos, afirmando que tan sólo es indemnizable lo que efectivamente está en poder y posesión del dueño de la finca, que no es sino su derecho potencial al aprovechamiento minero. De esta forma, del valor de los minerales en el mercado deberán descontarse porcentualmente los gastos de explotación estimados en cada caso, que están condicionados por el propio carácter material del yacimiento y por la dificultad o limitaciones físicas que presenta su explotación, pero también por las limitaciones y condicionamientos legales que le afectan en aplicación de la legislación de minas.

6. PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Carácter recurrible de la denegación administrativa de abono de la cantidad concurrente

En supuestos de litigio pendiente sobre la cuantía del justiprecio, el art. 50.2 de la LEF contempla el derecho del expropiado a percibir de la Administración expropiante el *quantum* indemnizatorio no debatido (“hasta el límite en el que exista conformidad”), quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado final del litigio. La **STS de 17 de marzo de 1998**, Ar. 2822, Sala Tercera, Sección Sexta, se enfrenta a una denegación administrativa de abonar la cantidad concurrente sobre el montante global que está siendo debatido judicialmente. En primer lugar, la Sala rebate el argumento de la Administración según el cual tal denegación no es un acto definitivo, sino un simple acto de trámite en el conjunto del expediente expropiatorio y, por lo tanto, irrecurrible de forma autónoma. Ante esta alegación, la Sala afirma que:

“La decisión de denegar el abono de la cantidad concurrente, aun cuando puede ser considerada un acto de trámite en el conjunto del expediente expropiatorio, comporta una decisión definitiva sobre la pretensión del expropiado de percibir anticipadamente parte del justiprecio al amparo del art. 50.2 de la LEF, por lo que debe ser considerado como acto definitivo en cuanto su desestimación hace imposible el ejercicio de ese derecho proclamado por la Ley. Este derecho tiene carácter autónomo respecto del procedimiento en su conjunto, pues obedece al propósito del legislador de obligar a la Administración al

VIII. Expropiación Forzosa

rápido abono del justiprecio para no privar de parte de su contenido y efectividad al principio de indemnización que es inherente a la privación coactiva de la propiedad (...)”

No obstante, a pesar de realizar este pronunciamiento, la Sala desestima la pretensión del expropiado, habida cuenta que en el caso examinado no existía aprobación por los órganos activos de la Administración expropiante de la conformidad con parte del justiprecio solicitado por el expropiado, pues aquella se había limitado a remitir el expediente al Jurado sin realizar un acto formal de aprobación de la valoración que habían realizado los técnicos de la Administración actuante (valoración que tiene naturaleza consultiva y no vinculante). Esta falta de aprobación administrativa de la conformidad con parte del justiprecio determina, a juicio de la Sala, la ineficacia del derecho recogido en el art. 50.2 de la LEF, pues lo cierto es que este precepto subordina el abono de la cantidad concurrente a que haya “conformidad” entre la Administración y el expropiado sobre una parte de la cantidad debida.

7. GARANTÍAS FORMALES

A) Retasación: modo de realizarla

La jurisprudencia ha precisado en multitud de ocasiones que la retasación de los bienes expropiados a la que se refiere el art. 58 de la LEF no equivale a una mera actualización del justiprecio original mediante la aplicación del índice general de precios (que es lo que la doctrina denomina “retasación interna”), sino que constituye una nueva valoración de los bienes para la que ha de abrirse expediente de justiprecio, en el que habrán de computarse cuantos elementos coadyuven a la justa tasación de la cosa aplicando los criterios de valoración del Capítulo III de la LEF. Ésta es, pues, la única forma procedente del dar cumplimiento al mandato del art. 58 de la LEF y, por lo tanto, no es admisible que la Administración pretenda dar por cumplido el trámite mediante la retasación interna de los bienes a la hora de ejecutar una sentencia, tal y como ha declarado el **ATS de 23 de febrero de 1998**, Ar. 3192, Sala Tercera, Sección Sexta. En el caso debatido, la Administración autonómica había procedido a retasar los bienes en el incidente de ejecución de una sentencia que estimaba las pretensiones de un expropiado, pero la Sala declara la improcedencia de esta vía, aun reconociendo que la Administración actúa movida por un loable deseo de justicia material. Ciertamente, la retasación en vía de ejecución de sentencias puede responder al principio constitucional de tutela judicial efectiva entendido como derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que indudablemente se proyecta sobre el momento de ejecutar las sentencias, pero lo cierto es que el carácter restringido del incidente de ejecución, que no obstante puede enderezarse a precisar o cuantificar obligaciones líquidas, no puede servir de cauce para decidir una pretensión autónoma, cual es la retasación, cuya satisfacción demanda un procedimiento independiente que garantice el derecho de defensa de las partes y la justa valoración de los bienes, para lo que puede no ser suficiente su mera actualización automática al índice de precios.

8. GARANTÍAS SUSTANCIALES. DERECHO DE REVERSIÓN

A) Revocabilidad por incumplimiento del reversionista

En el supuesto enjuiciado por la **STS de 10 de marzo de 1998**, Ar. 2662, Sala Tercera, Sección Sexta, el Tribunal *a quo* había sostenido que en caso de impago del reversionista, el derecho de reversión sólo puede ser dejado sin efecto mediante la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio, ya que el reconocimiento administrativo de la procedencia de la reversión constituye un acto declarativo de derechos. Por el contrario, el Tribunal Supremo ampara la pretensión de la Administración recurrente, afirmando que los actos administrativos pueden ser dejados sin efecto por la Administración, sin necesidad de tramitar un procedimiento de revisión de oficio, cuando el derecho reconocido o declarado por el acto está sometido a una condición resolutoria impuesta por la ley o por la propia Administración y dicha condición es incumplida por el administrado, que es lo que se produce cuando el reversionista no devuelve el justiprecio previamente pagado por la Administración. Para llegar a esta conclusión, la Sala argumenta que a pesar de que la LEF no impone expresamente la caducidad del derecho de reversión por falta de pago del reversionista, lo cierto es que:

“ (...) el art. 54 de la citada Ley, al configurar la reversión como una facultad de ejercicio potestativo del primitivo dueño o causahabiente para ‘recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio’, establece una relación sinalagmática entre la obligación de la Administración de reintegrar el bien y la del pago del justiprecio, cosa que equivale a sujetar el ejercicio de la expresada facultad a la condición resolutoria del pago por aplicación subsidiaria de lo dispuesto en el ámbito privado para las obligaciones recíprocas y especialmente en la compraventa (arts. 1224 y 1504 del CC), de tal suerte que la Administración no sólo puede optar por la resolución en caso de incumplimiento, sino que, por entrar en el ámbito de su prerrogativa de autotutela, cuando previo requerimiento de pago del justiprecio dirigido al reversionista, éste ha sido desatendido, puede declarar la extinción del derecho mediante un acto administrativo sujeto al enjuiciamiento de los Tribunales de esta jurisdicción”.

B) Exclusión de la garantía en el caso de terrenos adquiridos mediante compraventa

En aplicación de la consolidada doctrina jurisprudencial que condiciona el instituto reversional al ejercicio de la potestad expropiatoria, la **STS de 10 de marzo**, Ar. 2658, Sala Tercera, Sección Sexta, declara la improcedencia de aplicar analógicamente el derecho de reversión en los supuestos de compraventa de bienes en el caso de que los bienes comprados por la Administración no fuesen posteriormente destinados al uso dotacional asignado por el planeamiento. Tampoco puede sostenerse, en estos casos de pura y simple compraventa, que la escritura pública de la misma tenga la consideración de una “mutua avenencia” a la que se refiere el art. 24 de la LEF (que sí generaría derecho de

VIII. Expropiación Forzosa

reversión), ya que para tenerse ésta por celebrada es necesario acreditar mínimamente que el expediente expropiatorio había sido iniciado.

C) Requisito de notificación personal

El Tribunal Supremo ha venido reclamando, en garantía del expropiado, una interpretación formalista del requisito de la notificación personal de la inejecución de la obra que contempla el art. 55 de la LEF para la iniciación del plazo de reversión, exigiendo con rigor la práctica de dicha notificación o, en su defecto, la comparecencia del interesado en el expediente dándose por notificado del acto o disposición que conlleva la inejecución. La **STS de 31 de marzo de 1998**, Ar. 3299, Sala Tercera, Sección Sexta, analiza la postura de la Administración recurrente que no practicó la mencionada notificación desde una interpretación flexible del art. 55 del la LEF, acorde con el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos y con la interdicción del abuso de los mismos, pues entendió la Administración que la participación del interesado en su condición de concejal en el acto de aprobación municipal del avance de Plan que comportaba el cambio de clasificación de los terrenos expropiados le permitió conocer directamente el cambio de destino de los bienes y, con ello, la inejecución de la obra determinante de la procedencia del derecho de reversión, por lo que el Ayuntamiento no se creyó obligado a practicar la notificación personal de la inejecución.

A pesar de la aparente solidez de esta argumentación, la sentencia comentada mantiene el rigor formalista sobre la práctica de la notificación personal de la inejecución de la obra, sosteniendo que tanto el principio de seguridad jurídica como el criterio hermenéutico *pro* expropiado impiden excepcionar la exigencia de dicha notificación, ya que la reversión por inejecución de la obra está sujeta legalmente al breve plazo preclusivo de un mes, por lo que el Tribunal ha de estar siempre:

“(…) a reglas muy estrictas en cuanto a la determinación del momento inicial para su cómputo, pues, dependiendo de él la caducidad del derecho de reversión, no basta con que el propietario tenga noticia más o menos precisa del desistimiento de la Administración, sino que es menester que se formalice de manera indudable el momento en que se inicia el cómputo del plazo a raíz de acreditarse el conocimiento cabal de dicha circunstancia (...)”

D) La afectación genérica en expropiaciones urbanísticas determina su improcedencia

También referida a un supuesto de reversión por inejecución de la obra, la **STS de 20 de febrero de 1998**, Ar. 1683, Sala Tercera, Sección Sexta, se cuestiona el alcance del derecho reversional en el caso de la expropiación urbanística de unos terrenos afectados genéricamente por el Plan a un determinado uso urbanístico que, a la postre y como consecuencia de la modificación del planeamiento, no constituye el destino definitivo de la parcela del reclamante. En aplicación de la consabida doctrina según la cual en las expropiaciones urbanísticas ha de estarse, más que al destino concreto y específico de cada parcela, a la finalidad prevista por el Plan para cada unidad de ejecución, la men-

cionada Sentencia declara la improcedencia del derecho de reversión, afirmando que si la concreta finca no era objeto exclusivo de una también concreta obra, sino de una afectación genérica de uso referida a todos los terrenos del polígono, nada importa que en el planeamiento posterior al acuerdo de expropiación se asignaran a los bienes sobre los que el recurrente pretende la reversión sucesivos destinos urbanísticos, ya que éstos no implican la inejecución de la obra originaria de urbanización, ni que la afectación de aquellos bienes a dicha obra haya dejado de existir “ni en el ámbito jurídico, ni en el material o físico”.

9. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

A) Inconstitucionalidad del artículo 126.2 de la LEF

El artículo 126.2 de la LEF establece que al interponer el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de justiprecio sólo podrá argumentarse lesión del derecho de resarcimiento “cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno”. La STS de 31 de marzo de 1998, Ar. 2903, Sala Tercera, Sección Sexta, reitera la doctrina sentada por su precedente de 11 de junio de 1997, Ar. 4644, que ya dictaminó que la limitación del acceso a la tutela judicial que fija el precepto mencionado carece de los requisitos necesarios para que pueda estimarse compatible con la Constitución, ya que el único fin al que atiende el art. 126.2 de la LEF es evitar que los Tribunales se empeñen en resolver conflictos de escasa cuantía, lo que resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de la CE. Además, la citada limitación resulta aún más improcedente si se tiene en cuenta que no siempre es coincidente el derecho o interés subjetivo que pueda albergar el expropiado con la obtención de un determinado importe económico, pues aquél puede también invocar al impugnar el justiprecio causas de nulidad del expediente expropiatorio cuya apreciación comporta consecuencias de más hondo calado que las ligadas al importe económico. Y, por otra parte, tampoco debe olvidarse que asuntos de escasa o insignificante cuantía pueden acarrear consecuencias crematísticas de mayor porte por la acumulación de los intereses de demora en materia expropiatoria.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad subjetiva. Daños producidos por la actividad de concesionarios y responsabilidad administrativa. 3. Carácter objetivo del sistema de responsabilidad y relación de causalidad.

A) Daños originados por vertidos de partí-
culares a las aguas y competencias de policía administrativa: ausencia de causalidad.

B) Responsabilidad objetiva e indemnización de las cargas especiales en aras del interés
general derivadas de la actividad normal del Gobierno en el ámbito de las relaciones

internacionales. C) Fuerza mayor: su consideración como concausa cuya concurrencia
puede llevar a moderar la indemnización.

4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo.

A) Relación entre la existencia de una potestad discrecional y el requisito de

la antijuridicidad. B) Obligación de soportar el daño. Relación entre prohibición regla-

mentaria de comercialización y previa omisión del deber de control de la salubridad de

un producto por parte de las empresas afectadas: obligación de soportar el daño derivado

de la retirada del mercado de unidades de plasma no sometidas a las pruebas de detec-

ción del virus del SIDA. **5. Daño.** A) Compatibilidad de las pensiones extraordinarias y las
prestaciones asistenciales y con la indemnización por responsabilidad administrativa.

B) Singularidad del daño y responsabilidad por reglamentos. **6. Principio de unidad**

**jurisdiccional. Procedencia de la vía de reclamación administrativa aun en los supuestos
en que el contratista es codemandado, cuando existe una unidad de causa.**

7. Responsabilidad del Estado legislador. A) Aprobación de Leyes autonómicas de protec-
ción de áreas naturales con efectos prohibitorios de urbanización. Indemnizabilidad de
los gastos efectivamente realizados en el proceso de urbanización y no de las meras

expectativas. B) Acogimiento voluntario al régimen previsto por una Ley. No indemniza-
bilidad de los perjuicios que de la misma pudieran derivar **8. Responsabilidad del Poder**

Judicial. A) Error judicial y absolución penal habiendo mediado prisión preventiva:

supuestos que generan derecho a indemnización. B) Funcionamiento anormal de la

Administración de Justicia y derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De un volumen de alrededor de una centena de pronunciamientos, se comentan algunos que abordan tanto cuestiones generales sobre el “modo de ser” propio de la responsabilidad objetiva, como aspectos particulares que en la práctica plantean serias dudas, dada la parquedad de regulación en la LPAC de un instituto tan rico en matices como es el de la responsabilidad, aun con la notable ampliación de preceptos que aportó la referida Ley. Baste destacar en este sentido los pronunciamientos referidos a la responsabilidad derivada del ejercicio de la potestad discrecional o a la compatibilidad o no de indemnizaciones concurrentes.

2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA. DAÑOS PRODUCIDOS POR LA ACTIVIDAD DE CONCESIONARIOS Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La STS de 25 de febrero de 1998, Ar. 1810, Sala Tercera, Sección Sexta, analiza el supuesto de la rotura de una arteria principal del Canal de Isabel II, con una empresa suministradora de gas como codemandada, y declara que, al tener los suministros de energía eléctrica, agua y gas la consideración de servicios públicos, correspondiendo a la Administración la reglamentación de tales servicios para garantía de la seguridad e interés público, una rotura como la producida en las tuberías principales de canalización:

“(…) afecta a la organización de su servicio y a su gestión, cuyo directo control sigue correspondiendo a quien ostenta la titularidad del servicio, por lo que no son los Tribunales Civiles (...) los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los conflictos que pudieran surgir, sino que al tratarse de una cuestión en que la Administración ha de actuar en el ámbito de sus competencias, no se trata de una relación estricta de carácter contractual entre el concesionario y usuario, sino de una relación que afecta a la prestación del servicio público (...) lo que no impide el acudir a la vía civil para aspectos relativos a la estricta relación derivada de la póliza de abono (...)” (FJ 3º).

3. CARÁCTER OBJETIVO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Daños originados por vertidos de particulares a las aguas y competencias de policía administrativa: ausencia de causalidad

Las SSTs de 7 de febrero, Ar. 1444 y 6 de marzo de 1998, Ar. 2490, que las reproduce, ambas de la Sala Tercera, Sección Sexta, sientan doctrina del máximo interés.

Ante la detección de una concentración de metales pesados en las aguas del litoral onubense, una Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía prohi-

IX. Responsabilidad Administrativa

bió la captura y venta de moluscos. La Administración andaluza ostenta, como señala la sentencia, competencias en todo lo relativo a vertidos en las aguas del litoral andaluz, a la ordenación de éste, a la acuicultura y a la ordenación del sector pesquero, al medio ambiente y a la higiene de la contaminación biótica y antibiótica.

La demandante es una cooperativa que, con anterioridad a la aprobación de dicha Orden, había sido autorizada para la instalación de viveros flotantes destinados al engorde de moluscos, y que fundaba la responsabilidad administrativa en las competencias que la Junta de Andalucía posee sobre las materias y sectores citados, con el argumento según el cual de haberlas ejercido eficazmente no se hubiese producido la contaminación de las aguas y no hubiera sido preciso promulgar la Orden que prohibió las capturas y ventas de moluscos. Además, apuntaba que la contaminación ya existía cuando le fue concedida la autorización.

El TS no acogerá estas argumentaciones:

“(…) el que dicha Administración tuviese indiscutiblemente competencias sobre las indicadas materias y en los expresados sectores no le hace, sin más, responsable de la contaminación de las aguas del litoral y de todas las consecuencias derivadas de ésta, pues no es conforme con el principio de responsabilidad objetiva (...) la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la concurrencia del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la Sala de instancia, no puede apreciarse aunque la Administración hubiera incumplido sus deberes de vigilancia para evitar vertidos contaminantes, pues se desconoce el factor o agente determinante del aumento de los niveles máximos autorizados de metales pesados en las aguas del litoral onubense (...) que obligó a la Administración demandada (...) a prohibir su comercialización como medida para salvaguardar la salud”.

“La socialización de los riesgos, que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa en defensa de los intereses generales lesionando para ello intereses particulares, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir las pérdidas en este caso de los acuicultores por más que su actividad hubiese sido promovida y fomentada por la propia Administración, ya que, cuando así procedió, no existía el riesgo después generado por hechos y circunstancias en los que no se ha acreditado que la misma tuviese participación alguna directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.”

“(…) pues no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario (...) se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”. (FJ 3º)

La Sentencia concluye señalando que la concesión por parte de la Administración de ayudas a los afectados por la prohibición, a las que las demandantes no se acogieron por considerarlas insuficientes, no supone el reconocimiento de su responsabilidad, ya que tales ayudas “responden a otros títulos de intervención propios del Estado Social”.

B) Responsabilidad objetiva e indemnización de las cargas especiales en aras del interés general derivadas de la actividad normal del Gobierno en el ámbito de las relaciones internacionales

La STS de 17 de febrero de 1998, Ar. 1636, Sala Tercera, Sección Sexta, tiene como marco la actividad del Gobierno en el ámbito de las relaciones internacionales. Determinadas fincas en la zona del antiguo protectorado español de Marruecos fueron expropiadas mediante ley y sin indemnización en 1973. Posteriormente, España celebró un Convenio con Marruecos por el que el Estado marroquí se obligó a entregar al Gobierno español una indemnización global a tanto alzado en concepto de finiquito, asumiendo éste la obligación de repartir tal cantidad entre los beneficiarios del Convenio. Por Resolución de 1989 se determinaron por la Administración española los beneficiarios y las correspondientes cantidades, que resultaban sensiblemente inferiores al valor real de mercado de los bienes expropiados.

Las demandantes trataban de hacer valer la desigualdad de la carga padecida en virtud de una actividad diplomática calificada por el TS de “totalmente adecuada y correcta en términos de intereses generales del Estado a los que debe responder”. Esto es, el principio de la indemnización del “sacrificio especial” o de la “desigualdad ante las cargas públicas” conocidos, como sabemos, en otros Derechos nacionales como el alemán (*Sonderopfer*) o francés (*égalité devant les charges publiques*) y, como afirma el propio TS, garantizado en nuestro ordenamiento por el propio principio de la responsabilidad objetiva, que incluye la indemnización de los sacrificios singulares derivados de la actividad normal de la Administración.

El TS analiza si, en efecto, el Estado asumió un sacrificio tal en pro de la consecución del interés general, para concluir que:

“(…) la sustancial diferencia entre el valor real de los bienes y la suma consignada como finiquito en el convenio no se debió a un sacrificio particular de la posición de los expropiados en aras del interés general, sino a una imposibilidad objetiva de lograr mediante un proceso de negociación el reconocimiento de una suma superior.” (FJ 7º)

El TS, por último, indaga si mediante la firma del convenio se impidió a los expropiados, en aras del interés general, el ejercicio de acciones eficaces encaminadas a recuperar la parte del valor de los bienes no obtenida mediante las negociaciones, puesto que en este caso, “equivaldría a afirmar que España se ha subrogado en las obligaciones del Reino de Marruecos respecto a los expropiados que no hayan sido cubiertas por la indemnización global acordada”. Descartada esta conclusión a la vista del propio contenido del

IX. Responsabilidad Administrativa

Convenio y de su ausencia de efectos en orden a alterar las posibilidades judiciales previamente existentes ante los tribunales marroquíes, el TS descartará la existencia de daño indemnizable y de causalidad.

C) Fuerza mayor: su consideración como concausa cuya concurrencia puede llevar a moderar la indemnización

En el número anterior de esta crónica vimos como el TS había considerado, en el supuesto de la rotura de la presa de Tous, que la fuerza mayor, en caso de concurrir, podía tener la consideración de “concausa” —junto al defectuoso funcionamiento del servicio público— que podía llevar a moderar la indemnización, bien que en el supuesto en concreto, por lo demás, el TS concediera el total de la indemnización reclamada (**STS de 20 de octubre de 1997**, Ar. 7254, Sala Tercera, Sección Sexta).

Pues bien, en un nuevo asunto con otra rotura como supuesto, esta vez la de una arteria principal del Canal de Isabel II, la **STS de 25 de febrero de 1998**, Ar. 1810, Sala Tercera, Sección Sexta, en su FJ 14º, ha vuelto a hacer suya esta aproximación a los efectos de la eventual presencia de un supuesto de fuerza mayor, al entender existente, igual que en el asunto de la presa de Tous, un elemento de defectuosidad en el funcionamiento del servicio consistente en la negligencia cometida por insuficiencia de medidas de inspección, gestión y conservación. Y, del mismo modo que entonces, ha apreciado la indemnización en la totalidad de las sumas reclamadas.

Como se ve, la indicada doctrina trata de hacer compatibles dos elementos de muy difícil armonización, es decir, la concurrencia de la fuerza mayor junto con otra concausa ligada al funcionamiento del servicio público, admitiendo que este funcionamiento pueda absorber la relación causal. Las circunstancias de fuerza mayor se traen a colación, pues, no para afirmar la inexistencia o la ruptura del nexo de causalidad, sino para hacerles jugar el papel de factor que incide en la relación causal, a efectos de moderar el “quantum” indemnizatorio.

Es ocioso decir que una aplicación estricta del instituto de la fuerza mayor excluiría no sólo la existencia de cualquier causación imputable a la Administración, sino también su papel como elemento moderador de la indemnización, pues cabe afirmar que el suceso catastrófico, por definición, no colabora con otras causas en la producción del daño —como puede ocurrir con el caso de las conductas de la propia víctima o de terceros— sino que por su propia naturaleza las eclipsa y excluye. La explicación última de estas soluciones matizadas quizás se encuentre en el uso, más o menos visible, de elementos culpabilísticos, extraños al sistema de responsabilidad objetiva aunque de difícil eliminación en la práctica.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTARLO

A) Relación entre la existencia de una potestad discrecional y el requisito de la antijuridicidad

La STS de 10 de marzo de 1998, Ar. 2661, Sala Tercera, Sección Sexta, tiene como supuesto la suspensión por parte de un Ayuntamiento de los efectos de una licencia de obras. El recurso interpuesto por la empresa afectada contra el acuerdo de suspensión fue desestimado en primera instancia. Esta primera decisión judicial fue posteriormente revocada por el propio TS. En lo que se refiere al recurso de responsabilidad subsiguiente, el tribunal de instancia había descartado la procedencia de indemnización, por cuanto la Administración había actuado dentro de los límites normales de interpretación de la normativa aplicable, y no temerariamente, en una cuestión que revestía complejidad.

El TS reafirma la existencia de dos límites importantes en estos supuestos. En primer lugar, la existencia de un perjuicio verdadero y real que, en materia urbanística, se traduce en la necesidad de demostrar que el incremento de los costes por retraso en las obras no ha sido acompañado de un mayor precio de venta debido precisamente al aumento del precio de la vivienda. Este requisito le basta en el caso de autos al TS para desestimar el recurso.

En segundo lugar, y en apoyo de la argumentación sostenida en la instancia, el TS reconoce el encaje de aquélla con su más reciente línea jurisprudencial, según la cual:

“(…) en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales o en que la aplicación por la administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución, debe reconocerse un determinado margen de apreciación en la administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión”. (FJ 3º)

La existencia de un margen más o menos amplio de discrecionalidad es un elemento tenido en cuenta en determinados regímenes nacionales de responsabilidad, y, muy especialmente, por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (pudiendo citarse como Sentencias de principios las fundamentales de 25 de mayo de 1978, Rec. p. 1061, sobre responsabilidad de la Comunidad y 5 de marzo de 1996, Rec. p. I-1029, sobre responsabilidad de los Estados miembros). Si bien resulta necesario precisar que en dichos ordenamientos el criterio tiene un fundamento lógico por tratarse de regímenes de responsabilidad por culpa o por “ilegalidad caracterizada”, la doctrina que sigue la Sentencia comentada no deja de plantear problemas en el seno de un sistema de res-

IX. Responsabilidad Administrativa

ponsabilidad objetiva como el que rige entre nosotros, donde el derecho del sujeto lesionado no debe depender del grado de diligencia de la Administración o de su dificultad para adoptar la decisión adecuada, sino del hecho de sufrir una lesión que no tenga el deber jurídico de soportarla.

B) Obligación de soportar el daño. Relación entre prohibición reglamentaria de comercialización y previa omisión del deber de control de la salubridad de un producto por parte de las empresas afectadas: obligación de soportar el daño derivado de la retirada del mercado de unidades de plasma no sometidas a las pruebas de detección del virus del SIDA

La STS de 11 de marzo de 1998, Ar. 2709, Sala Tercera, Sección Sexta, se enmarca dentro de las repercusiones judiciales del drama relacionado con el contagio del SIDA, pero esta vez desde otra perspectiva. La obligatoriedad de la práctica de controles de detección de anticuerpos frente al virus asociado al SIDA en las unidades de plasma no fue establecida hasta septiembre de 1985. En esta fecha, la normativa administrativa impuso la retirada inmediata de todas las unidades existentes que no hubieran sido objeto de tal control. Para efectuar a posteriori dicha prueba, respecto de las unidades ya envasadas, era preciso descongelarlas, proceso en el cual perdían parte de su valor comercial por cuanto pasaban a ser ya exclusivamente reutilizables para otros efectos diferentes a los de transusión.

La sentencia de instancia estimó la procedencia de indemnización respecto de dicha pérdida de valor comercial de las unidades en que la prueba posterior había dado resultados negativos, afirmando en cambio que, en el caso contrario de las unidades infectadas, no existía un perjuicio indemnizable al tratarse de un producto contaminado no susceptible de comercialización.

En casación, toda la cuestión versa sobre si existe un deber de soportar el daño cuando el perjuicio deriva de la aplicación de normas reglamentarias. El TS comienza recordando su doctrina general en materia de responsabilidad por daños derivados de la ejecución de reglamentos y aplicándola al caso concreto:

“(…) los perjuicios generales derivados del ejercicio de la potestad reglamentaria al constituir cargas sociales o colectivas que los ciudadanos están obligados a soportar no generan indemnización alguna, siempre, por supuesto, que los perjuicios ocasionados por el ejercicio de tal potestad no se circunscriban exclusivamente a personas individuales, no ya ante una carga colectiva o social, sino ante unas cargas concretas e individualizadas que es lo que sucede en el presente caso (…)” (FJ 4º)

Reconocida la singularidad del daño, el TS se aparta, sin embargo, del parecer del tribunal de instancia acerca de su antijuridicidad, con la consecuencia de rechazar la indemnizabilidad del descenso de valor comercial de las partidas de plasma no contaminado. En efecto, estima que:

“(…) todos los [laboratorios] dedicados a la producción de especialidades farmacológicas relacionados con la protección de la salud por razón de la peculiar actividad que desarrollan vienen obligados a realizar una labor de seguimiento de los productos que elaboran y comercializan (…)”

“(…) el laboratorio reclamante y con él todos aquellos que comercializan el plasma y sus derivados, debieron ser conscientes por la recepción ordinaria de comunicaciones facultativas y a la par por las líneas de investigaciones que se venían abriendo respecto del síndrome del SIDA que una vía de contagio y propagación de tal enfermedad era la hemática y por ello se debieron adoptar medidas preventivas o correctoras, aún sin intervención administrativa (…)”

“(…) de donde se sigue que respecto de dichas partidas sí tiene el deber jurídico de soportar el daño que tal verificación le puede haber producido y ello con independencia de las normas innovadoras o del control tuitivo de la Administración y, por ende, tal daño ha de anudarse al riesgo comercial o industrial derivado de su propia y peculiar actividad. (…)” (FJ 6º).

Como puede verse, por encima del propio razonamiento formal, el criterio de fondo manejado para apreciar la antijuridicidad del daño es el de la diligencia exigible a las empresas del sector, ante cuya ausencia –y en ello la llamada de atención del TS es documentada y nada tibia a lo largo de todo el FJ 6º– serán éstas las que, al menos desde el punto de vista de la mengua de ingresos empresariales, deban de soportar el daño directamente derivado de la entrada en vigor de una nueva normativa.

5. DAÑO

A) Compatibilidad de las pensiones extraordinarias y las prestaciones asistenciales con la indemnización por responsabilidad administrativa

Las SSTS de 27 de marzo, Ar. 2942, y 17 de abril de 1998, Ar. 3832, ambas de la Sala Tercera, Sección Sexta, abordan el tema de la compatibilidad entre las pensiones extraordinarias y la indemnización por responsabilidad administrativa.

En el primero de los asuntos, se trataba de la reparación de los daños físicos y morales sufridos como consecuencia de un acto terrorista perpetrado contra la Expo’ 92 de Sevilla y consistente en el envío de un paquete bomba a la sede de la Comisaría General de la Exposición, que no disponía en aquel entonces de equipos técnicos de seguridad para la detección de objetos explosivos. Afirmada la relación de causalidad por incumplimiento de una obligación de hacer y de un deber de vigilancia, el debate se centra, en primer lugar, en determinar la compatibilidad de la indemnización por responsabilidad, con la prestación económica asistencial para víctimas del terrorismo y con la pensión extraordinaria de invalidez; y, en segundo lugar, en establecer si, para llegar a la “reparación inte-

IX. Responsabilidad Administrativa

gral” garantizada por el instituto de la responsabilidad administrativa, han de tenerse en cuenta las cantidades satisfechas por ambos conceptos. El TS afirma la compatibilidad entre los tres tipos de prestaciones económicas. Para ello, se basa, respecto a la prestación para víctimas del terrorismo, en el propio articulado del Real Decreto que las estableció y en el diferente fundamento respecto del instituto de la responsabilidad administrativa, al tratarse de una prestación asistencial desvinculada de toda referencia al funcionamiento administrativo dañoso. En el caso de la pensión extraordinaria de invalidez, el TS acude de nuevo a los propios datos legales, tal y como han sido interpretados en su más reciente jurisprudencia y, en especial, en la Sentencia de la Sala Especial de Revisión del TS de 12 de marzo de 1991, Ar. 4870.

Estudiando ya si esta concurrencia de títulos ha de tener repercusiones sobre el quantum indemnizatorio, señala que:

“Sentado pues el criterio de compatibilidad legal entre aquellas y estas prestaciones, ese principio de indemnidad integral ha de operar siempre, pues cada uno de los títulos indemnizatorios es independiente de los demás y debiendo aplicarse cada uno de ellos independientemente considerados ese principio de indemnidad sin ningún otro tipo de modulación o límite que el derivado de sus propios condicionamientos como título individual pues de lo contrario no podría hablarse de títulos indemnizatorios distintos.” (FJ 5º)

Por ello, desestima el recurso, y mantiene la cantidad fijada por el tribunal de instancia en concepto de resarcimiento de los daños físicos, materiales y psíquicos o morales - tras haber afirmado con anterioridad que el tribunal de instancia había tenido presentes las cantidades reconocidas en su razonar para llegar a la cifra indemnizatoria global.

La segunda de las Sentencias reseñadas tiene como supuesto el fallecimiento de un soldado durante la realización del servicio militar. En este caso se analiza la compatibilidad entre la pensión extraordinaria concedida a cada uno de los progenitores con la indemnización por daños por ellos solicitada. Ambas partes habían recurrido la sentencia de instancia en razón a la cantidad en ella fijada en concepto de indemnización. La representación del Estado adujo la incompatibilidad entre ambos tipos de pensiones, y la necesaria toma en consideración del montante de la pensión para moderar la indemnización, en todo caso. Los padres del fallecido estimaron la indemnización insuficiente. El TS reitera la doctrina expuesta, y de nuevo recuerda que el tribunal de instancia no hizo abstracción de las cantidades reconocidas en concepto de pensión extraordinaria, sino que, antes al contrario, había señalado expresamente que debía evitarse una doble compensación mediante la coordinación de los aspectos cuantitativos. A su reciente doctrina, antes expuesta, el TS añadirá el siguiente inciso:

“(…) si bien cuando estemos ante pensiones indemnizatorias no contributivas el quantum de éstas ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de modo que entre ambos conceptos no se llegue a producir un enriquecimiento injusto, ello no ocurrirá en los casos de pensiones derivadas del régimen de clases pasivas ya que aquélla se percibiría igual cuando concurra el supuesto fáctico previsto para ello aun cuando éste no tuviese relación con el actuar en la Administración.” (FJ 1º)

La Sentencia de instancia había declarado el derecho de la actora a ser indemnizada por los daños psíquicos o morales sufridos por entender que los daños materiales —la posible contribución del fallecido al sostenimiento económico de la familia— habían quedado compensados por las pensiones extraordinarias concedidas. A la hora de valorarlos, sin embargo, había utilizado como argumento para reducir el “*pretium doloris*” el hecho de que los recurrentes tenían otros hijos en edad laboral, criterio rechazado, coherentemente, por el TS, por su ajenidad a la naturaleza del daño moral, que le lleva a corregir al alza la cuantía fijada porque:

“(…) parece olvidarse que la pensión extraordinaria y la indemnización por responsabilidad patrimonial obedecen a títulos distintos y por tanto el principio de indemnidad debe aplicarse sobre cada uno de ellos independientemente, sin más limitación que la derivada de sus propios condicionamientos como título individual.” (FJ 2º)

B) Singularidad del daño y responsabilidad por reglamentos

La STS de 29 de enero de 1998, Ar. 1103, Sala Tercera, Sección Segunda tiene como supuesto la aprobación de una nueva reglamentación más restrictiva en materia de Máquinas Recreativas y de Azar, que imponía al sector la adaptación a la misma en un determinado plazo, la cual conllevaba la realización de determinados desembolsos.

El TS comenzará afirmando un doble principio: la propia posibilidad de derivar la responsabilidad por actos reglamentarios, y las especialidades del juicio de responsabilidad en estos casos.

“(…) no hay, en principio, obstáculo alguno para que, *in abstracto*, el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración pueda ser considerado como una manifestación del actuar administrativo determinante de la génesis de daños y perjuicios indemnizables. Sin embargo, tal clase de responsabilidad (...) no puede equipararse de un modo global, a los supuestos de la responsabilidad por actos administrativos no expropiatorios. (...) debe tenerse en cuenta, también, y en especial, que se está ante una disposición de carácter general que regula *in genere* una actividad económica característica y fuertemente intervenida por el sector público en razón, precisamente, a su propia y peculiar naturaleza”. (FJ 4º)

En efecto, el TS recuerda que se trata de una actividad antes prohibida y que, con su posterior permisión:

“se está ante la presencia de una actividad económica en la que el conjunto de los intereses personales, familiares y sociales concurrentes han determinado la implantación de unos específicos condicionantes de su desarrollo, que modulan el principio de libertad de empresa en el sector”.

IX. Responsabilidad Administrativa

“Es, pues, este sistema de controles e intervenciones en un campo de actividad originariamente limitada el que determina que las autorizaciones aparezcan, ya, condicionadas en origen, por su propia naturaleza, a las modificaciones que *ex lege* o *ex reglamento* puedan serles impuestas de futuro como modulación circunstancial y sobrevenida de su *status* jurídico, sin que exista, pues, un verdadero derecho a su estabilidad (ni, por tanto, un derecho subjetivo adquirido), susceptible de generar indemnizaciones económicas (en tanto en cuanto las modificaciones operadas se producen y materializan *in genere* y con eficacia general sobre un determinado sector de la actividad empresarial).” (FJ 5º)

Por lo demás, la previsibilidad de la modificación hace que el TS descarte asimismo la existencia de una vulneración del principio de confianza legítima.

A la vista de todo este razonamiento, el TS concluye negando el derecho a indemnización de la recurrente, puesto que:

“(…) los daños o lesiones indemnizables deben diferenciarse de lo que puede conceputarse (…) como ‘cargas colectivas del sector’, dado que (…) dicho concepto no permite cumplimentar el requisito de la ‘individualización’ del presunto daño o perjuicio producido.” (FJ 6º)

6. PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL. PROCEDENCIA DE LA VÍA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA AUN EN LOS SUPUESTOS EN QUE EL CONTRATISTA ES CODEMANDADO, CUANDO EXISTE UNA UNIDAD DE CAUSA

En el período considerado, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha tenido ocasión de reiterar una relativamente reciente línea jurisprudencial en torno a los conflictos de competencia entre los tribunales civiles y la Administración en materia de responsabilidad extracontractual. Las **Sentencias de 23 de octubre**, Ar. 878/1998 y **17 de diciembre de 1997**, Ar. 883/1998, versan sobre reclamaciones por deficiente señalización de accidentes de la calzada. En ambos casos se había optado en primer lugar por interponer una acción penal. Al no prosperar, se había planteado la demanda de responsabilidad patrimonial ante los tribunales civiles, ante lo cual la Administración había suscitado conflictos de jurisdicción. En las acciones civiles aparecían como codemandandos, junto a la propia Administración, los contratistas de obras.

El TS afirma que la dualidad en el proceso penal entre responsabilidad penal y civil no excluye que esta última comprenda también a la responsabilidad administrativa. La jurisprudencia mayoritaria del TS ha venido entendiendo que la pluralidad de eventuales responsabilidades en un accidente de circulación puede llevar a atribuir el conocimiento exclusivo a la jurisdicción civil y no a la Administración, cuando los daños se imputan a un ente público y a sujetos particulares, por la *vis attractiva* de la jurisdicción del orden

civil y por su carácter residual. Sin embargo, el Tribunal de Conflictos destaca que esta doctrina jurisprudencial, anterior a la vigencia de la Ley 30/1992, ha de matizarse. En efecto, habrá que estar a cuál es la posición del particular: si actúa de forma independiente al servicio público o si, por el contrario, es agente o contratista público. En este último caso, no existe dualidad de jurisdicciones posible, ni diversidad de causas que pueda llevar a una pluralidad de responsabilidades repartible en sus respectivas cuotas, sino una unidad de causa: el funcionamiento del servicio público. Por demás, esta solución ha quedado consagrada ya de la forma más categórica por la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [art. 2. e)] y sobre todo por la LO 6/1998, de 13 de julio, que reforma el artículo 9.4 de la LOPJ, introduciendo la precisión de que “Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional [contencioso-administrativo]”.

La Sentencia comentada matiza no obstante que:

“Esta competencia de la Administración existe aunque pudiera entenderse que (...) sea de cuenta del contratista indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requieren la ejecución de las obras. La responsabilidad directa y principal del contratista no es obstáculo para que sea la Administración la que, oído el contratista, haya de decidir sobre la procedencia de la indemnización, su cuantía y la parte responsable, decisión administrativa que vinculará al contratista.” (FJ 4º)

Por lo demás, al igual que reseñamos en el número anterior de esta crónica, la Sala de lo Civil del TS ha venido conociendo también en este período de acciones de responsabilidad dirigidas contra la Administración.

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

Damos cuenta en esta ocasión de tres nuevos asuntos sobre responsabilidad del legislador conocidos por el TS en el período considerado, de los cuales dos gozan de una singularidad respecto a los comentados en el número anterior de esta crónica: ponen en cuestión esta vez la responsabilidad del legislador autonómico. Nadie está a salvo pues de la obligación de respetar el principio de buena fe, seguridad jurídica y respeto de la confianza legítima en que se basa la jurisprudencia habida hasta el momento en esta materia.

IX. Responsabilidad Administrativa

A) Aprobación de Leyes autonómicas de protección de áreas naturales con efectos prohibitorios de urbanización. Indemnizabilidad de los gastos efectivamente realizados en el proceso de urbanización y no de las meras expectativas

Las SSTS de 17 de febrero, Ar. 1677, y 6 de marzo de 1998, Ar. 2491, Sala Tercera, Sección Sexta resultan del máximo interés y tienen como marco supuestos similares. Respecto a la primera de ellas, la aprobación de las Leyes balears de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial y de la Ley de Declaración de Es Trenc-Salobrar de Campos como área natural de especial interés, ambas de 1984, había provocado perjuicios para dos sociedades promotoras de sendos Planes Parciales. La urbanización había sido ya proyectada mediante los respectivos Proyectos de Urbanización e incluso iniciada, y no podía ya realizarse al resultar incompatibles los derechos de urbanización y edificación con el régimen de protección introducido por aquellas leyes.

La STC 28/1997, de 13 de febrero, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad promovida respecto de dicha normativa, había determinado que el dato de que la ley no previera expresamente un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivaban de la misma no podía ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, sino que, por el contrario, había de entenderse que ese extremo quedaba sometido a la normativa general sobre la responsabilidad de los poderes públicos.

Partiendo de esa consideración, el TS realiza un doble enfoque.

Por una parte, analiza si ha existido una vulneración del principio de confianza legítima, que constituye el pilar de su jurisprudencia en materia de responsabilidad por actos legislativos. Concluye con la afirmativa, puesto que los gastos de urbanización realizados “se desarrollaron en la confianza legítima suscitada por la aprobación de los correspondientes planes parciales”. Es más:

“Esa participación de los interesados en la ejecución del planeamiento les otorga la condición de colaboradores de la Administración, pues cumpliendo las exigencias de la función social de la propiedad cooperan en la realización de los fines de interés público a que tiende el planeamiento, y la colaboración con el poder público está sujeta de modo más estricto, si cabe, a las exigencias de la buena fe.” (FJ 7º)

Sin embargo, en este caso, la Sentencia llega a la conclusión de que no ha de ser indemnizado el valor urbanístico de los terrenos que hubiera resultado de la urbanización, dado que el derecho a patrimonializarlo sólo surge con la finalización de toda la escalera de adquisición gradual de las facultades urbanísticas. No siendo éste el caso, el daño indemnizable será en este supuesto el correspondiente a los gastos de urbanización efectivamente desembolsados.

La STS de 6 de marzo de 1998, tiene también a la Ley balear de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial como protagonista, esta vez junto a la Ley de Declaración de la zona comprendida entre Cala Mitjana y las playas de Binigans como área natural de interés especial. En este caso, el TS se basa para descartar la procedencia de indemnización en la ausencia de un daño real.

“(…) para que pueda hablarse de responsabilidad debe existir un daño real y éste en el campo urbanístico sólo se produce por privación del *ius aedificandi* cuando éste se ha integrado en el patrimonio del propietario del suelo y tal integración tiene lugar cuando aprobado definitivamente el Plan Parcial se ha llegado a la fase final de su ejecución (…)”

“Este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, siendo pues lícita la modificación de ésta, modificación que, por otra parte, no debe dar lugar a indemnización en principio (…)”

“Sin embargo, la regla excepcional del artículo 87.2 del Texto Refundido prevé la indemnización, en lo que ahora importa, para los supuestos de modificación o revisión anticipada de los Planes Parciales. Será ante todo de destacar el carácter excepcional de la norma (…)” (FJ 2º)

El TS hace una sintética exposición del sistema escalonado de definición del derecho de propiedad del suelo en nuestro ordenamiento, y recuerda que:

“(…) sólo cuando el plan ha llegado a “la fase final de realización” (…)

se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido, procediendo así la indemnización prevista en el artículo 87.2 (…)”

El problema queda así centrado en determinar si la privación de la expectativa de urbanización que deriva del Plan Parcial “origina ya siempre y sin más” el derecho a la indemnización. El TS da la siguiente respuesta:

“(…) es preciso, además, que confiando en la subsistencia de ésta [la ordenación urbanística hasta entonces en vigor] se hayan desarrollado actividades y gastos que devengan inútiles por virtud de la alteración anticipada”.

“En consecuencia, acreditado como está en el caso de autos que los terrenos propiedad del recurrente afectados por la Ley 4/1984 se encuentran en el momento de la entrada en vigor de la Ley citada sin servicios ni edificaciones, en estado natural y virgen, aun cuando tenían la calificación de suelo urbano y suelo urbanizable programado, sin que respecto de ninguno de ellos se haya aprobado proyecto de urbanización alguno ni ningún tipo de obra de urbanización haya sido ejecutada, conforme a la jurisprudencia de esta Sala que entiende que el derecho a la edificación, *ius aedificandi*, no se incorpora al patrimonio del

IX. Responsabilidad Administrativa

propietario hasta tanto no se dan los requisitos antes dichos, es claro que estamos ante un supuesto de inexistencia del daño (...)” (FJ 2°)

B) Acogimiento voluntario al régimen previsto por una Ley. No indemnizabilidad de los perjuicios que de la misma pudieran derivar

La STS de 2 de abril de 1998, Ar. 3965, Sala Tercera, Sección Séptima, inicia una nueva serie de sentencias en materia de responsabilidad del legislador por supuestos perjuicios sufridos por colectivos determinados de funcionarios, en este caso, de beneficiarios de la Mutualidad Benéfica de Auxiliares de la Administración de Justicia. A esta Sentencia que resuelve una serie de recursos acumulados, le han seguido en efecto otras dictadas en el mismo período considerado en esta crónica (así, las SSTs de 8 de abril, Ar. 3974; de 13 de abril, Ar. 3975 y de 30 de abril de 1998, Ar. 3983, Sala Tercera, Sección Séptima).

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985 autorizó a las Mutualidades de Funcionarios de la Administración de Justicia para solicitar su integración en el Fondo Especial de la Mutualidad General Judicial en las condiciones que la propia disposición adicional establecía. La Mutualidad Benéfica de Auxiliares de la Administración de Justicia hizo uso de esta opción mediante solicitud que dio origen a un Acuerdo del Consejo de Ministros que hizo efectiva la integración. Frente a la pretendida privación de un derecho patrimonial por reducción de las prestaciones mutualistas y la invocación de la garantía expropiatoria del artículo 33.3 CE, el TS declara dicho artículo inaplicable ante la inexistencia de privación coactiva, sino de libre y voluntaria integración solicitada por los órganos competentes de la Mutualidad, solicitud no impugnada en su momento y por ello vinculante para los mutualistas. Razonamiento que extiende a las pretensiones de responsabilidad, por cuanto no existiría nexo causal alguno.

8. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

A) Error judicial y absolución penal habiendo mediado prisión preventiva: supuestos que generan derecho a indemnización

En el ATS de 30 de enero de 1998, Ar. 545, Sala Tercera, Sección Primera, una persona que había sufrido prisión preventiva durante diez meses, siendo posteriormente absuelta de los delitos imputados, vio rechazada su pretensión, en un pronunciamiento por lo demás interesante en cuanto tiene de recopilación de los principios generales sobre la materia, bajo la consideración de que:

“(…) la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que sólo son subsumibles en el artículo 294.1 de la LOPJ y, por tanto, generan derecho a indemnización, los supuestos en que se pruebe la inexistencia del hecho imputado –inexistencia objetiva– y aquellos en que resulte probada la falta de participación del inculcado, proce-

sado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido –inexistencia subjetiva– siendo, sin embargo, ajenos al artículo 294.1 los casos de falta de prueba tanto del hecho como de la participación en él del inculcado, procesado o acusado. Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso ya que la sentencia penal (...) manifiesta sus dudas sobre la participación de la recurrente en los hechos, lo que impide a la Sala alcanzar la plena convicción que requiere un fallo condenatorio”. (FJ 2º)

B) Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas

La STS de 16 de febrero de 1998, Ar. 1631, Sala Tercera, Sección Sexta, trata un caso de dilaciones indebidas. El TS comienza recordando su criterio según el cual:

“(…) se produce ese anormal funcionamiento de la Administración de Justicia cuando las actuaciones procesales tienen una duración superior a la normal, dentro de lo que es una diligente tramitación del proceso o cuando excede del tiempo máximo legalmente establecido (...)” (FJ 6º)

Sin embargo, no toda dilación abre paso a la responsabilidad. En el caso de autos, la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no permite su imputación al órgano judicial, ya que

“(…) fue la parte demandada la que con sus constantes actuaciones dilatorias y omisivas en la tramitación del proceso, propiciaron sucesivas actuaciones (...) que produjeron la dilación final reconocida en el informe del Consejo General del Poder Judicial, que no es imputable al órgano judicial.” (FJ 7º)

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Acceso a la función pública. No cabe atender a criterios distintos del mérito y la capacidad en la selección del personal laboral no permanente. Situación socioeconómica familiar y facilidad de incorporación al puesto de trabajo.

3. Carrera administrativa. A) Movilidad de los funcionarios entre las distintas Administraciones Públicas. La reserva de puestos de trabajo a Cuerpos de funcionarios propios y específicos de la Administración autonómica no es contraria al art. 23.2 CE. B) Discrecionalidad técnica de los órganos de valoración. a) El control de los aledaños de la decisión técnica permite apreciar la actuación arbitraria del órgano de selección. Ausencia de cualquier criterio objetivo en la comprobación y valoración de méritos específicos. b) Límites. Vinculación a valoraciones de los mismos méritos realizadas con anterioridad. No es posible dejar de valorar la existencia de los requisitos generales y específicos exigidos para desempeñar un puesto de trabajo. **4. Derechos económicos.**

A) El complemento de productividad constituye un concepto que la Administración puede utilizar para retribuir la prestación de una jornada de trabajo superior a la ordinaria. B) Los trienios del personal militar: su abono no siempre se realiza con arreglo a la cuantía que corresponda a cada uno de ellos en el momento en que fueron perfeccionados, sino que en ocasiones se realiza atendiendo al empleo o graduación que efectivamente ostentare el perceptor en el momento de recibirlos. C) El tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas correspondiente a la prestación del servicio militar obligatorio no se computa para el personal militar a efectos de trienios. **5. Derechos colectivos.** Es preceptiva la consulta sindical previa al ejercicio de las potestades de organización que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios. Amortización de puestos de trabajo. Eficacia invalidante. Nulidad de pleno Derecho. **6. Régimen disciplinario.** Falta grave de rendimiento que afecta al normal funcionamiento de los servicios. Para que pueda ser apreciada es exigible una actitud continuada y debe producirse, además, una efectiva alteración en el desarrollo del servicio. **7. Extinción de la relación funcional.**

A) La anticipación de la edad de jubilación forzosa que deriva de las normas con rango de ley no da lugar a indemnización, toda vez que el funcionario no se ve privado de un

derecho subjetivo o de un interés cierto, efectivo y actual existente en su patrimonio.

B) Rescate del denominado Capital Seguro Vida de los funcionarios de la Administración Local: no constituye ningún derecho consolidado, sino una expectativa de derecho que no puede constituir límite alguno a las facultades de modificación del legislador.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica recoge una variada selección de resoluciones judiciales (del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas) relativas a diversos aspectos del ordenamiento de la función pública. Las sentencias comentadas realizan interesantes pronunciamientos sobre, entre otros aspectos, los principios que deben regir la selección del personal laboral no permanente, los límites de la discrecionalidad de los órganos de valoración de concursos, la viabilidad de la reserva de puestos de trabajo a Cuerpos de funcionarios específicos de las Comunidades Autónomas, la finalidad de determinados conceptos retributivos y las particularidades de su devengo, así como sobre la delimitación entre derechos adquiridos y simples expectativas en la extinción de la relación funcional por jubilación.

2. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

No cabe atender a criterios distintos del mérito y la capacidad en la selección del personal laboral no permanente. Situación socio económica familiar y facilidad de incorporación al puesto de trabajo

La STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de abril de 1998, Ar. 1137, viene a insistir en la necesidad de observar los principios de mérito y capacidad en la selección del personal laboral, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad del procedimiento selectivo. Así, anula una convocatoria para la formación de una lista de personal apto para contrataciones laborales no permanentes que, entre otros, contemplaba como criterios de selección los referidos a la situación socio económica familiar y a las facilidades de incorporación al puesto de trabajo, puesto que, estos criterios:

“(...) ninguna relación guardan con los principios de capacidad y mérito que deben regir el acceso a un puesto de trabajo, vulnerando de esta forma los artículos 91 y 103 de la ley

7/1985, 177 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 35 del referido Real Decreto 364/1995 (...).”.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Movilidad de los funcionarios entre las distintas Administraciones Públicas. La reserva de puestos de trabajo a Cuerpos de funcionarios propios y específicos de la Administración autonómica no es contraria al artículo 23.2 CE

Es sabido que el derecho consagrado en el art. 23.2 CE juega con un rigor atenuado en la provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido en condiciones de igualdad a la función pública. Puesto que el mérito y la capacidad exigibles han quedado acreditados en el momento del acceso, y dado que el derecho del art. 23.2 CE es de configuración legal, para el posterior desarrollo de la carrera administrativa puede el legislador establecer otros criterios distintos, siempre que estén justificados en la mejor prestación de los servicios o en la protección de otros bienes constitucionales y no introduzcan discriminaciones prohibidas por el art. 23.2 CE. Pues bien, cuando el art. 17.1 LMRFP condiciona la movilidad entre los funcionarios de la Administración estatal y la autonómica a lo dispuesto por las relaciones de puestos de trabajo, está permitiendo, entre otras cosas, que esta última Administración reserve determinados puestos a Cuerpos de funcionarios propios y específicos suyos. Esta reserva persigue un fin constitucionalmente protegible, consistente en que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias en materia de organización de su función pública, por lo que no implica lesión alguna del art. 23.2 CE.

Por todo lo expuesto, la **STC 156/1998, de 13 de julio**, Sala Segunda (recurso de amparo 3455/1995) concluye que:

“(…) el acto administrativo por el que se excluyó al ahora recurrente del concurso para la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Guardería Forestal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por no tener la condición de funcionario de esta Administración Autonómica no vulnera el art. 23.2 CE. Esta resolución se limitó a aplicar lo dispuesto en la Relación de Puestos de Trabajo, donde expresamente se reserva el desempeño de estos puestos de trabajo a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Guardería Forestal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; reserva que, como se ha señalado, no puede considerarse contraria al derecho fundamental a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, ya que esta decisión constituye una manifestación del ejercicio de las competencias que en materia de organización de su propia función pública corresponde a esta Comunidad Autónoma”.

B) Discrecionalidad técnica de los órganos de valoración**a) El control de los aledaños de la decisión técnica permite apreciar la actuación arbitraria del órgano de selección. Ausencia de cualquier criterio objetivo en la comprobación y valoración de méritos específicos**

Tal como señaló la STC de 14 de noviembre de 1991, “el núcleo material de la decisión técnica” de los pronunciamientos de las Comisiones Juzgadoras no puede ser revisado por las Comisiones Administrativas de reclamaciones ni por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, sí es posible el control de “los aledaños” de esos pronunciamientos, es decir, de aquellos otros aspectos que permiten comprobar si se han respetado la igualdad de condiciones y los principios de mérito y capacidad de los candidatos en el proceso de adjudicación de plazas. En consecuencia, en caso de que estos principios hayan sido desconocidos de forma evidente, la propuesta de provisión de una plaza, entre otros pronunciamientos del órgano de selección, incurre en arbitrariedad manifiesta, por lo que podrá no ser ratificada.

La doctrina señalada cobra especial relevancia, y, por lo tanto, obliga a prestar mayor atención a aquellos aspectos que puedan revelar una actuación no suficientemente objetiva de la Comisión Juzgadora, en casos como el enjuiciado por la **STS de 2 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2723, donde no existe ningún parámetro objetivo para la comprobación y valoración de los méritos específicos. En el supuesto que aborda esta Sentencia, una de las concursantes obtuvo idéntica puntuación por los méritos específicos alegados para cada una de las plazas solicitadas, mientras que la otra concursante obtuvo una puntuación inferior en medio punto. La menor puntuación obtenida por esta concursante se debió, según informe del Subdirector Jefe de Personal y Asuntos Generales de la Administración convocante, a la aplicación de un criterio de puntuación más restrictivo en la “fase de resultas”.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo entiende que:

“(…), no apareciendo descrita ninguna circunstancia objetiva de diferencia entre la señora O.N. y la demandante, el criterio general a que se refiere el informe del Subdirector resulta de una clara insuficiencia para dar explicación de una merma en la puntuación de ésta que, rebasando su calidad meramente numérica, de ordenación de los concursantes, alcanza la eficacia de excluirla totalmente del concurso, cuando para otro puesto igual a las dos se les había reconocido la misma puntuación en cuanto a su mérito y capacidad específicas, lo que justifica que anulemos la resolución impugnada y restableciendo a la interesada en la situación jurídica individualizada de ocupar el puesto de trabajo que le fue denegado, (...)”.

b) Límites. Vinculación a valoraciones de los mismos méritos realizadas con anterioridad. No es posible dejar de valorar la existencia de los requisitos generales y específicos exigidos para desempeñar un puesto de trabajo

La posesión de los méritos específicos contemplados por las bases de la convocatoria para la provisión de una serie de puestos de trabajo supone, simplemente, la procedencia de su valoración por la Comisión correspondiente, sin que la valoración que haya de realizar tal Comisión resulte condicionada en sentido alguno. La valoración efectuada por otra Comisión en una convocatoria previa, considerada aisladamente, no puede constituir un elemento corrector de la discrecionalidad de la Comisión que valora los méritos exigidos en una convocatoria posterior.

Sin embargo, según ha señalado la SAN de 5 de marzo de 1998, Sala de los Contencioso-Administrativo, Ar. 847:

“sí puede considerarse significativa la existencia de varias valoraciones previas congruentes entre sí y respecto de los datos y méritos invocados en el nuevo procedimiento o concurso, que conforman una situación jurídica objetivizada, a efectos de enjuiciar la actuación de la Comisión”.

De este modo, la Comisión encargada de valorar los méritos indicados en la convocatoria para la provisión de un puesto de trabajo no puede ampararse en el ejercicio de su discrecionalidad para otorgar una puntuación por méritos específicos inferior a la mínima exigida, teniendo en cuenta que, alegando esos mismos méritos, un concursante obtuvo la máxima puntuación para optar a una plaza similar a la que ahora se ventila y que, en aquel momento, la ahora recurrente obtuvo una puntuación superior a la actual. Pues:

“(…) quien reúne las condiciones funcionariales exigidas para desempeñar un determinado puesto de trabajo, acredita tener la formación específica que pueda exigirse en la convocatoria para desempeñar el concreto puesto, justifica igualmente tener la experiencia en los aspectos que como méritos específicos se prevén en relación con el puesto de trabajo de que se trate, y además prueba que tales méritos han sido valorados en otras ocasiones por encima del mínimo exigido e incluso con la máxima puntuación, no puede ser excluido por falta de aptitud para el desempeño del mismo, mediante la fórmula inmotivada de otorgarle una puntuación por méritos específicos inferior a la mínima exigida en la convocatoria pues, constatada la concurrencia objetiva de los méritos determinantes para el desempeño del puesto de trabajo de que se trate y existiendo datos que los valoran como suficientes, ha de entenderse acreditada la aptitud del funcionario, equivalente cuando menos al mínimo de la puntuación establecida en la convocatoria, que sólo puede destruirse por la valoración de la Comisión mediante un juicio razonado y fundado que desvirtúe el alcance objetivo de los méritos invocados por el participante, expresando las razones por las que tales méritos en ese concreto caso no merecen la valoración que objetivamente les corresponde en la generalidad de los casos”.

4. DERECHOS ECONÓMICOS

A) El complemento de productividad constituye un concepto que la Administración puede utilizar para retribuir la prestación de una jornada de trabajo superior a la ordinaria

En la STS de 30 de enero de 1998, Sección Séptima de la Sala Tercera, Ar. 1700, dictada en recurso de casación en interés de ley, se cuestionaba la finalidad del complemento de productividad. En concreto se impugnaba la Sentencia dictada el 20 de julio de 1995 por la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que había considerado que el complemento de productividad estaba destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo y que, por tanto, su finalidad propia era remunerar la actividad de servicio por razón de su intensidad y rendimiento y de la eficacia concreta de su desarrollo. Por ello, la Sentencia impugnada había considerado que la prolongación de la jornada de trabajo semanal de 37 a 40 horas no debería conllevar la necesidad de ser retribuida por el complemento de productividad, sino más bien por el específico.

El TS parte, sin embargo, de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, cuyo artículo 21 añade a los conceptos expresados en el originario artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el concepto “dedicación extraordinaria”, que se adapta perfectamente a retribuir la prestación de una jornada de 40 horas semanales, superior a la normal de treinta y siete horas y media. En virtud de ello, ha estimado el TS que este precepto:

“refleja la voluntad del legislador de considerar el complemento de productividad como una remuneración apta para ser asignada a los funcionarios públicos con el fin de retribuirles ‘una dedicación extraordinaria’ y, por tanto, la prestación de su trabajo durante una jornada superior a la ordinaria, que implica la extraordinaria prestación exigida por la norma, (...) pues conforme a lo prevenido en el artículo 23.2.c) de la Ley 30/1984 y preceptos citados de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, el complemento de productividad constituye un concepto utilizable, junto con los demás que se expresan en las normas mencionadas, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la normal”.

Ha fijado como doctrina legal sobre aplicación de esta retribución complementaria que:

“el complemento de productividad, cuando así lo hayan establecido las competentes autoridades administrativas, constituye un concepto que la Administración puede utilizar, junto a los demás que vienen determinados legalmente, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la ordinaria de 37 horas y media por semana”.

B) Los trienios del personal militar: su abono no siempre se realiza con arreglo a la cuantía que corresponda a cada uno de ellos en el momento en que fueron perfeccionados, sino que en ocasiones se realiza atendiendo al empleo o graduación que efectivamente ostentare el perceptor en el momento de recibirlos

En la STS de 3 de febrero de 1998, Sección Séptima de la Sala Tercera, Ar. 2063, se cuestionaba el momento en que los trienios han de considerarse perfeccionados. En concreto, la Sentencia recurrida en casación por interés de ley había concedido al recurrente el derecho a que se le aplicaran a los trienios perfeccionados como Subteniente en el Grupo de Clasificación B (nivel 8), en lugar del C (nivel 6) en el que se le concedieron, así como el derecho a que se le abonaran en la cuantía del Grupo B de empleos militares los dos trienios que tenía perfeccionados en el empleo de Subteniente, toda vez que la Ley 50/1984 de Presupuestos Generales del Estado, aun manteniendo las mismas funciones y la misma denominación, había realizado una reclasificación y había incluido el empleo de Subteniente en el Grupo B.

El Abogado del Estado interpone el recurso de casación en interés de ley por considerar que dicha sentencia resulta gravemente dañosa y contradice a la doctrina legal fijada, entre otras, en la Sentencia del TS de 14 de junio de 1996, en cuya virtud:

“el abono de los trienios devengados en cada caso por los militares ha de realizarse no con la cuantía que corresponde al empleo o graduación que efectivamente ostenta el perceptor en el momento de recibirlos, sino con arreglo a la cuantía que corresponda a cada uno de tales trienios en el momento en que fueron perfeccionados”.

No obstante, considera el TS que en este caso existen determinadas especialidades que bien justifican la no aplicación de esta consolidada doctrina legal. Así, en el supuesto concreto concurre una circunstancia diferente a aquélla en la que se partía en los supuestos que dieron lugar a la consolidación de aquella doctrina. En efecto, no se ha producido un ascenso a empleo o Cuerpo de superior categoría a la que ostentaba el recurrente al tiempo de perfeccionarse los trienios anteriores al ascenso, sino que, simplemente, por ministerio de la ley, el empleo que ostentaba el recurrente ha sido objeto de reclasificación, de tal forma que, aunque se mantengan las mismas funciones y la misma denominación, ha pasado del índice de proporcionalidad 6 al 8, que es el correlativo al Grupo B. Por tanto, considerará el TS que en este caso ya no se trata de establecer un nuevo régimen jurídico para la perfección y valoración de los trienios, sino más bien de fijar la cuantía de las retribuciones básicas y, entre ellas, la de los trienios, lo que justifica la inaplicación de la doctrina legal consolidada en materia de perfeccionamiento y abono de los trienios.

C) El tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas correspondiente a la prestación del servicio militar obligatorio no se computa para el personal militar a efectos de trienios

En las SSTS de 20 de enero, Ar. 1420, de 29 de enero, Ar. 1693 y 1696, de 4 de febrero, Ar. 2066, y de 30 de abril de 1998, Ar. 3982, dictadas por la Sección Séptima de la Sala Tercera se discute sobre la legalidad del artículo 3.3 del Real Decreto 359/1989, de

7 de abril, que ordena que el tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas correspondiente al servicio militar obligatorio no se compute a efectos de devengo de trienios. Dicho precepto es considerado por los recurrentes como una norma que discrimina a los miembros de las Fuerzas Armadas en relación con los demás funcionarios civiles, toda vez que el artículo 29.2.k) de la Ley 30/1984 dispone que los funcionarios civiles pasan a la situación de servicios especiales cuando cumplan el servicio militar.

El TS vuelve a reiterar su consolidada doctrina al respecto considerando que:

“conforme establece el artículo 1.3 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, la condición militar se adquiere no sólo por la incorporación a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil con una relación de servicios profesionales, sino también por el ingreso en los centros docentes militares de formación, cuyos planes de estudios han de ser superados para adquirir la condición de militar de carrera, lo que comporta el hecho de que al militar se le abone como servicio en filas el tiempo de permanencia en el Centro de Enseñanza Militar, mientras que el funcionario civil se ve obligado a optar entre demorar su preparación para el ingreso en la Administración o, previas las oportunas prórrogas, cumplir el servicio militar una vez ingresado, pasando a la situación administrativa de servicios especiales, prevista en el artículo 29.2.K) de la Ley 30/1984. Por tanto, el precepto impugnado se aplicará en la práctica sobre el período de preparación para el ingreso en la Carrera Militar, situación bien distinta a la de servicios especiales que regula la Ley 30/1984 para quien ya es funcionario. Tan sensibles diferencias impiden, por tanto, apreciar la existencia de discriminación con relación a los funcionarios de la Administración Civil del Estado”.

5. DERECHOS COLECTIVOS

Es preceptiva la consulta sindical previa al ejercicio de las potestades de organización que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios. Amortización de puestos de trabajo. Eficacia invalidante. Nulidad de pleno Derecho

En virtud del art. 34 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, las decisiones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades de organización que puedan afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, serán consultadas a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos referidos en los artículos 30 y 31.1 de esta misma Ley. Asimismo, el art. 9 de la Ley 9/1987 señala el derecho de las Juntas de Personal y de los Delegados de Personal a recibir información trimestral sobre la política de personal del Departamento, Organismo o Entidad Local.

La amortización de puestos de trabajo es una decisión administrativa que afecta, sin duda, a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. En consecuencia, tal

como ha advertido la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 1291, dicha medida no puede ser adoptada con desconocimiento de la legitimación y de la necesaria intervención de los sindicatos. Es pues, señala la Sentencia que comentamos, manifiesto:

“(…) que el sindicato actor debió ser consultado con carácter previo a la elaboración de una resolución por la que, entre otros aspectos, se amortizaban puestos de trabajo, pues ello afecta a las condiciones de trabajo en la función pública, y el art. 34.2 de la Ley 9/1987 así lo impone. Por otra parte, tal obligación derivaba igualmente de lo estipulado en el Acuerdo de la Mesa Sectorial suscrito el 4 de septiembre de 1992, entre la Administración y los Sindicatos, y es sabido que el contenido de un acuerdo o pacto sólo puede ser modificado –y por tanto desatendido– por la Administración a través de un nuevo acuerdo o pacto, sujeto en su proceso de elaboración a los requisitos legales (STS de 30 de mayo de 1992)”.

Y, por lo que respecta a la eficacia invalidante de la falta de la preceptiva consulta a los sindicatos, la Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1994, según la cual, dado que la práctica de dicha consulta constituye un requisito esencial para la correcta elaboración de la decisión administrativa:

“(…) su omisión comporta la nulidad de pleno, tratándose de un requisito no susceptible de subsanación a posteriori”.

6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Falta grave de rendimiento que afecta al normal funcionamiento de los servicios. Para que pueda ser apreciada es exigible una actitud continuada y debe producirse, además, una efectiva alteración en el desarrollo del servicio

Así lo ha estimado la SAN de 3 de febrero de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 587, anulando la sanción impuesta a un funcionario, Jefe de Servicios de un Establecimiento Penitenciario, que, encontrándose de servicio en el turno de mañana, distribuyó los dos funcionarios de los que disponía para atender todos los módulos y servicios. La escasez de personal impidió presenciar la entrada y salida de las celdas de los internos de primer grado, así como el cacheo de éstos. La conducta del funcionario sancionado constituye un hecho aislado y no un comportamiento reiterado, que responde a una situación de insuficiencia de personal y que no afectó al normal funcionamiento de los servicios, pues la falta de detección de unos trozos de sierra en poder de los internos, circunstancia que pudo permitir su fuga posterior, sería, en su caso, imputable al funcionario responsable del turno de tarde.

7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) La anticipación de la edad de jubilación forzosa que deriva de normas con rango de ley no da lugar a indemnización, toda vez que el funcionario no se ve privado de un derecho subjetivo o de un interés cierto, efectivo y actual existente en su patrimonio

La STS de 21 de enero de 1998, Sección Sexta de la Sala Tercera, Ar. 351, trata la cuestión de si procede o no que se indemnice al funcionario recurrente por los daños y perjuicios que experimenta como consecuencia de la anticipación de la edad de jubilación forzosa, en virtud de la responsabilidad patrimonial que entiende debe reputarse al Estado por los efectos derivados de normas aprobadas con rango de ley.

El TS vuelve a reiterar la doctrina que al respecto había sido consolidada por numerosas sentencias y, en concreto, por la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del TS de 30 de noviembre de 1992, en virtud de la cual:

“el personal sujeto a régimen estatutario que está al servicio del Estado, no goza de un derecho subjetivo sino de una simple expectativa a que la jubilación forzosa se produjese a una determinada edad (la vigente en el momento de comenzar la prestación de sus servicios), estando dicha edad sujeta en todo momento a las posibles reformas del aludido régimen estatutario. En otras palabras, la jubilación forzosa del referido personal por causa de edad forma parte del contenido de la relación estatutaria que les vincula con el Estado, y la anticipación de la edad de jubilación constituye una legítima modificación legislativa de dicho régimen estatutario, fundada en razones sociológicas y económicas, que no produce a los efectos una lesión que deba ser indemnizada de un derecho subjetivo o de un interés cierto, efectivo y actual que existiese en su patrimonio, lo que constituye el fundamento esencial de la desestimación de la pretensión de resarcimiento que enjuiciamos. Ello lleva consigo que no puedan estimarse infringidos por la anticipación de la edad de jubilación forzosa el principio constitucional de igualdad en sus diversas manifestaciones, la intangibilidad de los derechos adquiridos o el postulado de irretroactividad de las leyes”.

B) Rescate del denominado Capital Seguro Vida de los funcionarios de la Administración Local: no constituye ningún derecho consolidado, sino una expectativa de derecho que no puede constituir límite alguno a las facultades de modificación del legislador

Las SSTS de 23 de febrero de 1998, Ar. 2366, y de 28 de marzo de 1998, Ar. 3353, dictadas por la Sección Séptima de la Sala Tercera, se pronuncian sobre la legalidad del RD 480/1993, sobre integración en el Régimen General de la Seguridad Social del Régimen Especial de los funcionarios de la Administración Local y, en especial, sobre el derecho de los recurrentes al mantenimiento del Capital Seguro Vida. Para la resolución del caso el TS recurre a la ya reiterada doctrina jurisprudencial reflejada, entre otras, en sus

Sentencias de 29 de septiembre y 12 de octubre de 1995, 18 de diciembre de 1996 y 24 de marzo de 1997, en las que establece con unanimidad, sin fisuras, que:

“si unas normas con rango de ley, cuya constitucionalidad no ha ofrecido dudas a esta Sala, autorizan la integración de un determinado colectivo funcional en el Régimen General de la Seguridad Social, tal autorizada integración debe entenderse en el sentido plenario de que es el ordenamiento total, identificado como Régimen General y regulado por ley, el que debe aplicarse al colectivo integrado, siendo claro que la incompatibilidad entre la normativa rectora del Régimen General de la Seguridad Social y la que antes regía el sistema de protección social de los funcionarios de la Administración Local, conlleva un elemento de derogación tácita de ésta, que el Real Decreto 480/1993 no hace sino explicitar”.

A partir de ahí, y reiterando expresamente la doctrina ya consolidada respecto a la supresión de la MUNPAL y, en concreto, respecto al denominado Capital Seguro Vida, dirá la Sala que:

“los pensionistas ven respetados sus derechos en el artículo 2 de dicho Real Decreto impugnado, sin que se vea afectado el rescate del Capital Seguro Vida que se hubiera ya operado al tiempo de la supresión de la MUNPAL, aunque, en cualquier caso, el Capital Seguro Vida no era un derecho adquirido, sino una expectativa por cuanto que su efectividad, prevista en el artículo 70 de los Estatutos de la MUNPAL (Orden 9 de diciembre de 1975) estaba condicionada no sólo a la mera solicitud por parte de los asegurados, sino además a la concurrencia de la circunstancia de que el solicitante se jubilara o, de producirse la jubilación antes del cumplimiento del plazo, hubieran transcurrido cinco años desde la solicitud, por lo que si el asegurado fallecía antes de transcurrir el plazo indicado no había lugar al rescate, aplicándose la regla general que sobre la materia establecía el artículo 69 de los Estatutos, lo que supone que si dichas circunstancias no se habían producido cuando entró en vigor el Real Decreto, no se había ocasionado ‘adquisición’, en sentido propio, del derecho en cuestión y, en su virtud, no hay privación de un derecho adquirido”.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
BELÉN MARINA JALVO

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. El planeamiento urbanístico puede establecer prevenciones sobre el cerramiento de las fincas y la prohibición de actividades extractivas como medidas de protección de la naturaleza. 3. La participación ciudadana en la tramitación de un PERI sólo es exigible si afecta a “barrios consolidados”. 4. Valor jurídico de los distintos documentos que forman el plan: A) Contradicción entre Memoria y Planos y valor interpretativo de los Convenios. B) La Memoria como motivación del Plan. 5. El cambio de alineación de una calle y ámbito de decisión de la Comunidad Autónoma. 6. La actividad extractiva preexistente no limita la discrecionalidad del Plan para calificar un suelo como no urbanizable forestal. 7. La publicación íntegra como requisito de eficacia de los planes. 8. Las aprobaciones provisional e inicial son actos de trámite no susceptibles de impugnación independiente de la aprobación definitiva. 9. Ejecución del planeamiento. A) Polígonos y unidades de actuación. B) Sistemas de actuación. 10. Supuestos indemnizatorios. A) Indemnizaciones por alteraciones o revisiones del planeamiento. B) Indemnización por vinculaciones o limitaciones urbanísticas singulares. 11. Procedimiento de otorgamiento de las licencias. A) Competencia de la Administración de Costas. B) Ejecución simultánea de obras de urbanización. C) Modificación del planeamiento y régimen jurídico de las licencias: Suspensión de su otorgamiento y normativa aplicable. 12. Deber de conservación: Órdenes de ejecución de obras de seguridad, salubridad y ornato público. A) No admisión de órdenes genéricas e imprecisas. B) Declaración de ruina. 13. Protección de la legalidad urbanística. A) Obras sin licencia. B) Obras sin ajustarse a la licencia. C) Infracción urbanística grave y manifiesta. 14. Revocación de licencias.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia recaída en este último trimestre en la materia es ciertamente numerosa. La amplitud del tema considerado obliga a entresacar aquellos que se consideran más interesantes y a abordar nuevos temas que han sido objeto de análisis judicial a lo largo de este período.

2. EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO PUEDE ESTABLECER PREVENCIÓNES SOBRE EL CERRAMIENTO DE LAS FINCAS Y LA PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES EXTRACTIVAS COMO MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA

Con el fin de proteger la naturaleza, el planeamiento urbanístico puede, según la **Sentencia del TS de 23 de abril de 1998**, Ar. 3101, obligar a que, en suelo no urbanizable, los cerramientos de las fincas permitan cada 500 metros el paso de los animales:

“Esta finalidad de protección ecológica es perfectamente legítima entre las posibles de las Normas Subsidiarias, según el art. 91.1 del Reglamento de Planeamiento, a cuyo tenor dichas Normas pueden establecer normas de protección para el suelo no urbanizable; estas medidas pueden tener cualquiera de las finalidades de las dichas en el art. 36.a) del Reglamento(...), entre ellas y, expresamente, la protección del suelo, flora, fauna, paisaje, cursos y masas de agua, etcétera.”

La **STS de 6 de mayo de 1998**, Ar. 3617, que comentamos más adelante, admite incluso la prohibición de cualquier tipo de actividad extractiva, por imponerle la defensa de un suelo calificado como “no urbanizable forestal”.

3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA TRAMITACIÓN DE UN PERI SÓLO ES EXIGIBLE SI AFECTA A “BARRIOS CONSOLIDADOS”

Aun constatando que el Plan especial de la Villa Olímpica de Bañolas debía encuadrarse en la categoría de PERI, la **STS de 7 de mayo de 1998**, Ar. 3619, considera que, al afectar a terrenos mayoritariamente industriales, no era exigible el trámite de participación ciudadana:

“El art. 147.3 del Reglamento de Planeamiento no determina la aplicación en todo caso del trámite del art. 125, sino únicamente para aquellos PERI que afecten a barrios consolidados y que incidan sobre la población afectada(...). La jurisprudencia de esta Sala ha precisado el concepto indeterminado de “barrio consolidado” declarando, con arreglo a los arts. 74.2 y 78.a) TRLS del 76 y 2.1 RDL 16/1981, de 16 de octubre, que el mismo se

refiere a aquel que tiene al menos dos terceras partes de su superficie cubiertas por la edificación (Sentencia de 16 de diciembre de 1988, Ar. 9971)(...)”

4. VALOR JURÍDICO DE LOS DISTINTOS DOCUMENTOS QUE FORMAN EL PLAN

A) Contradicción entre Memoria y Planos y valor interpretativo de los Convenios

Para el no infrecuente caso de que la Memoria del Plan y el Plano Gráfico se contradigan, la jurisprudencia tiene establecido que debe otorgarse prevalencia al texto normativo (por todas, véase STS de 16 de febrero de 1993, Ar. 1204,

“(…)lo que viene, además, avalado en el presente caso por el hecho de que existe un antecedente, que es el Convenio ya citado, el cual puede ser utilizado para venir en conocimiento de cuál fue la voluntad del planificador, que era la de incorporar el Convenio al futuro Plan General. Y si lo plasmó en la memoria y lo varió en la parte gráfica, es de suponer que la variación fue debida a un puro error material que, como tal, carece de trascendencia jurídica alguna y puede ser rectificado en cualquier momento(…)

No se trata, como puede comprenderse, de dar prevalencia a un Convenio sobre un Plan de Urbanismo, sino de tener en cuenta a aquél para averiguar la voluntad del planificador y para salvar una contradicción interna del propio Plan General” (STS de 30 de abril de 1998, Ar. 3106).

B) La Memoria como motivación del Plan

Por su parte, la STS de 23 de abril de 1998, Ar. 3102, reitera la importancia de la Memoria como documento integrante del Plan (STS de 2 de enero de 1992, Ar. 692, entre otras muchas):

“(…)ya que la Memoria es ante todo la motivación del Plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido o las modificaciones introducidas y por consecuencia las determinaciones del planeamiento”.

5. EL CAMBIO DE ALINEACIÓN DE UNA CALLE Y ÁMBITO DE DECISIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

Sobre la base de la consolidada jurisprudencia sobre el reparto del ámbito de decisión que respectivamente corresponde a Ayuntamientos y Comunidades Autónomas en la aprobación de planes urbanísticos, la STS de 6 de abril de 1998, Ar. 3083, pone de relieve:

“(…)que el cambio de alineación de una calle es una cuestión o determinación de índole discrecional integrada exclusivamente en el ámbito de los intereses puramente municipales no afectante a ningún otro tipo de interés supralocal, por lo que en principio no puede ser objeto de revisión por la Administración Comunitaria con ocasión del ejercicio de sus competencias en la aprobación definitiva(…)aunque sí, desde luego, puede ejercer sus facultades revisoras dentro del control de estricta legalidad como lo es en todo caso la observancia del interés general en las determinaciones *ex novo* y en las modificaciones de los elementos normativos de un PGOU,(…)”

6. LA ACTIVIDAD EXTRACTIVA PREEXISTENTE NO LIMITA LA DISCRECIONALIDAD DEL PLAN PARA CALIFICAR UN SUELO COMO NO URBANIZABLE FORESTAL

La clasificación de suelo por el Plan suele enfrentar a la Administración con los particulares afectados, opuestos a cualquier cambio que perjudique su situación y sus expectativas. La STS de 6 de mayo de 1998, Ar. 3617, abundando en la consolidada doctrina sobre la discrecionalidad que caracteriza esta potestad administrativa, declara que la misma no queda limitada por las actividades privadas preexistentes sobre el terreno:

“Para resolver el caso que nos ocupa conviene aclarar desde ahora un problema que ha venido enturbiando el planteamiento del asunto y es el de la existencia, en los terrenos cuya clasificación se discute, de unas actividades de extracción de áridos amparadas en las pertinentes licencias. Este hecho es intrascendente desde el punto de vista del planeamiento urbanístico. Las actividades existentes no pueden ser fronteras a la libertad del planificador, pues en otro caso constituirían frenos al progreso urbanístico. Y para compaginar este valor con el del necesario respeto a los derechos adquiridos el ordenamiento jurídico arbitra varios procedimientos, uno de ellos el de los arts. 60 y 61 TRLS 76, de las edificaciones fuera de ordenación, que prevén la subsistencia de éstas con ciertas limitaciones.”

Se discutía en este caso la calificación de las 25 Has que ocupan las canteras propiedad de los recurrentes, enclavadas dentro de la Sierra del Arquet (Alicante), calificada toda ella como “suelo no urbanizable forestal” a efectos de protección ambiental. Frente a lo que hubiera sido una simplista aplicación de la doctrina sobre “la fuerza normativa de lo fáctico”, el Tribunal admite esa calificación, al entender que:

“(…)resulta evidente que las actividades extractivas destruyen la mayor parte de los valores ecológicos, de forma que, aunque los terrenos mismos de las canteras no tengan valores forestales, su defensa y preservación coadyuva notablemente a la defensa del conjunto en que los terrenos se insertan”.

7. LA PUBLICACIÓN ÍNTEGRA COMO REQUISITO DE EFICACIA DE LOS PLANES

Dos recientes casos han llevado al Tribunal Supremo a reiterar su tradicional doctrina sobre la necesidad de publicación íntegra de las ordenanzas y normas urbanísticas de los planes como requisito para su entrada en vigor, interpretando el art. 70.2 Ley 7/1985. La primera resolución recuerda que no es suficiente la publicación del acuerdo de aprobación definitiva (STS de 17 de abril de 1998, Ar. 3093).

La segunda extrae además una importante consecuencia procesal: la posibilidad de entrar a enjuiciar su validez:

“A efectos de lo que aquí interesa, la no publicación de un Plan General con arreglo a tal normativa priva a éste de eficacia, pero no de validez. Consecuencia de ello es que la Sala de instancia pudo entrar a estudiar y decidir el fondo del asunto, es decir, la validez del Plan General impugnado, (...)” (STS de 16 de abril de 1998, Ar. 3358).

8. LAS APROBACIONES PROVISIONAL E INICIAL SON ACTOS DE TRÁMITE NO SUSCEPTIBLES DE IMPUGNACIÓN INDEPENDIENTE DE LA APROBACIÓN DEFINITIVA

Tanto la aprobación inicial como la provisional son actos de trámite que hacen inadmisibles cualquier reclamación jurisdiccional articulada contra los mismos, pues sólo con la aprobación definitiva se obtiene el acto administrativo idóneo para ser susceptible de impugnación. Es lo que viene a recordarse en la STS de 16 de abril de 1998, Ar. 3092.

9. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Polígonos y unidades de actuación

El TS, en su Sentencia de 23 de marzo de 1998, Ar. 2243, señala que el artículo 117.3 TRLS del 76, correlativo con el artículo 38.3 RGU del 79, exige la ejecución del planeamiento en suelo urbano mediante la delimitación de Polígonos o Unidades de Actuación, y además, esta delimitación constituye un presupuesto de la ejecución del planeamiento, de modo que no puede procederse a dicha ejecución sin que previamente se haya realizado la determinación del Polígono o Unidad de Actuación necesario, y sólo cabría excepcionar esta regla general, en los supuestos de ejecución directa de los sistemas generales o de alguno de sus elementos y de realización de actuaciones aisladas en suelo urbano.

Abundando en este tema, la sentencia citada indica que, frente a esta regla general, el hecho de que el sistema de ejecución elegido, diferente al legalmente establecido, no infrinja el principio de justa distribución de los beneficios y cargas, que es el fin que se pretende lograr con el sistema establecido en la ley, no puede erigirse como causa que justifique la inaplicación del sistema de ejecución legalmente previsto.

Además, el TS, en su **Sentencia de 29 de abril de 1998**, Ar. 3368, incide en la potestad discrecional del Ayuntamiento, basada en sus facultades discrecionales sobre el planeamiento, para delimitar los Polígonos o Unidades de Actuación que estime oportuna, siempre que se cumpla el principio de justa proporción entre beneficios y cargas, y resalta que la finalidad de los Polígonos o Unidades de Actuación, de acuerdo con el artículo 117.3 TRLS del 76, es ejecutar en suelo urbano las operaciones urbanísticas.

Por lo que respecta a los criterios que se establecen en la normativa urbanística para proceder a la delimitación de los Polígonos o Unidades de Actuación, la **STS de 12 de mayo de 1998**, Ar. 3841, establece que:

“el artículo 117 del Texto Refundido de la Ley del Suelo supedita la delimitación de los Polígonos a que por sus dimensiones y características sean susceptibles de asumir las cesiones del suelo derivadas del Plan y de los Programas de Actuación Urbanística; en segundo lugar, que se posibilite la distribución equitativa de los beneficios y cargas de urbanización; y finalmente, tengan entidad suficiente para justificar técnica y económicamente la autonomía de la actuación” (FJ 3°).

De esta forma, considerar defectuosa una delimitación en base al criterio de que se han incluido en ella terrenos con diferente grado de urbanización no puede considerarse acertado, pues el mayor o menor grado de urbanización no es uno de los criterios legalmente prefijados para la correcta delimitación del Polígono o Unidad de Actuación. Esta heterogeneidad en el grado de urbanización dará lugar a una diferente valoración de las aportaciones que hace cada propietario, pero no justifica un recurso contra la delimitación del Polígono o Unidad de Actuación.

Por último, la **STS de 26 de febrero de 1992**, Ar. 1538, y reiterado en la **STS de 27 de marzo de 1998**, Ar. 2476, va a interpretar los artículos 40 y 41 RGU del 79, en los que se regulan las circunstancias en las que los propietarios de terrenos situados en suelo urbano, pero que no tienen la condición de solares, pueden obtener licencia de edificación, según se trate de terrenos que se incluyan o no en Polígonos o Unidades de Actuación, e indica que:

“tales preceptos no ofrecen al propietario una posibilidad de elección, ni una facultad de edificar en parcelas que no puedan considerarse solares con sólo garantizar su urbanización en los términos previstos en el citado artículo 40. Para ello es preciso no sólo que el terreno no se incluya en un polígono o unidad de actuación, sino que, dados los términos del plan, el mismo no debe ser incluido en alguna de aquellas unidades de ejecución del planeamiento, que constituyen, por otra parte, el instrumento inexcusable para proceder, por medio de la correspondiente reparcelación, al reparto equitativo entre todos los propietarios de la cargas impuestas por el plan, del que únicamente se exceptúa, según el artículo 1217.1 de la Ley del Suelo, la ejecución directa de los sistemas generales o alguno de sus elementos, o las actuaciones aisladas en suelo urbano” (FJ 2°).

Por ello, en el supuesto concreto que se discute, una parcela de suelo urbano no incluida en Unidad de Actuación o Polígono alguno, que forma parte de una área en la que se prevén cesiones para viales y zonas verdes, el TS indica que la garantía de que el propietario ejecutará las obras de urbanización que le correspondan, según prescribe el art. 40.1.b) RGU del 79:

“como condición previa a la concesión de una licencia de obras en suelo urbano que no tenga la consideración de solar, es suficiente cuando al propietario le sea exigible solamente esa carga, pero no cuando la ejecución del plan determine, como sucede en el supuesto que nos ocupa, cesiones de terreno para viales y zonas verdes que han de concretarse en la pertinente reparcelación” (FJ 2º).

B) Sistemas de actuación

Por lo que respecta a la determinación del sistema, el TS reafirma la regla de selección del sistema de actuación en su **Sentencia de 29 de abril de 1998**, Ar. 3368, cuando indica que, según el artículo 119 TRLS del 76:

“la ejecución de los polígonos o unidades de actuación se realizará mediante cualquiera de los siguientes sistemas de actuación: a) Compensación, b) Cooperación y c) Expropiación, que la Administración actuante elegirá el sistema de actuación aplicable dando preferencia a los sistemas de compensación y cooperación, salvo cuando razones de urgencia o necesidad exijan la expropiación, disponiendo en el apartado 4, que en todo caso procederá la aplicación del sistema de expropiación cuando la Junta de Compensación, o en su caso el propietario único de todos los terrenos del polígono o unidad de actuación incumplan las obligaciones inherentes al sistema de compensación” (FJ 4º).

Sin que quepa invertir el orden cuando no se ha acreditado que ello fuera necesario, por ejemplo, por no haber probado que mediante los sistemas de compensación y cooperación no puede garantizarse la justa distribución de beneficios y cargas derivadas del planeamiento.

Por lo que se refiere al sistema de compensación, el TS considera en su **Sentencia de 27 de marzo de 1998**, Ar. 3076, que dicho sistema es una de las bases fundamentales para el logro de la justa distribución y reparto de los beneficios y cargas de todo el planeamiento.

Entrando en cuestiones más concretas, conviene resaltar el alcance que el TS, en su **Sentencia de 16 de junio de 1998**, Ar. 4555, otorga al trámite de audiencia de los propietarios afectados en el procedimiento de constitución de la junta de compensación que se recoge en el artículo 126.2 TRLS del 76, desarrollado por los artículos 161 y 162 RGU del 76:

“en términos que no dejan duda alguna respecto a su extensión general y no sólo a aquellos propietarios afectados, configurando así una auténtica fase de información pública, más que de una audiencia a interesados, y exigiendo que la publicación del acuerdo de

aprobación provisional de las bases de acutación y de los Estatutos de la Junta vaya acompañado del texto íntegro de estos documentos” (FJ 3º).

Centrándonos ahora en el sistema de expropiación, el que más controversias origina, el TS indica que para conceptuar una expropiación como urbanística se debe analizar si la misma se encuentra legitimada, amparada o ejecuta el planeamiento urbanístico. Así, la **Sentencia de 26 de mayo de 1998**, Ar. 4978, indica que si unas Normas Subsidiarias de Planeamiento amparan, legitiman y dan cobertura legal a la expropiación, ésta no puede ser calificada más que como urbanística; la **Sentencia de 18 de mayo de 1998**, Ar. 4961, otorga esta calificación a una expropiación cuando tiene su causa en la ejecución del planeamiento; y la **Sentencia de 16 de junio de 1998**, Ar. 5251, considera urbanística una expropiación que lleva a cabo la ejecución de un PERI.

Muy unido al tema de la calificación urbanística de una expropiación, se encuentra el problema de la valoración del suelo expropiado, y en este sentido, la **STS de 18 de mayo de 1998**, Ar. 4961, reitera la jurisprudencia al respecto, y señala que si la expropiación posee dicha naturaleza, no es aplicable para valorar el suelo expropiado, la libertad estimativa contemplada en el artículo 43 LEF a fin de obtener su valor real, sino que es preciso hallar su valor urbanístico, el cual, como legalmente tasado que es, debe calcularse en la forma establecida por los artículos 105 y ss. TRLSS del 76 (en el mismo sentido, **Sentencias de 2 y 16 de junio de 1998**, Ar. 5130 y 5251, respectivamente).

Diferente es el criterio utilizado por el TS para valorar las construcciones enclavadas en el terreno expropiado, pues la sentencia citada indica que se debe tener en cuenta su valor de reposición con criterios de mercado, como permite el artículo 43 LEF.

Abundando en este tema, el TS resalta en su **Sentencia de 19 de junio de 1998**, Ar. 5252, que el valor urbanístico sólo puede ser utilizado para tasar los suelos urbanos y urbanizables exclusivamente, pero no para aquellos que posean una naturaleza diferente, aunque sean colindantes con el terreno urbano. Así, el Tribunal indica que respecto a los terrenos clasificados como suelo no urbanizable, su valoración se realizará con arreglo a su valor inicial. No obstante, el propio TS va a matizar esa regla general de valoración indicada anteriormente, en la misma **Sentencia de 19 de junio de 1998**, atendiendo a las especiales circunstancias de los terrenos expropiados (inmediatez con el suelo urbano y su consideración como suelo no urbanizable destinado a sistemas de parques forestales de repoblación, afecto directa e inmediatez al servicio del suelo urbano), para impedir que la expropiación imponga la carga del planeamiento a personas determinadas, sin distribuir las equitativamente, lo que, en el supuesto concreto del que se ocupa la sentencia citada, llevó al TS a dictaminar que si bien el terreno expropiado no se podía valorar con arreglo al valor urbanístico de los terrenos del entorno, sí aconsejaba reconocerle un aprovechamiento urbanístico que permita el restablecimiento del principio de equidad en la distribución de los beneficios y cargas derivadas del planeamiento que determinó su expropiación con arreglo al artículo 69 TRLS del 76.

Para concluir, se debe indicar que la **Sentencia de 19 de junio de 1998**, Ar. 5252, también se refiere al criterio de valoración de los:

“terrenos sin aprovechamiento reconocido en el plan a los que no resulta aplicable el valor fijado a efectos de la contribución territorial urbana, como ocurre en el caso enjuiciado, y siempre que no exista un polígono fijado a efectos de compensación de que pueda extraerse el aprovechamiento medio, el valor urbanístico reconocido en el plan debe determinarse con arreglo al que corresponde a los terrenos colindantes o del entorno (o incluso, cuando éste no es adecuado, al aprovechamiento medio establecido en el plan), obteniendo el promedio entre aquellos terrenos cuando tienen reconocidos aprovechamientos distintos (por ejemplo, en el caso de que unos correspondan a edificabilidad cerrada o intensiva y otros a abierta o extensiva) o acudiendo a las parcelas próximas más representativas, con el fin de aplicar de manera razonable y equilibrada un principio de compensación de los beneficios y cargas del planeamiento en el justiprecio resultante” (FJ 4º).

Reitera, así, la numerosa jurisprudencia que existe al respecto.

10. SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS

A) Indemnizaciones por alteraciones o revisiones del planeamiento

El Tribunal Supremo reitera la doctrina ya examinada en el número anterior de esta revista en cuanto a la aplicación de la regla de indemnización prevista en el art. 87.2 TRLS del 76, para supuestos de modificación o revisión anticipada de Planes Parciales. Sin embargo, conviene destacar que dicho Tribunal resalta en su **Sentencia de 6 de marzo de 1998**, Ar. 2491:

“el carácter excepcional de la norma, reiteradamente puesto de relieve por la jurisprudencia así, Sentencias de 14 de junio 1983, 10 de abril 1985, tal excepcionalidad deriva del ya indicado carácter estatutario del régimen de la propiedad inmobiliaria” (FJ 2º).

Y que:

“sólo cuando el plan ha llegado a ‘la fase final de realización’ –Sentencias de 29 de septiembre 1980– se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido, procediendo así la indemnización prevista en el artículo 87.2” (FJ 2º).

También despierta interés la pregunta de si las expectativas de urbanización derivadas de un Plan Parcial, que la Exposición de Motivos del TRLS del 76 considera ya consolidadas, originan un derecho a la indemnización. La sentencia citada reitera a este respecto la

jurisprudencia ya existente, al indicar que sólo cuando se han desarrollado actividades y gastos que devienen inútiles como consecuencia de la alteración anticipada de la ordenación urbanística, se origina el derecho a indemnización, dado que en tal caso se produce una lesión cuyo perjuicio debe ser indemnizado. En caso contrario, no habría lesión ni daño que diera origen a indemnización y, por tanto, no surgiría tal derecho indemnizatorio.

B) Indemnización por vinculaciones o limitaciones urbanísticas singulares

También ha tenido oportunidad el Tribunal Supremo de decidir sobre los criterios que se exigen para tener derecho a indemnización como consecuencia de las vinculaciones o limitaciones urbanísticas singulares previstas en el artículo 87.3 TRLS del 76. A este respecto, la **STS de 16 de febrero de 1998**, Ar. 1214, indica que una restricción singular del derecho de propiedad, que no una delimitación general del mismo,

“unida a la inexistencia —también reconocida por el apelante— de mecanismos de distribución de beneficios y cargas constituye una lesión indemnizable, en aplicación del artículo 87.3 de la LS” (FJ 6º).

11. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LAS LICENCIAS

A) Competencia de la Administración de Costas

La **STS de 9 de marzo de 1998**, Ar. 1893, considera no producido el silencio administrativo positivo aducido por la recurrente para entender otorgada una licencia de construcción de viviendas sobre la franja costera, ya que no se ha solicitado la previa autorización administrativa del organismo de Costas competente, exigida por la anterior regulación —artículo 4.5 de la Ley de 24 de abril de 1969—, y por el actual artículo 26 de la Ley de 26 de la vigente de 28 de julio de 1988 —en atención al cual “los usos permitidos, (...) estarán sujetos a autorización de la Administración del Estado”—.

Para el TS, la cláusula contenida en los apartados 3 y 7. a) del número 1 del artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en atención al cual los “informes” a emitir por los Organismos pertinentes se entenderán como formulados favorablemente al proyecto técnico si transcurren dos meses desde la solicitud de la licencia, no es aplicable a las intervenciones de órganos especializados que consistan en “autorizaciones administrativas” exigidas como requisito previo y necesario para la obtención de la licencia, auténticas *conditio sine qua non* para el otorgamiento de la misma.

El transcurso del tiempo no presupone, por tanto, en el caso examinado, la concesión de la autorización, desestimándose, por ello, la demanda. Además, sobre la pertinencia de la obra proyectada se manifestó en plazo legal –esto es un mes desde que la Comisión Provincial de Urbanismo reclama al Ayuntamiento el expediente y ésta lo recibe–, el correspondiente servicio de Costas.

Por todo ello concluye el Tribunal (FJ 5º) que:

“La autorización previa sobre la licencia de obras a realizar en la zona marítimo-terrestre es una facultad del Departamento Ministerial de Obras Públicas –Dirección General de Puertos y Costas– expresamente reconocida por la Ley del Suelo, por lo que ostentando el contenido del proyecto de obras, el carácter de no conformidad a lo dispuesto en la normativa costera citada de la Ley de 1988 y también de la de 1969, es claro que de ningún modo puede entenderse concedida la licencia por silencio positivo.”

Esta solución es también la expresada por el TS en su **Sentencia de 25 de mayo de 1998**, Ar. 3866, que, entiende aplicable al supuesto considerado la Ley de Costas de 1988 frente a la Ley autonómica del Suelo, por lo que concluye la legalidad del acto administrativo de la Comisión provincial de Urbanismo denegatoria de licencia de obras, dado que la construcción pretendida se destina a uso residencial, expresamente prohibido por el artículo 25 de la norma, en concordancia con el 23 del mismo texto.

En idéntico sentido desestimatorio se pronuncia la **STS de 8 de junio de 1998**, Ar. 4389. Se considera que la licencia urbanística, además de controlar el ajuste de los proyectos al planeamiento municipal, ha de velar por que la obra sea conforme a los términos y condiciones impuestos por la Administración costera estatal. Como en el supuesto analizado la obra proyectada en zona de servidumbre de costa se ha excedido de los límites impuestos por aquel organismo, se desestima el recurso formulado contra el acto municipal denegatorio de la misma.

B) Ejecución simultánea de obras de urbanización

El artículo 40 del Reglamento de Gestión urbanística (aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto) admite la posibilidad de realizar de manera simultánea las obras de edificación y urbanización de un terreno cuando su propietario asegure el cumplimiento de las condiciones impuestas en el mismo.

Las **SSTS de 26 de febrero**, Ar. 1538, y **27 de marzo de 1998**, Ar. 2476, han interpretado el alcance de este precepto, considerando que el supuesto de hecho incluido en el mismo no se ha producido, revocando con ello la sentencia apelada, dado que tales artículos:

“(…) no ofrecen al propietario una posibilidad de elección, ni una facultad de edificar en parcelas que no puedan considerarse solares con sólo garantizar su urbanización en los tér-

minos previstos en el citado artículo 40. Para ello es preciso no sólo que el terreno no se incluya en un polígono o unidad de actuación, sino que dados los términos del plan, el mismo no debe ser incluido en alguna de aquellas unidades de ejecución del planeamiento, que constituyen, por otra parte, el instrumento inexcusable para proceder, por medio de la correspondiente reparcelación, al reparto equitativo entre todos los propietarios de las cargas impuestas por el plan, del que únicamente se exceptúa, según el artículo 117.1 de la Ley del Suelo, la ejecución directa de los sistemas generales o alguno de sus elementos, o las actuaciones aisladas en suelo urbano. La garantía de que el propietario del terreno ejecutará las obras de urbanización que le correspondan, que requiere el artículo 40.1.b) del Reglamento de Gestión como condición previa a la concesión de una licencia de obras en suelo urbano que no tenga la consideración de solar, es suficiente cuando al propietario le sea exigible solamente esa carga, pero no cuando la ejecución del plan determine, como sucede en el supuesto que nos ocupa, cesiones de terreno para viales y zonas verdes que han de concretarse tras la pertinente reparcelación” (FJ 3º en ambas decisiones).

El incumplimiento de los requisitos establecidos en el mencionado artículo determina, conforme al apartado 3 del mismo, “la caducidad de la licencia, sin derecho a indemnización, impidiéndose el uso de lo edificado, sin perjuicio del derecho de los terceros adquirentes al resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado. Asimismo, comportará la pérdida de la fianza a que se refiere el apartado 1.b) de este artículo”. Así lo estimaron las **SSTS de 25 de marzo de 1998**, Ar. 2473 y **24 de marzo de 1998**, Ar. 2470, aunque en esta última la pérdida del aval se produjo por la renuncia del particular a su derecho de edificación concedido en la licencia, otorgada bajo condición de urbanización simultánea.

C) Modificación del planeamiento y régimen jurídico de las licencias: Suspensión de su otorgamiento y normativa aplicable

Como es bien sabido, en atención a lo dispuesto en el artículo 8.1 del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre (de acuerdo con el 102 del Texto Refundido de 1992), el otorgamiento de las licencias puede ser suspendido por los órganos municipales durante la tramitación de la formación o modificación de algún instrumento urbanístico. Esta suspensión se extingue en el plazo de un año, prorrogable, cuando se ha producido la aprobación inicial, por otro, hasta un máximo de dos.

La **STS de 7 de abril de 1998**, Ar. 2795, rechaza el argumento de la Administración municipal apelante, al entender que ésta no podía establecer un nuevo plazo de seis meses de suspensión al haber agotado el anteriormente adoptado de un año sin haberse producido la aprobación inicial del Plan de Ordenación Urbana. En atención a este razonamiento estima concedida la licencia por silencio administrativo positivo.

Pero la modificación del planeamiento tiene otra importante consecuencia en orden a la concesión de las licencias: la determinación de la normativa aplicable cuando en el pro-

XI. Urbanismo

cedimiento de su tramitación se ha producido la modificación de los instrumentos anteriormente vigentes.

El TS, reiterando su doctrina anterior (Sentencias de 22 de octubre de 1996, Ar. 7590, y 6 y 20 de febrero de 1990, Ar. 949 y Ar. 1331, señala, en su **Sentencia de 10 de febrero de 1998**, Ar. 1202, que:

“(…)cuando a lo largo de la tramitación de un expediente para la concesión de una licencia de obras se produce una modificación del planeamiento urbanístico, es aplicable el nuevo régimen si la Administración se pronuncia dentro del plazo de tres meses, que es el plazo máximo en que, conforme al artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el administrado debe obtener una respuesta a su petición, pero que ha de aplicarse el régimen vigente en el día en que aquél formuló su solicitud, si la Administración no ha resuelto en los plazos indicados” (FJ 4º).

Idéntico argumento es el empleado en la **STS de 18 de junio de 1998**, Ar. 4557.

12. DEBER DE CONSERVACIÓN: ÓRDENES DE EJECUCIÓN DE OBRAS DE SEGURIDAD, SALUBRIDAD Y ORNATO PÚBLICO

A) No admisión de órdenes genéricas e imprecisas

El TS reproduce los argumentos expresados en las sentencias que comentamos en el número 1 de esta revista en sus decisiones de **9 de febrero**, Ar. 1531, **3 de marzo**, Ar. 1883 y **23 de junio de 1998**, Ar. 4559.

B) Declaración de ruina

La obligación de realizar obras de seguridad, salubridad y ornato público quiebra en los supuestos de declaración de ruina del edificio, situación que es examinada en las **SSTS 9 de marzo de 1998**, Ar. 2221, y **14 de abril** del mismo año, Ar. 2798, en las que se aprecia la misma, tanto por motivos económicos como técnicos.

13. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

A) Obras sin licencia

Las sentencias comprendidas en este período concernientes al procedimiento necesario para proceder a la legalización y, en su caso, demolición de las obras realizadas sin licen-

cia no han incorporado ninguna novedad digna de resaltar respecto a las dictadas anteriormente (vid SSTs de 4 de mayo, Ar. 3608, 10 de mayo, Ar. 2225, 21 de mayo, Ar. 3863, que prevén la demolición de lo ilegalmente construido cuando la legalización resulta imposible, o las de 11 de marzo, Ar. 1898, y 7 de mayo de 1998, Ar. 3618, que establecen, además, una sanción pecuniaria ante la infracción).

Entre estos fallos destaca, no obstante, la STS de 26 de junio de 1998, Ar. 4562. En la misma se anulan las multas coercitivas impuestas por un Ayuntamiento frente a la realización de obras sin la correspondiente licencia municipal con el fin de hacer cumplir la orden de paralización previamente dictada. El Supremo señala que la posibilidad de imponer este tipo de multas, amparada en el artículo 107 de la Ley de Procedimiento administrativo de 1958 (aplicable al supuesto examinado), se justifica en la ejecución forzosa de los actos administrativos, pero se condiciona a la previa habilitación legal, no existiendo ni el Texto Refundido de la Ley del Suelo, ni de ninguna otra Ley formal precepto alguno que lo permita en esta materia.

También se refiere a un tema no examinado anteriormente la STS de 4 de junio de 1998, Ar. 4383, que confirma el acto de la Administración municipal que ordenaba la reposición del local construido sin licencia a la situación anterior, por venir así exigido por el artículo 51.1.1 del Reglamento de Disciplina urbanística, a tenor del cual toda actuación que contradiga las Normas o el planeamiento urbanístico en vigor ha de llevar consigo, con independencia de otras consecuencias, la adopción de aquellas medidas precisas para que se proceda a la restauración del orden jurídico alterado.

B) Obras sin ajustarse a la licencia

Tampoco se han producido novedades significativas respecto de la protección de la legalidad urbanística frente a obras realizadas sin adecuación a la licencia urbanística legalmente obtenida. Se prevé la suspensión de las obras como medida cautelar, el requerimiento de legalización (STS de 23 de febrero de 1998, Ar. 3075), así como el derribo del exceso (SSTs de 11 de mayo de 1998, Ar. 3623 y 1 de junio del mismo año, Ar. 4378 y 4375).

C) Infracción urbanística grave y manifiesta

En cumplimiento del artículo 186.1 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, el Supremo confirma, en su Sentencia de 16 de mayo de 1998, Ar. 3847, la orden de suspensión de una licencia de construcción concedida ante la infracción urbanística grave y manifiesta que su ejecución conlleva, interpretando el concepto jurídico indeterminado “infracción grave y manifiesta” en el sentido expresado en su FJ 3º:

“La consideración de gravedad de una infracción, nos conduce a una tipificación de ella establecida en el artículo 226.2 de la citada Ley del Suelo, es decir, que sea reveladora de un incumplimiento de las normas urbanísticas referentes a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas. Pero no basta solamente con la estimación o existencia de esta calificación, para el fin de la pretensión ejercitada en este preceso sino que además es necesario que la infracción sea manifiesta, concepto ya muy definido por nuestra jurisprudencia –Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1990 y 4 de julio de 1990, etc– en el sentido de que sea advertida o conocida de modo patente, notorio o evidente, no exigiendo su apreciación acudir a interpretaciones analógicas o intrincados razonamientos jurídicos, siendo suficiente al respecto el simple enfrentamiento del acuerdo por el que se haya otorgado la licencia o impartido la orden con el texto literal de las normas incumplidas.”

Concluye el Tribunal que como la infracción no tiene este carácter de notoria, palmaria y evidente, al requerir en todo caso una interpretación de la norma no directa sino analógica de una situación de hecho, que tampoco presenta una claridad suficiente respecto a su inclusión en la norma urbanística indicada, razón por la cual confirma la decisión del Tribunal de instancia de levantar la suspensión de los efectos de la licencia.

Por otra parte, la **STS de 10 de marzo de 1998**, Ar. 1896, declara la nulidad de las sanciones pecuniarias impugnadas e impuestas por el Conseller de Obras públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana por haberse producido las mismas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello en los artículos 133 y siguientes de la antigua Ley de Procedimiento administrativo (ausencia de notificación de la incoación del procedimiento sancionador, del nombramiento del instructor y secretario y del pliego de cargos).

14. REVOCACIÓN DE LICENCIAS

La **STS de 2 de abril de 1998**, Ar. 2788, revoca la sentencia de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por el que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular frente a una resolución del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón que requirió al actor para ingresar en las arcas municipales una determinada cantidad dineraria para que la propia entidad municipal pudiera hacer frente a los costes de urbanización de una calle, obligación que se había impuesto, en un primer momento, al propio administrado al otorgarle la licencia de construcción.

Para el Supremo, el supuesto se integra en la revocación de plano de actos administrativos declarativos de derechos, por lo que la orden local se estima no conforme a Derecho.

Así, indica que:

“(…) no puede el Ayuntamiento sin seguir procedimiento alguno y por un mero acto de contrario imperio variar la carga modificando la forma de realización de la urbanización, pasándola a hacer la propia Corporación, porque ello es ir contra los propios actos, con violación de las normas que la Ley del Suelo establece para el cambio de sistema de actuación (de compensación a cooperación, en opinión del actor)” (FJ 1º).

Por tal motivo, revoca la sentencia de instancia:

“(…) ya que el acto administrativo impugnado es disconforme a Derecho, pues significa una revisión de un acto anterior declaratorio de un derecho sin guardar los requisitos establecidos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo(…)” (FJ 5º).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

CONSUELO ALONSO CARCÍA

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

NURIA GARRIDO CUENCA

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Bienes locales. A) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Declaración parcial de inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes locales. B) Jurisprudencia del Tribunal Supremo. a) Composición del dominio público y los bienes patrimoniales. b) Régimen jurídico de los bienes demaniales. Imprescriptibilidad de los bienes de dominio público mientras no sean desafectados. c) Desafectación de los bienes demaniales. d) Enajenación de bienes. Reversión por incumplimiento de condiciones. e) Enajenación de bienes. Permuta. f) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Carácter oneroso de los usos especiales y privativos. g) Utilización de los bienes patrimoniales. Relación entre la regulación general y la legislación sectorial. h) Conservación de los bienes públicos. Requisitos para inventariar los bienes públicos. i) Potestades. Recuperación de oficio de la posesión de los bienes públicos. j) Desahucio por vía administrativa. k) Ejercicio de acciones judiciales en vía ordinaria. Acción declarativa de dominio. l) Varios. **3. Aguas continentales.** A) Autorizaciones: Aprovechamiento de vegetación arbórea. B) Servicios de las Corporaciones Locales: Abastecimiento a poblaciones y saneamiento. C) Aprovechamientos hidroeléctricos y otras energías renovables. D) Regadíos. Concesiones. E) Transferencias de recursos hidráulicos. F) Servidumbres. G) Aguas subterráneas. H) Administración Hidráulica. I) Régimen económico-financiero. J) Obras hidráulicas: Financiación de obras de abastecimiento. K) Infracciones. L) La planificación hidrológica en la jurisprudencia del TC.

4. Aguas marítimas. A) Conflictos de competencias constitucionales. B) Deslinde. C) Recuperación de oficio. D) Régimen sancionador. E) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. F) Los usos del dominio público marítimo-terrestre. G) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo. H) Puertos. I) Pesca marítima. **5. Carreteras.** A) Constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/1989, del Parlamento Vasco, reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco. B) Infracciones y sanciones. C) Otras materias. **6. Minas. 7. Montes.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi durante el primer trimestre de 1998 y la jurisprudencia constitucional aparecida hasta octubre de 1998. Es de destacar la importancia de diversas sentencias del TC, sobre todo la que rompe la tradicional prohibición de embargo de bienes públicos. Igualmente las relativas a los conflictos de competencia sobre puertos y sobre el régimen jurídico de la planificación hidrológica, todas ellas demostrativas de la gran vitalidad que merece hoy en día la teoría y práctica de los bienes públicos.

2. BIENES LOCALES

A) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Declaración parcial de inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes locales

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 166/1998, de 15 de julio, ha declarado inconstitucional el inciso “y bienes en general” del artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, en la medida que no excluye de la inembargabilidad los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público. En el citado precepto se establecía la regla de la inembargabilidad de todos los bienes públicos.

El supuesto sobre el que se pronuncia el Tribunal tiene su origen en una deuda de un Ayuntamiento a una empresa reconocida por Sentencia y cuyo pago fue requerido durante su ejecución, sin que se consignara en los presupuestos de la Entidad toda la cantidad por diversas razones. Tras varios intentos de cobrar dicha deuda por la empresa en ejecución de Sentencia se solicita al juzgado que se procediera al embargo de determinado solar por ser bien patrimonial de propios sometido al Derecho privado y, alternativamente, a la congelación y retención de todas las cuentas bancarias del Municipio. Petición respecto a la cual el juzgado dictó providencia acordando embargo de los bienes patrimoniales del Ayuntamiento en la cuantía que fuera suficiente. Confirmada en reposición dicha providencia e interpuesta apelación, la Audiencia Provincial plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 154 mencionado.

El Tribunal Constitucional, al examinar la cuestión planteada, se pronuncia primeramente sobre la constitucionalidad de la previsión contenida en el artículo 154.3 de la Ley de Haciendas Locales relativa a que sea la propia Administración la que ejecute la Sentencia. Sobre este punto, después de diversas consideraciones, afirma que no cabe entender que el privilegio de autotutela por sí solo excluya o limite el ejercicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado que en exclusiva pertenece a los juzgados y tribunales, ni tampoco el deber que a los Entes públicos impone el artículo 118 de la Constitución, puesto que los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento ni la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales.

Una vez examinado el apartado tercero del artículo 154, analiza su párrafo segundo en donde se contiene el principio de inembargabilidad de los bienes públicos desde la perspectiva de su posible incompatibilidad con el artículo 24 de la Constitución. El Tribunal parte de que el derecho reconocido en el artículo 24 incluye no sólo el derecho a obtener una sentencia sino a que sean cumplidas las resoluciones judiciales firmes, pero éste no es un derecho absoluto, sino que puede ser condicionado por el legislador. Desde este punto de vista el artículo 154.2 supone un límite a la ejecución forzosa. No obstante, estas limitaciones deben estar justificadas por razones de interés público o social, de ahí que sea preciso examinar si existe una justificación objetiva para su mantenimiento.

A continuación y para apreciar la justificación de los límites, el Tribunal examina si resulta posible el cobro de las deudas a través de los procedimientos previstos en el artículo 154.4 de la Ley de Haciendas Locales. Procedimientos que aluden a la existencia de un presupuesto y a la consignación de las partidas correspondientes para el pago de la deuda. Tales trámites son admitidos por el Tribunal en aplicación del principio de legalidad presupuestaria, cuyo alcance analiza, aunque con la cautela de que estos procedimientos no pueden servir de excusa para el incumplimiento de la resolución judicial. Precisamente, esta posibilidad de demora injustificada es lo que le lleva a examinar el principio de inembargabilidad de los bienes locales.

Centrándose en el examen de dicha regla, el Tribunal analiza su justificación. Para ello parte de la distinción entre bienes de dominio público, que están destinados a un uso o servicio público, y los bienes patrimoniales. Dados los fines que cumplen los primeros y la imposibilidad de separar el bien de la función que cumplen, la regla de la inembargabilidad resulta fundamentada. Afirmación que se refleja en el artículo 132 de la Constitución, al establecer que la regulación de los bienes demaniales y comunales se inspirará en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Esta protección reforzada no es extensible a los bienes patrimoniales por no estar destinados a servicios o funciones públicas, como se examina detalladamente en la Sentencia. En consecuencia, si no existe una finalidad pública que justifique el límite al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, tales restricciones serán inconstitucionales y, en particular, será inconstitucional la regla de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales. No obstante, esta última afirmación no resulta aplicable a aquellos patrimonios que cumplen funciones públicas y están sometidos a una legislación especial, como el patrimonio municipal del suelo o bienes muebles a los que se aplica la Ley de Patrimonio Histórico Artístico.

En definitiva, como señala el propio Tribunal en su fundamento jurídico quince, hemos de llegar a la conclusión de que, observado el procedimiento para la válida realización del pago (artículo 154 de la Ley de Haciendas Locales y concordantes), si el Ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer las deudas de cantidad líquida judicialmente declarada, el privilegio de inembargabilidad de los bienes en general de las Entidades locales que consagra el artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, en la medida en que comprende no sólo los bienes demaniales y comunales, sino también los patrimoniales pertenecientes a las Entidades locales que no se hallan

materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24 de la Constitución garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.

Por último, el Tribunal señala que estas dudas son las que ha llevado al legislador a modificar el artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales por la Ley de 30 de diciembre de 1997, de acompañamiento de la Ley de Presupuestos para 1998, y admitir los embargos de bienes patrimoniales inmuebles no afectados directamente a la prestación de servicios públicos cuando sirvan de garantía a obligaciones hipotecarias; intención que se corrobora con la previsión contenida en la Disposición Final Sexta de la citada Ley, donde se ha contemplado la presentación por el Gobierno de un proyecto de Ley donde se especifiquen los casos y condiciones en que las Corporaciones locales puedan afectar sus ingresos y bienes patrimoniales al cumplimiento de sus obligaciones.

B) Jurisprudencia del Tribunal Supremo

a) Composición del dominio público y los bienes patrimoniales

Las Entidades locales son titulares de bienes de dominio público y patrimoniales. Estos bienes pueden pertenecer a una sola Corporación local o también puede suceder que exista una comunidad de bienes entre varios Ayuntamientos. Dicha situación puede apreciarse en la **STS de 31 de enero de 1998**, Sala Primera, Ar. 120, dictada en recurso de casación, al estimar la existencia de una mancomunidad entre varios Municipios, en la que resulta probada la existencia de una cotitularidad dominical en régimen de copropiedad o condominio ordinario.

b) Régimen jurídico de los bienes demaniales. Imprescriptibilidad de los bienes de dominio público mientras no sean desafectados

Los bienes de dominio son imprescriptibles en tanto que no sean desafectados y convertidos en bienes patrimoniales. Dicha excepción se plantea en la **STS de 29 de enero de 1998**, Sala Primera, Ar. 393, dictada en recurso de casación. En concreto, en la Sentencia se afirma que el camino es un bien de uso público, imprescriptible mientras no se desafecte. Esta última circunstancia no se ha logrado probar por el recurrente. Por otra parte, aun admitiéndose que se hubiera dado una situación tácita de desafectación, no habría transcurrido el tiempo preciso para consolidar la desafectación y el plazo necesario para la prescripción, puesto que el plazo inicial de desafectación sólo hubiera podido empezar a correr a partir del año 1955, año en que entró en vigor el RB anterior, que estableció la desafectación tácita por el transcurso de veinticinco años, y después de este plazo hubiera empezado a contar el plazo de prescripción adquisitiva.

c) Desafectación de los bienes demaniales

En el artículo 8 del RB de 1986 se regula el procedimiento de desafectación de los bienes demaniales. Dicha desafectación puede ser acordada de oficio por la Corporación o a instancia de parte. Pero en este último caso la Administración no está obligada a acceder a la pretensión del particular, si no se acredita su oportunidad y legalidad en el expediente que se instruya (**STS de 30 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 851).

En relación con dicho procedimiento se han planteado algunas dudas en la **STS de 14 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 562, dictada en recurso de apelación. En ella se dice que:

“el Ayuntamiento cumplió rigurosamente los trámites procedimentales previstos en la LBRL de 1985 y RB de 1986, ya que el impugnado acuerdo de desafectación de una parte de un camino se aprobó tras abrir información pública.”

Y ello sin que pudiera exigirse a la Corporación que realizase otras actividades o cumpliera otros trámites diferentes de los exigidos por la normativa aplicable. Y en cuanto a la cuestión de fondo, es decir, la viabilidad de la desafectación parcial de un camino, debe resolverse que no es contraria al interés público puesto que de un examen atento de los hechos y alegaciones de las partes se deduce que no se ha acreditado que la desafectación impidiera el paso a sus fincas, sino que por el contrario manifestaron en vía administrativa que entendían que era favorable al interés público y vecinal la existencia de varios caminos con la misma finalidad. Además, en vía administrativa ya se había reducido la extensión de la parte que se desafectaba para no perjudicar a los vecinos y la misma se realizaba con el fin de realizar una permuta para compensar a un vecino que había cedido una finca para la construcción de una variante del camino.

Al margen de la regulación general sobre desafectación, existen reglas específicas aplicables a determinados supuestos, como sucede con los inmuebles destinados a fines educativos, en los que es preciso solicitar una autorización a la Administración estatal o autonómica competente por razón de la materia. Dicha autorización es precisa, sin perjuicio de que se obtenga mediante acuerdo expreso o por silencio administrativo. Este último caso se produjo en el supuesto de hecho descrito en la **STS de 20 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 568, dictada en recurso de apelación. El Ayuntamiento había solicitado autorización para desafectar unas viviendas de maestros, sin que la Comunidad Autónoma le contestase; ante este silencio, la Corporación desafecta los bienes y envía borrador del acta de aprobación a la Administración autonómica; una vez desafectados inicia expediente de enajenación directa de las viviendas y solicita informe previo a la Comunidad Autónoma, la que tras solicitar la ampliación de documentos informa favorablemente; finalmente, la Comunidad impugna los acuerdos adoptados por la Corporación. El Tribunal ante esta situación entiende que la autorización se ha otorgado por silencio positivo, al

transcurrir tres meses en aplicación del artículo 95 de la LPA, entonces vigente; artículo que presume una relación de jerarquía o dependencia del Ayuntamiento con respecto a la Administración educativa, que en este caso es advertible por la existencia de un control de tutela manifestado en la exigencia de una autorización. Por otra parte, la Administración educativa tampoco ha alegado razones de fondo en contra de la desafectación, es más ha informado favorablemente su enajenación.

d) Enajenación de bienes. Reversión por incumplimiento de condiciones

En el artículo 111 del RB de 1986 se regulan las condiciones de la reversión de los bienes municipales enajenados en su día por incumplimiento de las condiciones contempladas en el contrato. Pero como se señala en la **STS de 30 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3081, dictada en recurso de apelación, la reversión en vía administrativa por no destinar al uso pactado se encuentra regulada matizadamente en dicho precepto no pudiendo ejercerse con el automatismo que supone el Ayuntamiento apelante, sino atendiendo cuidadosamente a las circunstancias concretas de cada caso (**S. de la Sala Especial de Revisión de 10 de diciembre de 1988**, Ar. 9772/1988, y **S. de esta Sala de 23 de noviembre de 1992**, Ar. 9210/1992), circunstancias que no se dan en el supuesto enjuiciado y que son las únicas que puede examinar esta jurisdicción. En el caso debatido resultaba que los bienes fueron enajenados en 1952 con el fin de fomentar el turismo y con la obligación de su edificación en el plazo de seis años; una vez que habían transcurridos 37 años desde la venta, el Ayuntamiento decide recuperarlos por vía administrativa. No obstante, el Tribunal afirma que la anulación de los acuerdos en la jurisdicción contencioso-administrativa no impide al Ayuntamiento a que acuda a la jurisdicción civil para hacer uso de su derecho. Además, tampoco es posible atender las alegaciones del particular referentes a que ha prescrito a su favor el bien, por corresponder a los tribunales ordinarios su enjuiciamiento.

De forma similar en la **STS de 10 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 2664, dictada en recurso de apelación, se plantea la legalidad de la rescisión de un contrato de enajenación de un solar para su edificación realizada en el año 1945 en favor del padre del actor; condición que fue incumplida, aunque el plazo para llevarla a cabo fue prorrogado hasta el año 1951. Ante la antigüedad de la cesión y la alegación por parte del particular de la prescripción del bien, el Tribunal tiene que ponderar una cuestión prejudicial no perteneciente al orden administrativo, pero directamente relacionada con el recurso contencioso-administrativo, cuyo objeto reside en la validez del acuerdo de rescisión del contrato del año 1987, y sin perjuicio de que dicho pronunciamiento favorable a los intereses del particular no produzca efecto fuera del concreto proceso en que se ha dictado. Dicho pronunciamiento se justifica, también, ante la alegación del Ayuntamiento de que la recuperación se había producido de forma automática por el incumplimiento de la condición; hecho que no se había producido, dado que en el año 1986 el particular pagó la contribución correspondiente y en el año 1969 había liquidado el impuesto de sucesiones, y otros datos contrarios que se consideran menores.

e) Enajenación de bienes. Permuta

En la **STS de 12 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 232, dictada en recurso de apelación, se examina el interés de una persona, que solicitó la permuta de unos terrenos por colindancia con sus fincas en su día y cuya instancia fue denegada, a participar en el expediente de permuta de los mismos bienes con una tercera persona. En la Sentencia se afirma que el peticionario tiene un interés legítimo para participar en el procedimiento y formular una oferta por las fincas que solicitó en su día; y se dice que:

“al no notificarle en forma personal el expediente de permuta se produjo indefensión, por lo que procede retrotraer las actuaciones al momento de incoación del expediente en el que la permuta se decidió, con el fin de que pueda comparecer y ejercer sus derechos en dicho expediente”.

La anulación no se produce por una apreciación formal de la indefensión ni se puede subsanar con la posterior impugnación del acuerdo de permuta, toda vez que al retrotraer las actuaciones la resolución que se dicte no debe ser necesariamente una repetición de la impugnada, al intervenir otra persona que puede ejercer sus derechos y, tal vez, mejorar las ofertas que se presenten. Tampoco es atendible la afirmación de que la permuta afecta a otras fincas distintas de las solicitadas, porque el Ayuntamiento no ha negado que están comprendidas las afectadas por el presente juicio.

f) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Carácter oneroso de los usos especiales y privativos

La utilización de los bienes destinados a un uso público sólo es gratuita en los casos en que se esté ante un uso común general; en los supuestos de uso común especial y privativo se abonará una tasa, actualmente precio público, a su titular. En relación con este canon se plantean diversas cuestiones.

En la **STS de 22 de noviembre de 1997**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 768, dictada en recurso de apelación, se dice que:

“en la determinación del montante por utilización o aprovechamiento del dominio público ha de estarse, como límite cuantitativo, al valor de aprovechamiento, entendiendo éste como la cantidad que podría obtenerse de los bienes e instalaciones pertenecientes a tal dominio, si fueran de propiedad privada; pero al calcularlo se podrá también tener en cuenta las repercusiones que pudieran tener en el interés y comodidad públicos”.

En el caso debatido se trataba de postes o cualquier otro elemento de sustentación del tendido eléctrico sobre la calzada y la valoración no sólo del espacio realmente ocupado, sino también de las repercusiones de los mismos en la ciudadanía al instalarse sobre la calzada con las correspondientes molestias, que podrían evitarse utilizando otras alterna-

tivas como su colocación subterránea. Por otra parte, dicha tasa no puede decirse que tenga fines parafiscales —estimular la sustitución de los tendidos aéreos eléctricos— ni tampoco que sea de aplicación la legislación especial expropiatoria eléctrica.

En la **STS de 15 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 791, dictada en recurso de apelación, se plantean las diferencias para fijar la cuantía entre la antigua tasa, regulada en el TRRL de 1986, y el precio público, contemplado en la LHL de 1988. Así, en ella se dice que el precio público, que es una figura jurídica de naturaleza distinta a la de la antigua tasa, se fija tomando como referencia no sólo el valor de mercado correspondiente, como sucedía con la antigua tasa, sino que es posible también tomar como referencia la utilidad derivada del uso (artículo 45.2 de la LHL). En el caso debatido esta novedad implica que la Corporación puede optar para la cuantificación del importe del precio entre el valor que tenga en el mercado el bien aprovechado de manera especial (la parte de la acera utilizada para acceso a un garaje) o la utilidad derivada de dicho aprovechamiento (el número de plazas que tenga el aparcamiento). La mención de dos criterios en la Ley no impide que la Corporación no pueda hacer un uso ponderado de ambos módulos o factores y, en consecuencia, el Tribunal considera que procede fijar como doctrina legal aplicable al supuesto examinado la de que:

“para concretar la cuantificación del precio, debe tomarse en cuenta el valor del mercado del espacio afectado, modulado, a su vez, dentro del concepto de utilidad derivada del aprovechamiento especial, con un cuadro de porcentajes, de baja entidad económica, proporcional al número de plazas para vehículos del aparcamiento”.

Dicho pronunciamiento no queda afectado por la **STC 185/1995**, en la que se declararon inconstitucionales ciertos preceptos de la LTPP de 1989, al debatirse exclusivamente en el presente juicio la aplicación de los criterios para evaluar el precio que fija la Ley.

La existencia de diferencias entre tasas y precios públicos ha determinado que en la LHL de 1988 se fijen ciertas medidas transitorias dirigidas a la implantación de la mencionada figura. Medidas que son objeto de examen en la **STS de 5 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 1937, dictada en recurso de apelación.

La forma de cuantificar el valor que se ha expuesto constituye la regla general, pero en el artículo 45.2 de la LHL de 1988 se establece un sistema imperativo especial para las empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, consistente en que el importe por la ocupación del dominio público será el 1,50 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal esas empresas. Dicha regulación no coincide con la vigente anteriormente y los problemas que plantea el cálculo del porcentaje citado en el caso de empresas eléctricas son examinados en la **STS de 23 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3025, dictada en recurso de apelación.

g) Utilización de los bienes patrimoniales. Relación entre la regulación general y la legislación sectorial

El RB de 1986 regula la utilización de todo tipo de bienes patrimoniales. Sin embargo, junto a esta norma existen otras leyes que se aplican a bienes o aprovechamientos concretos de forma prioritaria y que contienen reglas diferentes. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el aprovechamiento de caza sobre bienes municipales, cuyas peculiaridades están reguladas en las leyes de caza estatal y autonómicas. Las normas contenidas en las mismas priman frente a las soluciones generales contenidas en el RB de 1986, como puede apreciarse en la **STS de 23 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1259, dictada en recurso de apelación, con motivo de los problemas surgidos al arrendar el aprovechamiento cinegético.

h) Conservación de los bienes públicos. Requisitos para inventariar los bienes públicos

En los artículos 17 y ss. del RB se obliga a los Ayuntamientos a inventariar sus bienes de acuerdo con las normas contenidas en los preceptos mencionados. Pero para inventariar un bien es preciso que se demuestre que es de propiedad municipal. Requisito cuya exigencia se examina en la **STS de 12 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2081, dictada en recurso de apelación. Así, en la citada Sentencia se afirma que el acto de inscripción no puede prejuzgar la cuestión de la titularidad dominical que se halla deferida al conocimiento de la jurisdicción civil, con la prohibición tajante de que en el enjuiciamiento de un acto administrativo de naturaleza cuasi interdictal pueda entrar el orden de lo contencioso. Debe advertirse que el Tribunal apreció que no se había probado la titularidad local ni la posesión del camino con el trazado fijado por la propia Administración, por lo que anuló las actuaciones administrativas. Falta de prueba derivada de la existencia de datos contradictorios sobre el trazado del camino y los defectos del deslinde realizado por el Ayuntamiento del mencionado camino, que llevan al Tribunal a sostener que con dicho deslinde no se había probado del Ayuntamiento.

i) Potestades. Recuperación de oficio de la posesión de los bienes públicos

El objeto de la potestad se reduce exclusivamente a determinar la posesión y no el propietario del bien. De esta forma, en la **STS de 6 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2739, dictada en recurso de apelación, se dice, frente a las alegaciones de que el camino era particular, de conformidad con los datos que obran en el catastro como según las sucesivas inscripciones registrales resultado de diversos contratos de compra-venta, y la prueba aportada por la Corporación fundamentada en los testimonios de los vecinos de su uso público y en unos dictámenes que señalaban que el camino en la finca particular se convertía en un sendero para tránsito peatonal y de animales de labor o de carga, que el objeto del pleito no puede centrarse en la determinación de la propiedad pública o privada del camino, extremo que corresponde a la jurisdicción ordinaria; por el contrario el debate versa sobre la existencia o no de un uso público del camino, uso este que da lugar a que el Ayuntamiento sea titular de la posesión y pueda ejercitar sus

potestades. En el caso enjuiciado el Tribunal estima la existencia de un uso público del camino por los vecinos en una valoración en conjunto de las pruebas practicadas, sin prejuzgar si el camino era de dominio público o particular. En el mismo sentido, en la **STS de 25 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2782, dictada en recurso de apelación, se dice que:

“a la jurisdicción contenciosa le corresponde velar por la legalidad de los actos de recuperación acordados por la Corporación, valorando si cabe deducir presuntivamente que el camino afectado estuviese siendo utilizado libremente por los vecinos en general antes de sufrir los actos de obstrucción que dan lugar a la instrucción del expediente”.

Dada la importancia de la posesión, en diversas Sentencias se examina cómo ha de probarse. Prueba que resulta imprescindible para el ejercicio de esta potestad, puesto que en caso contrario el acto de recuperación quedaría afectado de un vicio de nulidad (**STS de 8 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, dictada en recurso de apelación, Ar. 557. Así, en la **STS de 28 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 839, dictada en recurso de apelación, se estima como prueba suficiente la apreciación del camino en unas fotografías aéreas de los años 1975 y 1988 y en los planos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento municipal realizadas en el año 1987; un informe de un aparejador en el que se refleja el estado deficiente del camino que se ofrece como alternativa, y una información testifical practicada, que por sí sola no sería bastante, sino en unión a los anteriores datos. Por el contrario, no son suficientes para demostrar su carácter particular la inexistencia de cualquier anotación registral o mención en las escrituras de compra de las fincas o su inclusión en el inventario municipal; unas actas notariales levantadas en el año 1990 sobre el estado del camino que se pretende recuperar; y unos deslindes de la finca con la costa realizados en los años 1958 y 1975 por no ser concluyentes. Por otra parte, en la Sentencia mencionada se dice que cuando la desposesión del bien sea reciente (tres meses en el caso debatido) no es exigible la necesidad de acompañar al acuerdo de recuperación los documentos que acrediten la procedente posesión.

También resulta favorable la prueba al Ayuntamiento en el caso debatido en la **STS de 25 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2782, dictada en recurso de apelación, puesto que de los datos de los planos catastrales y el croquis levantado por el arquitecto municipal se deduce la existencia del camino; de la prueba testifical no se desprende un resultado favorable al particular que pretende el carácter particular del camino; y el particular carece de todo título descriptivo de su propiedad que pudiera justificar sus pretensiones.

A diferencia del caso anterior, en la **STS de 11 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2202, dictada en recurso de apelación, se estima que no resulta probada la posesión de la Corporación, al carecer el Ayuntamiento de inventario, no aportarse certificación de la inscripción de la finca que se pretende recuperar en el Registro de la Propiedad, resultar contradictoria la información testifical e incluso en algún testimonio

favorable al particular, y sólo aportarse un documento en el que se describe la finca de pertenencia local y que parece tratarse de una reproducción parcial y no adverada de un inventario municipal, que se ha demostrado en el juicio que no existe. En el caso debatido, además, se admite la procedencia de la petición de indemnización del particular por el derribo de una valla, al hacer efectiva la recuperación, cuya cuantía se fijará en ejecución de Sentencia.

j) Desahucio por vía administrativa

En los artículos 120 y ss. del RB de 1986 se regula el desahucio administrativo. En la **STS de 22 de diciembre de 1997**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 318, dictada en recurso de casación y tramitada por el procedimiento especial regulado por la LPJDFP de 1978, se examina si en la tramitación del expediente formado por el Ayuntamiento se ha producido indefensión. En el juicio se demuestra que el expediente de desahucio se tramitó por error con el marido de la arrendataria de un puesto, dictándose resolución sin la audiencia de la interesada, pero en el caso se demuestra que no se ha producido indefensión, puesto que el hijo de la recurrente se entendió en todo momento con el Ayuntamiento merced al poder que tenía otorgado por sus padres, llegando incluso a evacuar el trámite de audiencia concedido a su padre y a efectuar las alegaciones que estimó oportunas en defensa del derecho del titular del puesto, aunque sin mencionar el nombre de su madre; en consecuencia:

“no se ha producido indefensión, al no producirse un cercenamiento del derecho esencial del derecho de defensa. Por otra parte, no se ha producido violación del derecho a la tutela judicial efectiva porque al particular no se le ha impedido el acceso a los tribunales y porque no puede ser lesionado por los órganos administrativos, salvo en el caso de que se trate de un procedimiento sancionador, en el que rigen los mismos principios informadores del Derecho penal”.

k) Ejercicio de acciones judiciales en vía ordinaria. Acción declarativa de dominio

Si se cumplen los requisitos reconocidos legalmente, las Corporaciones pueden ejercitar las potestades exorbitantes que les atribuye la ley. Pero en caso de que falte alguno de ellos o no se den los supuestos se ejercitarán las correspondientes acciones judiciales en defensa de sus propiedades. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso debatido en la **STS de 31 de enero de 1998**, Sala Primera, Ar. 120, dictada en recurso de casación, al ejercitarse una acción declarativa de dominio por parte de un Ayuntamiento que estimaba que era cotitular con otros Ayuntamientos, en régimen de condominio, acción cuya regulación será similar a la que ejerciten los particulares. El Tribunal resolvió en favor de la Corporación demandante.

1) Varios

En la STS de 30 de enero de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 851, dictada en recurso de apelación, se plantea el supuesto de discordancia en lo pedido en vía administrativa y en vía procesal con motivo de una desafectación de parte de una vía pública. El Tribunal entiende que esta desviación procesal impide que pueda prosperar el recurso, aparte de que las declaraciones sobre la propiedad del terreno discutido exceden de los límites de la jurisdicción contenciosa.

3. AGUAS CONTINENTALES**A) Autorizaciones: Aprovechamiento de vegetación arbórea**

La STS de 9 de marzo de 1998, Ar. 2294, considera conformes a derecho unas Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Tajo por las cuales se denegaba a una empresa una autorización para la tala de árboles en un cauce. La decisión de la Administración queda amparada por el art. 69 Lag. y art. 70 RDPH, que prevén que en toda autorización de aprovechamiento de vegetación arbórea se considerará la posible incidencia ecológica desfavorable, debiendo exigirse las adecuadas garantías para la restitución del medio. En este supuesto la Confederación Hidrográfica opta por la denegación, al estar presente en el expediente un informe técnico que advertía acerca del daño irreparable que se produciría para el patrimonio forestal.

B) Servicios de las Corporaciones Locales: Abastecimiento a poblaciones y saneamiento

En la STS de 19 de febrero de 1998, Ar. 2121, el TS entiende conformes a derecho unos acuerdos de la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona por los que se aprueba el Proyecto de Abastecimiento de Aguas de un municipio, el Acuerdo del Ayuntamiento por el que se decide la incoación del expediente de expropiación forzosa de los bienes de una empresa de distribución de aguas, y el Decreto de la Generalitat que aprueba la municipalización del servicio de abastecimiento de aguas en régimen de monopolio. Según el TS no puede prosperar el recurso de la empresa de distribución porque se han cumplido todos los requisitos para la eficacia del proyecto: municipalización en régimen de monopolio, y solicitud de concesión para el aprovechamiento de agua por el Ayuntamiento.

La STS de 27 de marzo de 1998, Ar. 2783, confirma la Sentencia apelada del TSJ de Cataluña, que entendía válidos unos Acuerdos de un Ayuntamiento sobre modificación de un proyecto de saneamiento (de obras de alcantarillado) a los que se entiende conformes con el ordenamiento vigente.

C) Aprovechamientos hidroeléctricos y otras energías renovables

La Sentencia de 27 de marzo de 1998, Ar. 2858, entiende que el RD 2566/1994, de 9 de diciembre (sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables), es conforme a derecho, y desestima por tanto los argumentos de la entidad recurrente (Asociación Nacional de Autogeneradores de Energía Eléctrica). Se alegaba que el RD impugnado era contrario a la Disposición Adicional Segunda de la Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de la energía, pero el Tribunal Supremo considera que:

“el hecho de que dicho Reglamento no haya sido propuesto por todos los Ministerios citados en la Ley, y que no se haya aprobado en el plazo de seis meses desde la promulgación de la norma legal citada no conlleva vicio de nulidad”.

Tampoco se considera que algunos preceptos violen el principio de seguridad jurídica, el de interdicción de la arbitrariedad o el de principio de jerarquía normativa, y además, no se demuestra por los recurrentes que el reglamento impugnado sea contrario a la Ley.

D) Regadíos. Concesiones

Por STS de 17 de marzo de 1998, Ar. 3168, se confirma la sentencia del TSJ de Aragón que entendía conforme a derecho la concesión de aguas para riegos que se dio por la CHE a la Comunidad Foral de Navarra. Las alegaciones de los recurrentes son rechazadas por el alto Tribunal, y de este modo, se subraya (FFJJ 2º y 3º) que para el otorgamiento de la concesión se observaron los importantes trámites de información pública y audiencia, y fueron tenidos en cuenta los informes emitidos en el procedimiento. Además, se indica que el hecho de que no exista PHC aprobado no implica que no quepa otorgar concesiones si hay caudales disponibles, en aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Lag. Por último, se señala que con el otorgamiento de esta concesión no se van a causar perjuicios a los otros aprovechamientos preexistentes, debido a que se hizo constar expresamente que dicho título era provisional, y que la disponibilidad del caudal dependería de los circulantes de cada momento, reservándose la CHE la posibilidad de limitar el uso del agua.

E) Transferencias de recursos hidráulicos

La STS de 11 de febrero de 1998, Ar. 1588, considera conforme a derecho la resolución del Consejo de Ministros por la que se aprobaba un trasvase de 55 Hm³ para riegos desde la cuenca del Tajo a la cuenca del Segura. De este modo, son desestimadas las pretensiones de los recurrentes sobre la necesidad de que se cediera un mayor volumen de recursos hídricos para riegos a consecuencia de la sequía. La resolución se fundamenta en que el acuerdo del Consejo de Ministros resulta suficientemente motivado y en que la decisión de ceder 55 Hm³ y no 80 Hm³, como se solicitaba, obedece a la valoración de todos

los intereses en juego, entre los que debían contarse los prioritarios de los municipios próximos a la cabecera del Tajo, el mantenimiento de una calidad de agua aceptable, y garantizar el suministro (un uso prioritario al riego) en algunos municipios de la cuenca del Segura.

F) Servidumbres

En la **STS de 20 de febrero de 1998**, Ar. 1232, se entiende no probada (según el informe del órgano administrativo competente y según el juicio civil que tuvo lugar sobre la cuestión) la existencia de una servidumbre de paso, a que se sujetaba una autorización para entubamiento del cauce Rego do Bao, situado en Galicia, y por tanto afirma que debe darse la licencia pero sin tal condicionamiento.

G) Aguas subterráneas

Según la **STS de 4 de marzo de 1998**, Ar. 2290, es acertada la decisión del TSJ de Murcia de anular unas Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Segura, por las que se supeditaba el funcionamiento de unos pozos a la obtención de concesión administrativa. En efecto, dado que las aguas fueron alumbradas a finales de 1985, es decir, antes de la entrada en vigor de la Lag. (1 de enero de 1986), es de aplicación la anterior normativa (art. 23 de la Lag. de 1879) y la Disposición Transitoria Tercera de la Lag. vigente.

La **STS de 5 de marzo de 1998**, Ar. 2292, estima acertada la solución ofrecida por el TSJ de Canarias que anuló unas Resoluciones de una Consejería sobre archivo de una solicitud de autorización para profundización de un pozo. El TS conviene en que a este caso eran de aplicación los arts. 2.3 CC. y 9.3 CE. De esta forma, la Ley canaria 10/1987, de 5 de mayo, no era aplicable a un expediente cuya tramitación se había iniciado un año antes de su publicación.

En la **STS de 9 de marzo de 1998**, Ar. 2296, se confirma la sentencia de primera instancia que consideraba nulas unas Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Segura por las que se paralizaba un expediente de solicitud de concesión de aprovechamiento de aguas subterráneas hasta que se aprobase el Plan Hidrológico de la cuenca. El TS estima que no es conforme a derecho dicha paralización, ya que de la normativa aplicable (art. 68 Lag. y art. 2 del R.D.-L. 3/1986, de 30 de diciembre), no se deduce la imposibilidad de dar nuevas concesiones hasta tanto no se apruebe el citado Plan, sino que se dispone que:

“sólo cabrán nuevas concesiones si: 1) el agua procede de acuíferos aislados; 2) el recurso hídrico es usado en las inmediaciones del acuífero y 3) su aprovechamiento no perjudica otras explotaciones existentes. Al cumplirse todas esas condiciones debe otorgarse la concesión”.

La STS de 30 de marzo de 1998, Ar. 2837, ratifica la autorización dada por la Confederación Hidrográfica del Júcar a unos particulares para realización de un sondeo de aguas subterráneas. De esta forma, las alegaciones de los recurrentes basadas en el riesgo de sobreexplotación son desestimadas puesto que el art. 66 Lag. dispone que la autorización para investigación es un paso previo a la concesión para aprovechamiento de aguas subterráneas así que sólo cuando se realice la explotación podrá ésta impugnarse; igualmente se constata que no existe declaración de sobreexplotación y sólo en ese caso cabría la paralización de expedientes de habilitaciones para investigación y aprovechamiento de aguas subterráneas (art. 171 RDPH).

H) Administración Hidráulica

La STS de 19 de febrero de 1998, Ar. 1599, desestima el recurso interpuesto por la Diputación Provincial de Valencia y por Hidroeléctrica Española, S.A. contra el RD 924/1989, de 21 de julio, de constitución de la Confederación Hidrográfica del Júcar. Se considera el RD como organizativo y, por tanto, respecto al que no es preciso solicitar Dictamen del Consejo de Estado ni realizar audiencia pública. En otro orden de cosas, el predominio de los regadíos en la Junta de Gobierno frente a los usos energéticos obedece a que los usos de regadío, a diferencia de los energéticos, pueden ser incompatibles entre sí.

I) Régimen económico-financiero

En la STS de 23 de enero de 1998, Ar. 1079, el TS confirma una sentencia del TSJ de Valencia, por la que se anulaba un acto administrativo de la Confederación Hidrográfica del Júcar, que contenía la liquidación del canon de aprovechamiento de un Salto hidroeléctrico en el río Cabriel, correspondiente a un determinado año. En la sentencia se constata que el TEAP de Valencia se había declarado incompetente para resolver cuestiones de naturaleza contractual como es la relativa a un canon concesional de aprovechamiento hidroeléctrico y que el TSJ de Valencia había resuelto sobre el fondo del asunto para no provocar a la empresa una situación de indefensión. De este modo, a pesar de que en la cláusula octava del pliego de condiciones se había previsto la cuantía que se debía abonar por la explotación del salto cada año, debido a la concurrencia de filtraciones que habían provocado la disminución del caudal disponible para la producción hidroeléctrica, el TS entiende que debe aplicarse el principio del equilibrio contractual al presente supuesto, lo que tiene como efecto la aminoración del canon exigido para ese período.

La STS de 7 de febrero de 1998, Ar. 1369, de una forma semejante constata la naturaleza contractual del canon de salto a pie de presa de los pantanos de Entrepeñas, Buendía y Bolarque, determinación que ya había sido adoptada por el TEAC manteniendo su incom-

petencia. Partiendo de ello y tras un estudio de las OOMM que conceden el aprovechamiento hidroeléctrico, el TS llega a la conclusión de que la liquidación ha sido correctamente practicada por la Administración, ya que para ese período temporal, la empresa estaba sujeta al abono de la exacción controvertida, no sólo en relación a los embalses de Entrepeñas y Buendía, sino también por el salto de Bolarque. Es decir, de una interpretación del clausulado de la concesión, de este último aprovechamiento se deduce no sólo la obligación de respetar la reserva de energía a favor del Estado del 25 por ciento (como pretendía la empresa), sino también el deber de abonar el correspondiente canon concesional.

La **STS de 26 de enero de 1998**, Ar. 1082, revoca la decisión del TSJ de Madrid, y entiende que deben ser anuladas las Resoluciones que denegaban la solicitud de reintegro de unas cantidades abonadas por el concepto de recargo para la financiación del Plan de Saneamiento Integral de Madrid. En el fundamento jurídico tercero se recuerda que:

“las tarifas de los servicios públicos no sólo tienen como fin obtener ingresos, sino que su verdadero objetivo es permitir al prestador de tales servicios, una adecuada retribución, lo que conlleva un vínculo entre servicio y tarifa”.

De este modo, dado que la entidad “Golf La Moraleja” dispone de un sistema propio de depuración y no se beneficia del servicio financiado con el recargo en la tarifa, es claro que ese aumento no puede serle exigido.

La **STS de 29 de enero de 1998**, Ar. 1668, entiende conformes a derecho unas Resoluciones sobre liquidación de canon de distribución de aguas facturada a una Comunidad de vecinos. Las alegaciones de esta urbanización para eludir el abono de dicha exacción no prosperan, debido a que como recuerda el alto Tribunal:

“no cabe confundir la red de distribución interior, que las normas urbanísticas exigen para todo Proyecto de Urbanización y que está presente en todo edificio, con la red de distribución externa y general que el Canal de Isabel II construye, mantiene y amplía hasta las acometidas particulares y que justifica el servicio y la tarifa”.

Decisión semejante se contiene en la **STS de 25 de marzo de 1998**, Ar. 3078.

La **STS de 26 de febrero de 1998**, Ar. 1412, confirma la sentencia apelada, por la cual, se estimaba parcialmente el recurso contra unos Acuerdos de la Comisión de Precios de Cataluña que aprobaban un complemento de tarifa y un componente fijo. El Tribunal Supremo entiende que, al gozar estos conceptos de la naturaleza de precios de un servicio público, y no del carácter de tributos, la competencia de la Comisión de Precios para su aprobación no puede ser discutida. Sin embargo, reconoce que, dentro de las tarifas por la prestación del servicio de suministro se integra el concepto de amortización del coste de su establecimiento, y la de los costes de instalaciones que aún sin estar en funcionamiento, sean necesarias en el futuro para la continuidad de éste, pero no cabe por medio de dichas tarifas obtener fondos para la realización de obras futuras.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La STS de 27 de marzo de 1998, Ar. 2283, decide la validez de una liquidación de canon de vertido practicada por la Confederación Hidrográfica del Norte. Para ello se reitera la eficacia de la autorización provisional para realizar el vertido y que la inexistencia de Planes Hidrológicos de cuenca no impide la liquidación de los correspondientes cánones.

J) Obras hidráulicas: Financiación de obras de abastecimiento

La STS de 21 de enero de 1998, Ar. 245, confirma la decisión de la AN que consideró válidas unas Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y del MOP, sobre requerimiento de pago de una cantidad a un Ayuntamiento. Esta cantidad se correspondía con la tercera anualidad del anticipo reintegrable dado por la Administración del Estado para las obras de abastecimiento y distribución de aguas de Écija. De este modo, se rechaza el argumento de que las obras no habían sido formalmente entregadas al Ayuntamiento, ya que lo cierto era que la citada entidad local tomó posesión efectiva de las obras en 1972, y desde ese momento viene cobrando el servicio a los usuarios.

K) Infracciones

La STS de 4 de febrero de 1998, Ar. 1816, entiende acertada la decisión del TSJ de Castilla y León, por la cual se consideraba que unos vertidos de aguas sucias al Río Esla procedentes del lavado de carbón, constituían infracción de acuerdo a la legislación de Pesca Fluvial, y que por tanto era conforme a derecho la multa impuesta por la Administración. No obstante, se conviene también con la sentencia impugnada que la reducción de la cantidad que por responsabilidad civil debía abonar la empresa infractora es válida jurídicamente, ya que la prueba pericial fue apreciada de forma correcta por el Tribunal de instancia. Un supuesto análogo (solamente varía la empresa, el río –Bernesga– y la cantidad discutida) da lugar a la STS de 25 de febrero de 1998, Ar. 2124.

La STS de 27 de marzo de 1998, Ar. 2857, estima conformes a derecho unas Resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Norte que imponían una sanción económica a un Ayuntamiento por realizar obras para captar aguas de un arroyo. Como precisa el TS debería haberse solicitado concesión administrativa (arts. 69 Lag. y 93 y ss. RDPH). Por tanto, no cabe alegar exoneración de responsabilidad por la entidad local, apelando al art. 38.5 de la Ley de Montes de 1957, ya que su contenido es derogado por la vigente Lag. de 1985.

L) La planificación hidrológica en la jurisprudencia del TC

La STC 118/1998, de 4 de junio, resuelve los conflictos positivos de competencias planteados por los Gobiernos del País Vasco, de Cataluña y de Cantabria en relación con el Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RAPA). En dicha

Sentencia el TC decide estimar parcialmente las pretensiones de los recurrentes y declara en primer lugar, que no son básicos ni de aplicación directa en las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Cantabria los arts. 2.2 (concepto de unidad hidrogeológica y remisión a los Planes Hidrológicos de cuenca para su concreción), art. 71.2, segundo inciso (criterios para dividir en zonas, subzonas y áreas el ámbito territorial de los PHC), arts. 73 a 87 (especificación de diversos puntos del contenido obligatorio de los PHC: inventario, sistema de explotación de recursos, usos del agua, demandas, reserva de recursos, balance entre recursos y demandas, características básicas de calidad de las aguas, normas sobre mejoras y transformaciones en regadío, perímetros de protección, trabajos para la conservación de suelos y corrección hidrológico-forestal, áreas de recarga artificial de acuíferos, relación de acuíferos sobreexplotados, infraestructuras básicas, estudios sobre los condicionantes para la realización de los aprovechamientos energéticos, actuaciones relacionadas con situaciones hidrológicas extremas), y art. 89.2 (supeditación de la reserva de terrenos a la ejecución de las infraestructuras básicas previstas). No obstante, dicha consideración no impide que quepa la aplicación directa de algunos preceptos básicos de la Ley de Aguas, aunque tengan un contenido similar a los que se acaban de citar del Reglamento impugnado.

Además, se declara que parcialmente el párrafo 3 del art. 90 (determinación por los PHC de las zonas y masas de agua de protección especial) y en su totalidad el párrafo 4 de ese mismo precepto (necesidad de informe del Organismo de cuenca de los expedientes de declaración de zonas protegidas) invaden las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, no siendo aquéllos por tanto de aplicación a ésta.

En tercer lugar, se considera que diversos artículos del RAPA a los que a continuación se hace referencia no invaden las competencias de las Comunidades Autónomas si se interpretan en un determinado sentido. Así conforme al FJ 13º de la STC, el art. 49.2 RAPA no vulnera la competencia del País Vasco en materia de protección civil si la función de asesoramiento del Comité Permanente del Organismo de cuenca queda supeditada al requerimiento por parte de la CA. Según el FJ 26º los arts. 102.2, 111 y Disposición Adicional Segunda deben interpretarse de forma que se entienda que el MOP puede llevar a cabo una redacción subsidiaria de Plan Hidrológico intercomunitario en el caso de que el Organismo de cuenca no lo presente y que solamente puede realizar un mero requerimiento en un supuesto similar, tratándose de PHC intracomunitario, a la Administración Hidráulica de que se trate. Con dicha interpretación los preceptos citados no invaden las competencias de las CCAA del País Vasco y de Cantabria. De acuerdo con el FJ 28º, la facultad que el art. 118.2 otorga al Consejo de Ministros ha de entenderse referida a los PHC intercomunitarios para así no menoscabar las competencias de la CA de Cantabria. Por último, según el FJ 29º, el art. 119.2 del RAPA debe concebirse en el sentido de que el Gobierno de la Nación puede aplicar el procedimiento de urgencia para poner en práctica los proyectos y obras previstos en PHC intercomunitarios y siempre que por la Administración del Estado se asuma la ejecución de las obras, ya que en materia de su propia competencia, la aplicación del procedimiento expropiatorio compete a las CCAA. Finalmente, el TC entiende que deben desestimarse los conflictos de competencia en todo lo demás.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Conflictos de competencias constitucionales

La **STC 80/1998, de 2 de abril**, resuelve de forma acumulada tres conflictos positivos de competencias promovidos respectivamente por la Xunta de Galicia en relación con las Órdenes del MOPU de 11 de diciembre de 1985 y 9 de junio de 1987, por las que se establecen nuevos límites de los puertos de Marín y de Villagarcía de Arosa, y por el Gobierno de la Nación en relación al Decreto de la Xunta de Galicia 290/1986, acerca de las tarifas a aplicar en los puertos de dicha Comunidad Autónoma. Obviamente, y de ahí la acumulación procesal, el tema debatido en todos los casos puede reconducirse a una única cuestión: la delimitación de las facultades estatales y autonómicas en materia de puertos, y más concretamente, la determinación del alcance de las competencias del Estado para ampliar la Zona II de puertos de interés general, y de las de la Comunidad Autónoma de Galicia para el establecimiento de tarifas portuarias. Respecto de la primera cuestión, el TC reitera previa doctrina (**STC 40/1998**, comentada en la anterior entrega), afirmando que nada impide la extensión de la zona de servicio de un puerto de interés general a rías enteras, siempre que con ello no se lesionen las competencias autonómicas que puedan coexistir sobre ese mismo espacio físico. En este caso concreto, el Alto Tribunal no considera que la extensión de la Zona II de los puertos de Marín y Villagarcía de Arosa, ambos de interés general, suponga ningún menoscabo para las competencias autonómicas “puertos de refugio y deportivos”, “marisqueo y acuicultura” y “establecimiento de tarifas portuarias”, toda vez que, y si bien reconociendo que en algunos momentos pueden surgir conflictos de intereses que “deberán resolverse por la vía de la cooperación” (FJ 3º), el objeto jurídico sobre el que recaen, pese a una idéntica base material, es distinto (SSTC 113/1983 y 77/1984). Y en lo que hace a la segunda –alcance de las competencias autonómicas para el establecimiento de tarifas portuarias–, es obvio que ésta sólo puede extenderse a aquéllas cuyo hecho imponible sea la prestación de un servicio o la utilización de instalaciones correspondientes a sus puertos, siendo contraria al orden constitucional de competencias cualquier ampliación unilateral de la extensión de los mismos que incluya aguas constitucionalmente consideradas como dominio público estatal, y, por tanto, también la que tenga como específica intención aumentar el cobro de tarifas portuarias autonómicas (FFJJ 4º y 5º).

La **STC 147/1998, de 2 de julio**, viene a resolver también un conflicto positivo de competencia, promovido en este caso por el Gobierno Vasco en relación con el Plan de Pesca de aguas comunitarias elaborado por la Secretaría General de Pesca Marítima del MAPA para enero y febrero de 1988, al considerar aquél como propia la facultad para elaborar Planes de Pesca –proyectos de listas periódicas de barcos autorizados para faenar en caladeros comunitarios de acuerdo con las limitaciones de acceso a los mismos establecidos en el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas (FJ 1º)– en lo que respecta a las Asociaciones de Armadores radicadas en su ámbito territorial. Se refiere el TC de modo expreso a la pertinencia del presente pronunciamiento, pese a la evidente expiración de los efectos del Plan de Pesca impugnado y la desaparición de

las limitaciones de acceso de nuestros barcos a los caladeros comunitarios que justificaban su elaboración, puesto que, y según anterior doctrina propia, si la disputa de la titularidad competencial sigue viva entre las partes (SSTC 248/1988, 329/1993 y 155/1996) o la normativa en relación con la cual se trabó el problema es sustituida por otra que plantea en esencia los mismos problemas (SSTC 329/1993 y 155/1996), el objeto del conflicto subsiste y aquél se hace necesario, lo que sucede en este caso. A esta consideración se oponen los dos votos particulares formulados a la Sentencia, por entender los formulantes que el cambio de marco jurídico derivado del nuevo estatuto de España en la Unión Europea tras su plena integración –1 de enero de 1996– en la política pesquera común y la falta de vigencia del Plan impugnado apuntaban precisamente en sentido contrario.

Por lo que hace al fondo del asunto –determinación de la titularidad de la competencia discutida– el TC no duda en considerar la materia afectada por los Planes controvertidos como integrante del título competencial exclusivo del Estado «pesca marítima»; competencia cuyo contenido ha sido interpretado por la doctrina constitucional como sinónimo de regulación de la actividad extractiva y del régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros (SSTC 57/1992, 68/1992, 149/1992 y 184/1996) y al que, obviamente, se acomoda la elaboración de cupos de licencias para pescar en los caladeros comunitarios que, en último término, son los Planes de Pesca (FJ 8º en relación con previa doctrina constitucional fijada en las SSTC 56/1989 y 44/1992). El fallo, por tanto, declara la titularidad estatal de la competencia controvertida.

Por fin, la **STC 148/1998, de 2 de julio**, tiene un contenido muy similar a la anterior. En este caso nuevamente es el Gobierno Vasco el promotor de un conflicto positivo de competencias, por entender que la denegación de ayudas a la modernización de buques pesqueros llevada a cabo por seis Resoluciones de la Dirección General de Ordenación Pesquera de 10 de mayo de 1989 invadía la competencia autonómica de desarrollo legislativo y ejecución en materia de ordenación del sector pesquero [artículo 11.c) EAPV], competencia que incluiría, de modo indubitado a su juicio, la actividad de gestión de subvenciones llevada a cabo por las Resoluciones controvertidas. El TC no discute en ningún momento el encuadramiento de la cuestión debatida en la competencia alegada por el ejecutivo vasco, toda vez que, según la interpretación propia (STC 147/1991), han de incluirse dentro de la misma:

“competencias relativas a las condiciones profesionales de los pescadores y otros sujetos relacionados con el sector, construcción de buques, Registros oficiales, cofradías de pescadores, lonjas de contratación y otras similares”,

teniendo a efectos de distribución competencial idéntica consideración las operaciones de modernización y reconversión de buques pesqueros que las obras de construcción (STC 33/1984). Además, y como se demuestra en la Sentencia, esta realidad no se ve alterada ni por el hecho de que las subvenciones provengan parcialmente de fondos comunitarios (SSTC 252/1988 y 79/1992) ni porque la normativa vigente en el momento de formalizar el conflicto de competencia haya sido derogada y modificada

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

sucesivamente, ya que la doble intervención estatal y autonómica derivada del original reparto de competencias sigue exigiéndose de igual modo (FJ 5°).

En lo que respecta al fondo del asunto, el fallo de la Sentencia concluye en la existencia de un efectivo menoscabo de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de ordenación del sector pesquero; menoscabo que se justifica de modo evidente si tenemos en cuenta que el otorgamiento o denegación de las ayudas de modernización y reconversión a determinados armadores del País Vasco tienen naturaleza ejecutiva y, como tal, corresponderían a la Administración autonómica. A ello hay que sumar que, a juicio del TC, ninguno de los otros títulos competenciales alegados por el defensor estatal —ordenación general de la economía, garantía del cumplimiento del Derecho comunitario— suponen apoyo constitucional suficiente para justificar la actuación ejecutiva del Estado. Por lo tanto, la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

B) Deslinde

El acto material de deslinde es la concreción de un procedimiento que, en ejercicio de una potestad administrativa estatal **STS de 31 de marzo de 1998**, Ar. 3940, tiene como objetivo la fijación de los límites del demanio marítimo (**SSTS de 29 enero**, Ar. 1020 y **25 de marzo de 1998**, Ar. 3172). Lógicamente, aquel procedimiento administrativo habrá de respetar las reglas comunes a los mismos, entre las que se encuentran la notificación a los interesados y el trámite de audiencia, así como la corrección en cualquier momento de los errores materiales que se hubiesen podido producir (**SSTS de 27 de enero**, Ar. 1014 y **10 de febrero de 1998**, Ar. 1586). Y la resolución de aprobación del deslinde, en cuanto que acto administrativo, podrá ser recurrida en vía contencioso-administrativa, así como ante los tribunales ordinarios si da lugar —artículo 29 del Reglamento de Costas (RC)— a alteraciones de las situaciones jurídicas registrales, al carecer el mismo de la firmeza propia de las sentencias judiciales (**STS de 31 de marzo de 1998**, Ar. 3940).

Uno de los efectos más espectaculares que la nueva Ley 22/1988, de Costas (LC) atribuye al deslinde es el recogido en el artículo 13, de acuerdo con el cual, el mismo permite declarar tanto la posesión como la titularidad dominical del Estado. No era así en la legislación anterior, encabezada por la Ley 28/1969, de Costas, en la que el acto de deslinde simplemente declaraba la posesión, debiendo dilucidarse las cuestiones de propiedad ante los tribunales civiles. Es más, aunque la jurisprudencia es oscilante, muchas veces esta declaración posesoria se ha visto limitada en la práctica por las situaciones de propiedad privada amparadas por el Registro de la Propiedad, siendo preciso, como se ha dicho, el recurso a la jurisdicción ordinaria a fin de desvirtuarlas. Sobre esta cuestión vid. la **STS de 10 de febrero de 1998**, Ar. 1586.

C) Recuperación de oficio

Frente a las usurpaciones llevadas a cabo por particulares en bienes integrantes del dominio público marítimo, la Administración del Estado, en tanto que titular del mismo y

como modo permanente de tutela de la demanialidad, dispone entre otras de la potestad de recuperación de oficio. Esta potestad, como tal, es de obligado ejercicio siempre que concurren dos requisitos fundamentales: que se demuestre que los bienes usurpados son, efectivamente, de dominio público, y que el uso público ha sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria (STS de 19 de marzo de 1998, Ar. 3170), y comprenderá, llegado el caso, no sólo la porción de zona marítimo-terrestre poseída ilegítimamente, sino también las instalaciones y edificaciones que, sin título habilitante alguno, aquéllos realizaron allí (STS de 3 de marzo de 1998, Ar. 2101).

D) Régimen sancionador

La edificación en la zona marítimo-terrestre es considerada tanto en la normativa precedente —Ley 7/1980, de Protección de las Costas— como en la actual LC una infracción administrativa, y como tal sancionable; sanción a la que, lógicamente, serán aplicables los principios generales del derecho administrativo sancionador, entre ellos, el de proporcionalidad (STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 1296). Sin embargo, los hechos enjuiciados en la STS de 29 de enero de 1998, Ar. 1020, son anteriores a la entrada en vigor de cualquiera de estos textos, lo que impide su aplicación. Ello no obsta que la Administración reaccione ante un acto que a su juicio supone un despojo de un bien de dominio público, habiendo de probar en primer lugar, y mediante recurso a la vía civil —por tratarse de una cuestión de propiedad—, que la finca sobre la que se realizaron las edificaciones tiene tal carácter. Una vez probado, y en aplicación del principio de imprescriptibilidad de los bienes demaniales, podrá ejercer en cualquier momento la acción de recuperación posesoria (FJ 4º).

E) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo con el fin de cumplimentar necesidades públicas pero, sobre todo, con el de su salvaguardia, es observable tanto en la normativa precedente como en la actual. Muestra de la primera es la STS de 23 de febrero de 1998, Ar. 3076 (FJ 4º), que considera acordes con las previsiones sobre servidumbre de salvamento establecidas en la Ley 28/1969 de Costas, las restricciones a la edificación contenidas en un PERI en relación con unas fincas colindantes con la zona marítimo-terrestre. En el mismo orden de cosas, actualmente, como regla general, sólo se permiten instalaciones muy puntuales en fincas afectadas por la servidumbre de protección (artículo 25.2 LC), prohibiéndose globalmente las actividades constructivas (artículo 25.1 LC). En este sentido, vid. la STS de 24 de marzo de 1998, Ar. 2242. El TC ha reconocido, en la fundamental STC 149/1991 [FJ 3ºD)] que esta prohibición puede ser legítimamente dispensada por la Administración en caso excepcional de utilidad pública o razón económica justificada; excepción que no se aprecia en el supuesto resuelto por la STS de 9 de marzo de 1998, Ar. 1893, en la que se ratifica el no otorgamiento del necesario título administrativo, la prohibición de realización

de las edificaciones previstas y la consiguiente imposibilidad de obtención de la licencia de obras por silencio positivo pretendida por los apelantes, toda vez que ésta requeriría para ser otorgada la necesaria y previa obtención de aquél.

F) Los usos del dominio público marítimo-terrestre

La ocupación privativa del demanio marítimo requiere concesión administrativa otorgada, previa comprobación de su adecuación al interés público y de la imposibilidad de ubicación alternativa de las actividades o instalaciones a realizar (no apreciada en la STS de 23 de febrero de 1998, Ar. 2701), por la Administración titular del mismo: la estatal (STS de 3 de marzo de 1998, Ar. 2101).

G) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo

La atribución de la titularidad sobre el demanio marítimo al Estado tiene carácter constitucional (artículo 132). Aunque tal atribución no es en sí misma, y según conocida doctrina constitucional (STC 221/1988, entre otras), título que otorgue competencias, lo cierto es que en atención a aquella titularidad el Estado ostenta importantes facultades y obligaciones, entre las que se encuentra la de defensa y conservación del dominio marítimo; obligación ante cuyo incumplimiento, cabe exigir responsabilidad. En este sentido, véase la STS de 9 de febrero de 1998, Ar. 4306 (FJ 4º).

Junto con las estatales coexisten competencias de otros poderes públicos que se hace necesario coordinar. La exigencia de informe estatal, previo a la aprobación o modificación de planes y normas de ordenación territorial o urbanística aprobados por otras Administraciones territoriales, en orden a comprobar su adecuación a la normativa de costas (artículo 112 LC), es una buena muestra de ello. La doctrina constitucional sentada por la STC 149/1991 ha considerado su existencia como un medio razonable para asegurar la realización de aquéllos, matizando, no obstante, su carácter vinculante, que se entenderá presente cuando las objeciones que el Estado les formule se basen en el ejercicio de facultades propias, y no cuando infrinjan normas que, pese a encontrarse recogidas en la normativa de costas, deban ser ejecutadas por las Comunidades Autónomas. En este último caso, incumbirá a los Tribunales de Justicia el control de legalidad de dichas actuaciones (FJ 7º.A). Esta doctrina se recuerda en la STS de 7 de marzo de 1998, Ar. 1891, siendo inaplicable en el supuesto que resuelve. Se trata de un Plan Parcial en tramitación a la entrada en vigor de la LC, por lo que, y según jurisprudencia del TS (SSTS de 27 de febrero, 12 de junio y 13 de octubre de 1997), deberá aprobarse de acuerdo con la disposiciones vigentes en la fecha de iniciación, en las que no se contemplaba dicha exigencia. A mayor abundamiento, en los actos impugnados se han introducido las modificaciones necesarias para respetar las competencias de la Administración del Estado, lo que evita de modo indiscutible una hipotética infracción de legalidad (FJ 3º).

Tampoco puede obviarse la existencia de competencias locales sobre el demanio marítimo, toda vez que, y de acuerdo con una conocida doctrina constitucional, “el dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción del

territorio de su entorno y considerarlo como exento de las competencias de los diversos entes públicos que las ostentan” (STC 77/1984, de 3 de julio). Ello implica, claro está, que, en cuanto parte integrante del término municipal, las obras realizadas en espacios portuarios estarán sometidas a licencia urbanística y a la exacción de tasas municipales en este concepto. Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada de acuerdo con una consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera de TS (SSTS de 4 de febrero, 19 de junio y 24 de enero de 1997), según la cual no toda obra realizada en los muelles tiene la misma consideración. Al contrario, pueden diferenciarse dos fases: una primera, en la que se realizan obras en el lecho del mar litoral para ganar por accesión artificial terrenos a éste, y otra posterior en la que las obras se realizan sobre esos terrenos ganados e incorporados ya al territorio del municipio costero, siendo sólo en este segundo momento cuando se trata de obras realizadas propiamente sobre el término municipal, y como tal, cuando cabe legítimamente la exigencia de licencia de obras y la exacción de tasas por el otorgamiento de la misma. Sobre esta cuestión, véase la **STS de 9 de marzo de 1998**, Ar. 2298.

H) Puertos

El modelo de organización de los puertos estatales varió tras la aprobación en 1992 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, siendo sustituida la estructura administrativa de Juntas de Puertos por las Autoridades Portuarias, con una superior autonomía de gestión. La **STS de 18 de febrero de 1998**, Ar. 1679, trata de hechos producidos antes de la entrada en vigor de la actual normativa, por lo que les es de aplicación el sistema jurídico precedente. Debe recordarse que la LEEA de 1958 reconocía la posibilidad de recurrir en alzada las decisiones de las Juntas de Puertos, sin que en ningún caso tal eventualidad

“pueda suponer un obstáculo para la efectividad del derecho a la tutela judicial por constituirse en un impedimento innecesario, excesivo y carente de proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente pueda perseguir el legislador” (FJ 3º).

Asimismo, tales organismos tenían atribuidas las competencias y responsabilidades relativas a la gestión de los servicios portuarios, por lo que, de acuerdo con la teoría general de la responsabilidad administrativa, habrán de responder, si concurren los elementos constitutivos de la misma por los daños derivados del funcionamiento normal o anormal del servicio; y ello con carácter objetivo, al margen de la existencia de dolo o culpa. En el supuesto analizado por la Sentencia comentada, se aprecia su existencia, fijándose en consecuencia una indemnización patrimonial que cubra los daños y perjuicios causados hasta conseguir una reparación integral, lo que obliga, por el tiempo pasado, a la aplicación de coeficientes actualizadores.

I) Pesca marítima

La Ley 53/1982 califica diferentes conductas como infracciones en materia de pesca marítima, de modo que su comisión lleva aparejada la correspondiente sanción, regida lógicamente por los principios generales del derecho administrativo sancionador. Entre las mismas se incluyen faenar en fondos prohibidos y la desobediencia a las autoridades marítimas, cuestiones estas que son objeto de tratamiento en las **SSTS de 9 de enero de 1998**, Ar. 750 y **11 de marzo de 1998**, Ar. 3488. Asimismo, y en tanto que la pesca marítima se configura como una actividad sometida a fuerte intervención administrativa en razón a varios factores —utilización del dominio público marítimo, aplicación sobre la misma de medidas de fomento, ejercicio de funciones de policía por razones fundamentalmente ambientales(...)— es lógico pensar en el requerimiento de autorizaciones diversas en orden a su ejercicio. Sobre su exigencia para el acceso a pesquerías y la necesidad de seguir un procedimiento determinado, véase la **STS de 6 de marzo de 1998**, Ar. 3484.

5. CARRETERAS

A) Constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/1989, del Parlamento Vasco, reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco

La **STC 132/1998**, de 18 de junio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en 1989 por el Presidente del Gobierno contra algunos preceptos de la Ley 2/1989, reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco. El TC estima parcialmente el recurso declarando inconstitucionales algunos preceptos.

Hay que tener presente que las competencias del País Vasco en esta materia son diferentes a las del resto de CCAA de nuestro país (a excepción también de Navarra), pues según lo dispuesto en el art. 10.34 de su Estatuto de Autonomía, y según el RD 2769/1980, todas las carreteras que discurren por el territorio vasco son de titularidad de las Diputaciones Forales, con ciertos matices en relación con las autopistas sometidas al régimen de concesión y a excepción de las de titularidad local. Con ello, el criterio de distribución competencial es diferente del general para el resto de CCAA, pues no rige el parámetro de distribución de carreteras dentro de un mismo territorio, en función de la funcionalidad de aquéllas (FJ 4º). Los FFJJ 1º, 2º y 3º de la STC van dirigidos a establecer el lugar de este Plan de carreteras dentro del ámbito competencial que corresponde a la CA del País Vasco, para lo que cita los principios generales sobre esta materia establecidos en Sentencias como la 65/1998 (Vid. el comentario a esta última en el número anterior de esta revista). La doctrina del TC es la siguiente:

“a) En relación a los artículos 6.2, 6.3 y 6.4, junto con el art. 11.3, que hacen referencia a la nomenclatura y denominación de las carreteras del País Vasco y a la aplicación de las normas técnicas y de señalización el Abogado del Estado sostiene que se han invadido las competencias estatales desarrolladas en la Ley de carreteras de 1988 y en especial el título competencial del art. 149.1.21ª CE, que otorga al Estado competencias exclusivas sobre el

‘régimen general de las comunicaciones’, y ‘tráfico y circulación de vehículos de motor’, por lo que aquél debería dictar la normativa sobre las condiciones de circulación (señales, límites de velocidad, etc.) y también las condiciones que deben respetar los vehículos y las garantías de seguridad en la circulación, entre otros extremos. El TC estima que el art. 6.2 es constitucional, porque no se refiere a las placas de ruta y las señales de balizamiento, sino sólo a la identificación en sí de la carretera (denominación y nomenclatura). Lo mismo sucede con el art. 6.4. Por otra parte, el art. 6.3 también respeta el reparto constitucional y estatutario de competencias (FJ 8º). Sin embargo, la referencia del art. 11.3 de esta Ley a la consideración como supletorias de las normas técnicas y de señalización que dicte el Estado es inconstitucional, aspecto que no es ni siquiera salvado por la referencia posterior al RD 2769/1980, sobre traspaso de competencias. De hecho, en este art. 11.3 se establece a continuación que existe una competencia estatal en este ámbito, derivada de lo dispuesto en los arts. 149.1.21ª y 24ª (FJ 9º).”

“b) En segundo término, el TC se refiere al art. 20.1, que establece la necesidad de coordinar ‘bajo criterios de reciprocidad’ aquellas actuaciones derivadas del Plan de carreteras del País Vasco, que pudieran afectar a las planificaciones de otras Administraciones, tanto estatal como autonómicas. El TC considera que la referencia al principio de reciprocidad no tiene un encaje en el Estado autonómico, en relación con principios como los de solidaridad, cooperación y coordinación. Por ello, el inciso del art. 20.1 es inconstitucional (FJ 10º).”

“c) También se recurre la Disposición Transitoria Tercera y el Anexo, en sus referencias este último a las autopistas A-1, A-8 y A-68. En cuanto a la primera, es inconstitucional su inciso ‘En tanto no se proceda al traspaso de funciones y servicios’, y el resto del precepto es acorde con la Constitución (FJ 12º). De este modo, las mencionadas autopistas son de titularidad estatal (están integradas dentro de la Red de Interés General del Estado), sin que en ello tenga ninguna influencia el hecho de estar sometidas a un régimen concesional. La titularidad estatal no es pues provisional, y el hecho de que se procediese en el futuro al traspaso de funciones y servicios es ajeno a la potestad legislativa del Parlamento Vasco, y depende de si se modifica o no la Red estatal de carreteras. El sentido de la Disposición Transitoria Tercera al incluir las autopistas estatales en el Plan de carreteras vasco es el de facilitar la cooperación y coordinación con el Estado (FJ 12º, *in fine*).”

“d) La última de las cuestiones tratadas es la relativa a la inclusión por el Anexo del tramo del Condado de Treviño de la carretera N-1 en el catálogo del Plan regulado en esta Ley (como carretera de titularidad de la Diputación foral de Álava), que suscita problemas al pertenecer este enclave a la CA castellano-leonesa y, en concreto, a la provincia de Burgos. En este punto, aunque el Gobierno y el Parlamento vasco aluden a razones históricas, el TC considera que esta inclusión en el Plan es inconstitucional, pues es el Estado el que tiene la titularidad de la N-1 a su paso por el Condado de Treviño, por lo que la competencia sobre planificación en relación con aquel tramo (de unos 7 Kms) pertenece al Estado. Otra cosa es que, por razones técnicas, la citada Diputación foral realice la gestión, pero la titularidad es del Estado que será además quien lleve a cabo la planificación (FJ 14º, en donde menciona las SSTC 26/1982, 11/1984 y 136/1992).”

B) Infracciones y sanciones

a) Instalación de publicidad en las carreteras

El tipo sancionador considerado es el relativo a la instalación de publicidad en un lugar visible desde la zona de dominio público. Pues bien, la mayoría de los pronunciamientos del TS tienen en común el hecho de que consideran improcedentes las sanciones impuestas por la Administración. Así, en algunas ocasiones se considera improcedente la sanción por la falta de tipificación del supuesto y, en concreto, al tratarse de suelo urbano (cuando para imponer sanciones debe tratarse de tramos no urbanos, según el artículo 24 de la LCarr. 1988). En esta línea se pronuncia la **STS de 2 de marzo de 1998**, Ar. 2097.

En otros casos, incluido también en la sentencia que acaba de mencionarse, la razón de la improcedencia de la sanción es la existencia de defectos en el procedimiento sancionador como la falta de notificación de la propuesta de resolución, bien en sentido estricto, o bien entendiendo que es necesario un pronunciamiento preciso sobre la responsabilidad que se imputa. Pueden mencionarse, en este sentido, las **SSTS de 3 de marzo de 1998**, Ar. 2099, y las dos de **16 de marzo de 1998**, Ar. 2847 y 2848, en donde además se decide retrotraer las actuaciones administrativas al momento inmediatamente posterior a la propuesta de resolución, con el fin de que el recurrente pueda ejercer los derechos de audiencia y de defensa. En otros supuestos se aprecia la existencia de caducidad (**STS de 9 de marzo de 1998**, Ar. 2137).

b) Sanciones por realización de obras sin autorización de la Administración de carreteras

La mayoría de las Sentencias que versan sobre esta materia dan la razón a la Administración sancionadora. Así, la **STS de 9 de febrero de 1998**, Ar. 1585, en donde el TS considera adecuada una sanción impuesta a un particular por reconstruir con bloques de hormigón una antigua edificación de madera y no solicitar la correspondiente autorización (al ser una zona situada entre la arista de la carretera y la línea de edificación –FJ 2º–). También es correcta, **STS de 9 de marzo de 1998**, Ar. 2293, la sanción impuesta por el Consejo de Ministros a un particular que realizó sin autorización obras de ampliación de una casa, excediendo de lo autorizado en 1990 (que no le permitía un aumento de volumen). Igualmente, la **STS de 16 de marzo de 1998**, Ar. 2849, confirma la sanción impuesta por la realización de obras de reconstrucción de un cobertizo adosado a una edificación ya existente. En un sentido contrario a las anteriores, puede mencionarse la **STS de 16 de febrero de 1998**, Ar. 1828, que estima que no se ha probado que las obras de elevación de la altura de un garaje se realizaran después de la entrada en vigor de la LCarr. de 1988 y, además, que el plazo de prescripción a aplicar es el de la legislación anterior (dos meses), que aquí ha sido ampliamente rebasado.

c) Presunta modificación de las marcas en el eje de carretera: falta de pruebas

La **STS de 31 de marzo de 1998**, Ar. 2838, considera incorrecta la sanción impuesta por la Administración a una empresa, por realizar presuntamente una modificación intencionada de las marcas en el eje de una carretera con el fin de posibilitar el acceso de los vehículos a las instalaciones de la citada empresa. En este caso, el TS considera que el tipo

de prueba que aquí debía practicarse (la indiciaria) no se ha realizado adecuadamente, pues no se ha acreditado el indicio (el estado de la línea de la carretera en el momento de la infracción y en la actualidad) y además tampoco se ha demostrado que la modificación se realizó por encargo de personas dependientes del restaurante.

C) Otras materias

La **STS de 31 de marzo de 1998**, Ar. 3082, considera procedente la autorización otorgada por la Administración autonómica canaria para instalar una estación de servicio en Gran Canaria, pues debe respetarse el “principio de protección de la confianza legítima del ciudadano” (FFJJ 14º y 15º de la Sentencia apelada), pues ya se le había autorizado por el Gobierno canario y la realización de esta actividad origina unos desembolsos económicos. Se trata de un supuesto en donde ha habido una clara descoordinación administrativa, entre las tres entidades que han intervenido (Administración autonómica, Cabildo insular —que ordenó la paralización de las obras— y Ayuntamiento), y donde el TS tras examinar el reparto competencial concluye en que al encontrarse la estación de servicio en un punto de intersección entre una vía competencia del Cabildo y otra de la Comunidad Autónoma atribuye la competencia a esta última.

También sobre esta materia puede mencionarse la **STS de 5 de febrero de 1998**, Ar. 1297, en donde el TS confirma la denegación de una autorización para ampliar una Estación de Servicio, con el argumento de que no se cumple el régimen de distancias mínimas y que se trata de una autovía, y no de una carretera (pues es la N-I).

Finalmente, cabe citar un supuesto de gran actualidad. Se trata de la **STS de 12 de febrero de 1998**, Ar. 1590, que se refiere a un caso en el que la empresa titular de la Estación de Servicio llevó a cabo una modificación en los surtidores que podía conducir a la comisión de fraudes (al realizarse un ajuste de medida de los surtidores susceptible de ser manipulado sin necesidad de romper el precinto, defecto que se estima no es de fabricación, sino que fue provocado por la empresa). El TS estima que las sanciones de revocación de la concesión y de multa son correctas (la AN sólo consideró adecuada la segunda).

6. MINAS

La **STS de 30 de marzo de 1998**, Ar. 2835, confirma el pronunciamiento del TSJ de Cataluña y estima correcta la decisión de la Generalitat de declarar caducada una concesión minera, al haberse agotado los recursos mineros de la explotación y no haberse realizado las obras de acondicionamiento tras solicitar la rehabilitación de la concesión. En realidad, la verdadera intención de los titulares de la concesión era la de extraer agua subterránea, y no cuarzo, por lo que la explotación de este recurso requiere otro tipo de con-

cesión, que debe ser otorgada por otra Administración. Por ello, la declaración de caducidad de la concesión es correcta.

7. MONTES

En la STS de 11 de marzo de 1998, Ar. 3485, el TS confirma la decisión del Ayuntamiento de Cuenca de exigir el cumplimiento completo de un contrato de aprovechamiento forestal en donde una empresa había talado un número de pinos inferior al pactado aunque el volumen de madera era el estipulado. En la STS de 11 de marzo de 1998, Ar. 2861, el TS confirma la STSJ de Galicia y da la razón a una Junta Provincial de montes vecinales en mano común, frente al acuerdo del Jurado Provincial en esta materia, que había denegado la clasificación como “vecinal en mano común” de un determinado monte. Tras examinar los requisitos necesarios para la calificación como tal del monte (regulados en la Ley de 1980), el TS llega a la conclusión de que sí que es merecedor de esta calificación.

ELOY COLOM PLAZUELO
CÉSAR CIRIANO VELA
BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA
VICTORIA CARPI ABAD
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Actividades Clasificadas. A) Calificación de actividades.

B) Procedimiento de concesión de la Licencia de Actividades calificadas (LAC).

C) Intervención administrativa tras el otorgamiento de la LAC. D) Adaptación al RAC

(DT 2ª) de una actividad que se ejercía con licencia desde 1951. E) Transmisibilidad de la

licencia con mantenimiento de la actividad: art. 13 RSCL. F) Concurrencia de autoriza-

ciones: art. 22.3 RSCL. G) Clausura de actividades. **3. Espacios naturales protegidos.**

A) Parque Natural. B) Los parajes pintorescos como bienes de interés cultural.

4. Aguas marítimas: Competencias sobre el dominio público marítimo-terrestre.

5. Aguas continentales: la cuestión del caudal ecológico. 6. Minas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Comprende la siguiente entrega las sentencias del TS publicadas en el Repertorio Aranzadi de jurisprudencia entre los meses de abril y junio de 1998 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aparecida hasta agosto inclusive de 1998. Como en la crónica publicada en el núm. 1, el gran núcleo jurisprudencial viene referido a las actividades clasificadas existiendo, sin embargo, jurisprudencia cualitativamente muy importante en el ámbito de las aguas marítimas y continentales.

2. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

Son un total de diecisiete las sentencias del TS publicadas en el período de tiempo reseñado y sobre esta materia la doctrina establecida es la siguiente:

A) Calificación de actividades**a) Como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas**

Las actividades se clasifican en función de sus características (STS de 30 enero de 1998, Ar.584) por sus efectos como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas (SSTS de 10 y 13 febrero de 1998, Ar.1201 y 1209).

b) Industria fabril: artículos 4, 15 y 20 del RAC

De la STS de 16 de marzo de 1998, Ar. 2466 (FJ 4º) pudiera entenderse que una explotación porcina de cría no es calificable como industria fabril a los efectos de la distancia de 2.000 mts de emplazamiento que exige el art. 4 del RAC. Sin embargo, debe interpretarse esta precisión en el contexto especial en el que se produce tal manifestación al tratarse de la construcción de una nave aneja a la explotación que amplía el espacio disponible y mejora las condiciones higiénicas ya que de otro modo interrumpiría la línea jurisprudencial del TS que sostiene que la distancia de los 2.000 mts está en función de las específicas características de una actividad como peligrosa o insalubre pero no en que sea calificable o no como “industria fabril”. Ese criterio se mantiene en la STS de 12 de febrero de 1998, Ar. 2114 (industria de secadero de pieles), y se apunta en la de 30 diciembre de 1997, Ar. 321/1998 (FJ 5º).

B) Procedimiento de concesión de la Licencia de Actividades Calificadas (LAC)**a) Actividades clandestinas**

El TS califica como tales aquellas actividades clasificadas que se ejercen sin licencia previa (SS de 13, 27, y 12 febrero de 1998, Ar. 1209, 1542, 1545, 2114; y de 12 y 16 de marzo de 1998, Ar. 2228 y 2466). Entiende el TS además que la licencia sólo puede obtenerse sujetándose al procedimiento regulado en los arts. 29 y ss. del RAC sin que la tolerancia de su ejercicio con conocimiento demostrado del Ayuntamiento desde 1959, Ar. 1542, o durante más de 20 años, Ar. 2114, ni el pago de tasas, Ar. 2228 sustituyan dicho procedimiento.

Pero es que, además, si se obtiene licencia para una actividad (bar con música ambiental) y luego se amplía esta actividad (transformándola en disco-bar) se exige nueva licencia para su ejercicio (STS de 30 enero de 1998, Ar.548) salvo que se trate simplemente de aumentar el espacio utilizable (una nave más) sin ampliar la actividad (en explotación porcina donde se mantiene el número de cabezas de ganado), teniendo la ampliación como objeto la mejora de las condiciones de alojamiento y las higiénicas, no existiendo por tanto aumento de industria, Ar. 2466.

Por otro lado una actividad clandestina tampoco adquiere durante su ejercicio derechos preexistentes que puedan hacerse valer en el marco de la aprobación de un nuevo plan de urbanismo, pues la legalización sólo procede para las actividades con licencia, Ar. 1209, no resultándole aplicable tampoco el principio de igualdad al encontrarse en situación de ilegalidad, Ar. 1545.

b) Denegación de licencia por razones urbanísticas y afectación al paisaje

La **STS de 12 de enero de 1998**, Ar. 231 confirma la denegación de licencia para colocar un depósito aéreo de gases licuados del petróleo por no respetar el emplazamiento, al no guardar la distancia mínima a una finca como exigían las ordenanzas, y al producir, además, un efecto muy desfavorable en el paisaje y en otros elementos arquitectónicos de la finca. Todo ello infringe la prohibición establecida en el art. 5 de las normas subsidiarias y complementarias del planeamiento que impiden, a su vez, efectuar en suelo no urbanizable actuaciones que puedan alterar los elementos tradicionales del paisaje y del ámbito rural en que se produzcan.

c) Silencio positivo: artículo 33.4 del RAC

El silencio positivo para obtener la licencia exige, además de la denuncia de mora (art. 33.4 RAC), que la solicitud se adecúe al ordenamiento jurídico no operando cuando el proyecto o el emplazamiento infrinjan normas urbanísticas (**SSTS de 12 y 30 enero de 1998**, Ar. 230 y 584) o que resulten contrarias al planeamiento (**STS de 12 marzo de 1998**, Ar. 2228).

d) Las licencias provisionales en cuanto licencias temporales en edificios fuera de ordenación: artículo 60 TRLS de 1976. Derechos indemnizables

Como prescribe el art. 33.2 del RAC, en ningún caso podrán concederse licencias provisionales mientras la actividad no esté calificada. Sin embargo, la jurisprudencia, y entre ellas las **SSTS de 20 enero y 19 de diciembre —esta última de 1997—**, Ar. 242 y 288, admiten bajo la denominación de licencias provisionales las que con carácter temporal puedan concederse al amparo de los arts. 58.2 (usos provisionales) y 60 (en edificios fuera de ordenación) del TRLS de 1976 con las limitaciones y condicionamientos que se concretan en dichos preceptos, si bien estas licencias provisionales están sujetas a las mismas prescripciones que las ordinarias además de a las específicas fijadas en los mencionados preceptos.

La **STS de 30 enero de 1998**, Ar.589, recoge en su FJ 5º la doctrina jurisprudencial en esta materia en orden a la posible pervivencia temporal de actividades mercantiles o industriales clasificadas (bar en local en planta baja), al manifestar que:

“La Jurisprudencia de este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la razón de ser del precepto establecido en el art. 60 LS radica en la consagración del *desideratum* de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él por el estado de sus elementos componentes antes de pensar en la posibilidad de acometer en el mismo determinadas obras: Todo ello debe armonizarse con el principio de que la desordenación de un edificio no implica *ipso facto* ni su inmediata desaparición ni su condena como bien económico-social, en cuanto el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición, bien por consunción, bien por llevarse a efecto las previsiones urbanísticas. La aprobación del planeamiento determinante de la calificación de fuera de ordenación, y su ejecución real, están separados en el tiempo, lo que obliga a aplicar a esa situación provisional las medidas que hagan compatibles la continuación del uso y funcionamiento de dichos edificios e industrias con el designio legal de que en ellos no se realicen modificaciones que puedan agravar el coste de la ejecución u obstaculización de cualquier otra forma de realización de las previsiones urbanísticas en un grado superior al que se deriva de la situación de hecho existente. Carece, en efecto, de justificación destruir o disminuir por anticipado la prosperidad económica y utilidad social que representa la continuidad del uso y funcionamiento de la industria de bar en el edificio de que ahora se trata, existente al parecer con anterioridad (...) y por ello los artículos 60 y 61 de la Ley del Suelo determinan un tratamiento jurídico dirigido a conseguir la armonización de los intereses en presencia, debiendo evitarse el quebranto que una interpretación rígida de las limitaciones legales supondría para el normal desarrollo de las actividades mercantiles e industriales e incluso un peligroso fracaso de las mismas.” Concluye el TS, entonces, en que “(...)el hecho de que un inmueble haya quedado fuera de ordenación no debe impedir un aprovechamiento óptimo del mismo, en utilización de las facultades que dimanarían del derecho real que atribuye su uso y disfrute, siempre que con dicho aprovechamiento no se sobrepasen los límites que establece el artículo 60 de la LS respecto de las citadas obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento del valor de expropiación (en tal sentido, entre otras, las Sentencias de 2 de octubre y 22 de mayo de 1991 y 27 de septiembre de 1985, en supuestos similares al que se examina).” Es de interés, por último, la precisión del FJ 7º según la que “(...) la titular de la licencia de actividad no tiene obligación legal de renunciar también a las indemnizaciones que, en su caso, se pudieran ocasionar si por el desarrollo del enclave se debiera cerrar o trasladar la misma, sino que únicamente debe efectuar la renuncia –que, como se ha dicho ya, no discute– a reclamar el incremento del valor de expropiación con arreglo a las mejoras producidas”.

C) Intervención administrativa tras el otorgamiento de la LAC

La administración de acuerdo con los arts. 6 y 36 del RAC está facultada de modo permanente durante el ejercicio de una actividad autorizada como la de granja avícola, para la vigilancia del exacto cumplimiento de las prescripciones contenidas en la autorización y la observancia de las medidas correctoras impuestas (FJ 4º). Pero una vez otorgada la licencia

no está facultada para prohibir de modo taxativo e incondicional el depósito de los excrementos de las aves en el exterior de la nave, salvo que, por circunstancias concretas y suficientemente acreditadas, se viera seriamente afectada la salubridad del entorno y la sanidad de los habitantes del contorno, sin posibilidad de otras medidas correctoras eficaces. Sin perjuicio de que se impongan otras medidas correctoras a los fines perseguidos (FJ 7º) (STS de 30 diciembre de 1997, Ar.321).

Esta intervención de control se justifica en el FJ 2º de la STS de 16 de marzo de 1998, Ar. 2466, cuando dice que:

“(…) no sólo en la fase previa al inicio de la actividad industrial, sino también una vez iniciada ésta, en cualquier momento posterior, por reforma o ampliaciones de las instalaciones que creen la presunción de que los posibles efectos perjudiciales de la industria pueden verse agravados con esas modificaciones”.

D) Adaptación al RAC (DT 2ª) de una actividad que se ejercía con licencia desde 1951

Debe requerirse que se adapte al RAC una actividad que se ejercía sin licencia desde 1951 al ser de aplicación a tales efectos la DT 2ª del RAC, concediendo al titular de la misma el plazo de regularización fijado a tal efecto en la DT 1º del RAC y DT 2ª de la IRAC. Por contra la clausura inmediata de la actividad, sin previa audiencia de los interesados sólo se justifica en casos de extrema gravedad en que así lo exija la seguridad, salubridad o comodidad del vecindario. La clausura sin observar estos criterios justifica la condena del ayuntamiento a la indemnización de los perjuicios que el cierre del taller hubiere causado a su titular (STS de 3 marzo de 1998, Ar. 1884).

E) Transmisibilidad de la licencia con mantenimiento de la actividad: artículo 13 RSCL

La STS de 13 febrero de 1998, Ar.1212, recuerda que las licencias de actividades (empresa de gas en este caso) son transmisibles al amparo del art. 13.1 del RSCL sin que el ayuntamiento esté facultado al amparo de la comunicación de cambio de titular para extinguir la licencia anterior y obligar a la petición de una nueva.

F) Concurrencia de autorizaciones: artículo 22.3 RSCL

a) Ordenación temporal entre la LAC y la de obras

El orden temporal que establece el art. 22.3 del RSCL exige la concesión de la LAC antes de la de obras y en procedimientos separados al tratarse de autorizaciones distintas y a diferentes efectos destinadas. Todo ello a salvo de que por excepción, tal y como indica el FJ 5º de la STS de 10 febrero de 1998, Ar.1201:

“(…) el objeto de una y otra sea idéntico de suerte que se confundan por ser las obras a realizar la propia actividad, y en el procedimiento del otorgamiento de la de mayor amplitud, la de actividades, se examinan también los posibles inconvenientes que desde distintos puntos de vista pueden obstar a las obras en sí, debiendo entenderse en estos supuestos concedida con la licencia de actividades, la licencia de obras, que en otro caso habría de reputarse obtener por separado (SSTS de 17 de julio y 20 de noviembre de 1995, 19 de noviembre de 1997 y las en ella citadas)”.

(Debe advertirse que se trataba en este caso de la legalización de apertura de un local deportivo.)

b) Orden temporal cuya alteración puede hacer surgir la responsabilidad patrimonial de la administración

Por otro lado la STS de 10 marzo de 1998, Ar. 2222, siguiendo jurisprudencia anterior, reitera que:

“(…)cuando fácilmente puede colegirse que la edificación de un almacén tiene, o debe tener, un uso determinado que conlleva el ejercicio de actividades clasificadas que han de acomodarse al ordenamiento vigente sin cuya autorización previa, es decir, sin conocer de antemano el uso o destino específico para el que la obra se realiza, debe evitarse el otorgar licencias de obras como simple medio para ejercer una actividad sin estar seguros de que será viable el ejercicio de la misma”.

La Sentencia precisa que debe exigirse al solicitante de la licencia de obras que concrete el uso a que piensa destinar el almacén y si es necesario la correspondiente licencia de actividad que deberá ser otorgada previa o simultánea con la de obras. Advirtiendo además que (FJ 3º):

“(…) el otorgamiento de la licencia de obras sin la previa de apertura integra un funcionamiento anormal de la Administración que puede generar una responsabilidad patrimonial, Sentencia de 28 de julio de 1986, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 54 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril; como se ha cuidado de advertir la Sentencia de este Tribunal de 18 de junio de 1990. Es por ello también, por lo que la Administración debe cerciorarse de que la actividad a desarrollar puede estar comprendida, o afectada, por el artículo 29 del Reglamento de Actividades de 30 de noviembre de 1961, ya que en beneficio de Administración y administrado debe evitarse autorizar una obra como simple medio para ejercer una actividad sin estar seguros de que será viable legalmente el ejercicio de la misma, como se recoge en la sentencia de 20 febrero de 1989”.

G) Clausura de actividades

a) Con licencia

La clausura inmediata de actividades que se ejercen al amparo de una licencia sin ofrecer la posibilidad de adaptación a la nueva legalidad sólo se justifica en casos de extrema gravedad, por seguridad, salubridad o comodidad del vecindario debidamente probadas, justificando la indemnización de los daños causados en caso de precipitación en la decisión y ejecución (**STS de 3 de marzo de 1998**, Ar. 1884, FJ 3º).

b) Sin licencia

La actividad ejercida sin licencia se conceptúa como clandestina y la imposibilidad legal de obtenerla justifica la clausura de la misma que en este caso se trata de una industria de secadero de pieles enclavada en el interior de una población (**STS de 12 de febrero de 1998**, Ar. 2114, FJ 1º).

3. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) Parque Natural

Varios son los puntos sobre los que se pronuncia la **STS de 16 de enero de 1998**, Ar. 567, en la que se enjuicia el Decreto andaluz 314/1987, de 23 de diciembre, de declaración de Parque Natural del Cabo de Gata-Níjar, entre ellos:

a) El informe municipal preceptivo a solicitar por la Junta de Andalucía en el procedimiento de elaboración del Decreto por exigencia, entre otros, del art. 5 de la Ley 15/1975, de 2 de mayo de ENP. En torno a esta cuestión el TS da por cumplido el trámite aunque el informe municipal se solicitó y emitió sobre el segundo de los borradores del Decreto y no sobre el proyecto definitivo y ello porque “(...) fueron mínimas y de mera precisión las diferencias con el proyecto definitivo” (FJ 2º).

b) El Plan director de uso que exige la Ley 15/1975 sobre ENP, a decir del TS, no tiene por qué acompañar necesariamente a la declaración de EN, máxime cuando el decreto impugnado prevé su elaboración en un plazo determinado (FJ 2º).

c) Finalmente se plantea el Tribunal si la competencia para declarar un PN corresponde al Estado o a la Junta de Andalucía al incluirse en el mismo una zona marítimo-terrestre y una porción del mar territorial, en definitiva dominio público del Estado, al amparo de la Ley 4/1989 de ENP.

El TS haciendo suya la doctrina sentada por las SSTC 103/1989, 77/1984 y 227/1988, se pronuncia en el FJ 4º en el sentido de que no hay correlación directa entre la titularidad del dominio público y las funciones o, en su caso, las competencias para ejercer potestades públicas sobre dicho territorio, por cuanto:

“(…) la condición de dominio público no es un criterio utilizado en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía para delimitar competencias ni tampoco sirve para aislar una porción de territorio de su entorno y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que la sustenten”.

B) Los parajes pintorescos como bienes de interés cultural

Para la STS de 26 de enero de 1998, Ar. 334, los parajes pintorescos declarados como tales al amparo de la Ley de 13 de marzo de 1933 y la normativa de desarrollo, mientras no sean reclasificados (según prevé la DT 8ª de la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español, conforme a la DF de la Ley 15/1975 de ENP) conservarán la condición de Bienes de Interés Cultural ya que la Ley 4/1989 de ENP, que deroga la Ley 15/1975, no contiene ninguna norma de derecho transitorio que se refiera a la regulación aplicable a aquellas situaciones protegidas con arreglo a la legislación anterior pero todavía no adaptados a la nueva (FJ 2º).

La misma calificación de BIC alcanzarán aquellos bienes que con anterioridad a la LPHE hubieren sido declarados histórico-artísticos o hubieren sido incluidos en el Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España según prescribe la DA 1ª de dicha Ley (FJ 3º).

4. AGUAS MARÍTIMAS: COMPETENCIAS SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

La consideración, entre otros bienes, de la zona marítimo-terrestre y del mar territorial como integrantes del dominio público estatal [artículos 132.2 de la Constitución y 3.1. a) y 2 de la Ley de Costas] no es un argumento que avale la atribución automática de competencias sobre ellos al Estado. Conocida es, en este sentido, la existencia de doctrina constitucional, de la que son buena muestra las SSTC 77/1984, 227/1988, 103/1989 y 102/1995. En todas ellas se afirma, por un lado, que el dominio público no es un criterio utilizado por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía para el otorgamiento de facultades, y por otro, que tampoco sirve para excluir a los bienes así categorizados del juego natural de competencias, vetando la intervención de otros poderes públicos actuantes en el mismo sustrato físico. Tal jurisprudencia ha sido recientemente traída a colación en la STS de 16 de enero de 1998, Ar. 567, en la que ante la calificación por los recurrentes del Decreto autonómico de declaración de un Parque Natural como no conforme a Derecho por incompetencia manifiesta, se responde negando que la inclusión de una

zona marítimo-terrestre y una porción de mar territorial dentro de los límites del mismo otorgue al Estado la competencia para la declaración de la zona como tal, correspondiendo la misma, por el contrario, y en virtud del reparto competencial derivado del bloque de la constitucionalidad, a la Junta de Andalucía. (Esta Sentencia es también comentada en el punto 3 desde la perspectiva de los espacios naturales protegidos.)

En sentido inverso se ha alegado esta doctrina (STS de 31 marzo de 1998, Ar. 3940) para justificar la presunta incompetencia del Consejo de Ministros para la adopción de un Acuerdo por el que se incluyen dos zonas húmedas, sitas en Ibiza y Formentera, en la Lista de Humedales de Importancia Internacional, especialmente para las Aves Acuáticas derivada del Convenio de Ramsar. Los recurrentes entienden que tal declaración, en cuanto que declarativa de un Espacio Natural Protegido, corresponde a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de acuerdo con el reparto competencial en la materia ya conocido y que la intervención estatal se debe a una errónea consideración de la titularidad dominical de la zona marítimo-terrestre incluida en el mismo como habilitadora del ejercicio de competencias. El TS rechaza esta interpretación y niega las alegaciones de los demandantes, al diferenciar el propósito del Acuerdo –inclusión de los humedales en la Lista– de la realización de una declaración de Espacio Natural Protegido nunca pretendida por aquél (FFJJ 4º y 6º).

5. AGUAS CONTINENTALES: LA CUESTIÓN DEL CAUDAL ECOLÓGICO

Una Sentencia tiene especial interés sobre el tema, la STC 110/1998, de 21 de mayo. Aludimos a esta decisión en términos de importancia porque viene a ser un paso más en el proceso de clarificación de los problemas competenciales que se han ido suscitando en los últimos años debido a la aparición de algunas Leyes autonómicas sobre protección de la pesca fluvial con prescripciones en materia de caudales ecológicos.

En esta concreta ocasión, el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 6/1992, de 18 de diciembre, de protección de ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca debiendo advertirse que la Sentencia está muy influida por la reciente y sobre similar temática STC 15/1998, de 22 de enero (comentada en el núm. 1 de Justicia Administrativa). La Sentencia anula los preceptos de la Ley que siguen por considerarlos contrarios a las competencias que en materia de aguas ostenta el Estado (ex. art. 149.1.22 CE).

Se estima, así, que los apdos. 2 y 3 del art. 5 de la Ley 6/1992 son inconstitucionales por declarar que corresponde únicamente al Gobierno autonómico la determinación del caudal ecológico. Para el TC en las cuencas intercomunitarias es a los Organismos de cuenca a quienes corresponde la especificación de los caudales circulantes, facultad que se integra en otra más amplia como es la de administrar y controlar el dominio público hidráulico (art. 21.b Lag.) (FJ 3º).

También se afirma la nulidad del art. 6, que se refiere a medidas relativas al régimen de embalses, calidad de las aguas, y caudales ecológicos con ocasión de la apertura y cierre de compuertas debido a que dichas actuaciones corresponden al Organismo de cuenca o a la Comisión de Desembalse en virtud del art. 31 Lag.

Según el art. 9, los concesionarios deben establecer escalas y pasos de peces, y en caso contrario estarán obligados a abonar un canon y una indemnización de daños y perjuicios. El TC considera que dicho precepto, al imponer una serie de obligaciones a los concesionarios de aprovechamientos de aguas, supone una intervención directa en la gestión del dominio público hidráulico, con desconocimiento de la competencia estatal (FJ 5°).

Conforme al art. 10.1 se impone a los titulares de concesiones el deber de dejar circular un caudal mínimo de agua por las escalas de peces ubicadas en las presas y diques. La Sentencia entiende que dicha prescripción debe anularse debido a que la determinación del régimen de caudales en cuencas intercomunitarias es de competencia estatal (FJ 6°).

Asimismo el art. 12.1 es inconstitucional porque supedita el otorgamiento por el Organismo de cuenca de la autorización de vertido al informe vinculante de la Junta de Castilla y León siendo para el TC ese carácter vinculante una interferencia directa en el régimen de autorizaciones previsto en la Lag. [art. 92 Lag. en relación con el arts. 22.a) Lag.]

También el art. 18 debe ser anulado, ya que atribuye a la Junta la facultad de clasificar los tramos de embalses con posibilidades para la navegación, siendo ésta una potestad exclusiva del Organismo de cuenca en aguas intercomunitarias (art. 70 Lag., art. 64 y 66 del RDPH) (FJ 8°).

En cuanto a la prohibición establecida en el art. 36.7 de la Ley impugnada de reducir el caudal de las aguas, alterar los cauces y destruir la vegetación acuática, el TC estima que no es una medida de protección complementaria, sino un mandato de carácter general, y que por tanto desconoce las funciones que corresponden al Organismo de cuenca en tal sentido.

Es inconstitucional además el art. 60.17 ya que hace depender de una autorización de la Junta la alteración de caudales mediante objetos y el art. 62.5, por el cual, se considera infracción muy grave el no respeto del caudal mínimo necesario “con independencia de las concesiones administrativas existentes”, ya que el régimen de caudales es competencia del Organismo de cuenca.

Por último, se considera válido el art. 7.2 que se refiere a que para proteger la riqueza faunística, cabe que la Junta retrase el agotamiento o disminución de caudales de embalses, si se interpreta conforme a lo establecido en el FJ 4°. En este fundamento de derecho el TC entiende que con dicho precepto y el retraso al que hace referencia se preten-

de el rescate de la pesca en esos supuestos de aminoración de caudales y que por tanto estamos ante una medida adicional de protección.

6. MINAS

En la STS de 9 de febrero de 1998, Ar. 1582, se revoca la Sentencia del TSJ de Cataluña y estima en parte el recurso interpuesto por un particular contra el acuerdo de la Administración autonómica de 1987 que fijaba una fianza a depositar para la restauración y protección del medio ambiente por la explotación de una mina. Aunque el cálculo de la fianza es correcto, en opinión del TS debía establecerse una reducción del 50 por ciento, al tratarse de una actividad situada fuera del territorio definido por las normas que regulan esta materia.

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Servicio público. Naturaleza jurídica de la tarifa.

3. Política de precios. Alcance de la potestad en materia de control de precios.

4. Energía eléctrica. 5. Estaciones de servicio. Distancias mínimas. **6. Ganadería.**

Subvención por abandono definitivo de la producción de leche de vaca y aplicación directa del Reglamento Comunitario. **7. Industria.** A) Competencias autonómicas en materia de seguridad industrial. B) Regulación de requisitos que han de reunir las empresas que desarrollen la ejecución y el mantenimiento-reparación de instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria. C) Fomento. Ayudas en grandes áreas de expansión industrial. **8. Mercado de valores.** Sociedades y Agencias de valores.

9. Puertos. Servicio de estiba y desestiba y Derecho Comunitario.

10. Telecomunicaciones. Consideraciones de interés sobre la liberalización del sector en un Auto por el que se resuelve sobre la legitimación del recurrente. **11. Turismo.**

Normativa autonómica sobre empresas turísticas. **12. Derecho de la competencia.**

A) Colegios profesionales. Aplicación de la Ley de defensa de la competencia. Fijación de precios. Recomendación de precios. Actividad promovida por la Administración Pública.

B) Televisión pública. Televisión privada. Televisiones Autonómicas. Abuso de posición de dominio. Subvenciones. Delimitación del mercado relevante. C) Práctica restrictiva.

Recomendación de precio. Alquiler de películas de vídeo. Diseño de etiqueta de precio recomendado. Venta de películas de vídeo. Efecto en el mercado. D) Restricciones verticales de la competencia. Distribución comercial. Distribución selectiva.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica jurisprudencial se refiere a las Sentencias del Tribunal Constitucional publicadas en el período de mayo a octubre 1998, las Sentencias del Tribunal Supremo del período enero-abril 1998 y las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de abril a junio de 1998.

2. SERVICIO PÚBLICO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TARIFA

En los casos de prestación de un servicio público por gestión directa mediante una sociedad privada de capital público, o por gestión indirecta a través de una entidad privada concesionaria, la doctrina jurisprudencial ha manifestado una posición contradictoria en relación a la naturaleza jurídica del ingreso de la entidad de capital público o del concesionario, calificando en ocasiones al ingreso de tarifa y en otras de tasa o ingreso de derecho tributario.

Las SSTs de 29 de enero y 4 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 1094 y 1933, tras reconocer que la distinción entre la potestad tributaria y la potestad tarifaria no ha sido pacífica, establecen de forma clara que los ingresos de una entidad privada de capital íntegramente municipal (Transporte de Autobuses Urbanos) poseen naturaleza tarifaria.

“En primer lugar, hemos de partir del hecho de que la empresa que presta el servicio de transporte urbano por medio de autobuses en la ciudad de Valladolid es, como se infiere de los poderes para pleitos obrantes en las actuaciones, una ‘Sociedad Anónima Privada Municipal’. Se está, pues, al parecer (dada la falta de suficientes elementos de juicio), ante un supuesto de gestión directa (de un servicio municipal esencial), previsto en los artículos 67.Tercera y 89 a 94 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955, 85.3. c) de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y 95 y 103 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, y llevado a cabo por una sociedad privada municipal, con personalidad jurídica propia, cuyo capital social pertenece totalmente a la Corporación.

En consecuencia, la tarifa o el precio en sentido económico que dicha Sociedad pueda cobrar a los usuarios como contraprestación del servicio de transporte que presta (el valor de los billetes) no es, en principio, técnica y jurídicamente hablando, una tasa o un precio público (es decir, no es un ingreso público de carácter tributario), sino un precio privado.

Y, en consecuencia, procede distinguir entre lo que es la potestad tarifaria, conexas a la idea de gestión de un servicio público y a su fórmula de remuneración, y la potestad tributaria, plasmación del concepto de los ingresos públicos de tal naturaleza.

Y, en el plano de la efectividad de ambas potestades, la ‘tarifa’ (o precio o contraprestación), como se indica en la doctrina más generalizada, se ordena y analiza abstractamente en la normativa de gestión de los servicios públicos, se establece y fija al formalizar un contrato (de gestión de servicios), no puede exigirse generalmente por vía de apremio y es susceptible de discutirse, incluso, ante la jurisdicción civil. Y, por otro lado, la ‘tasa’ propiamente dicha, el ‘precio público’ o –después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995– la ‘prestación patrimonial de carácter público’ –del artículo 31.3 de la Constitución– se regulan abstractamente en la normativa propia de los ingresos de derecho público, se imponen, ordenan y especifican de acuerdo con dicho régimen jurídico, pueden exigirse por vía de apremio y se impugnan a tenor de lo expuesto en las reglas tributarias”.

3. POLÍTICA DE PRECIOS. ALCANCE DE LA POTESTAD EN MATERIA DE CONTROL DE PRECIOS

Diversas Sentencias del Tribunal Supremo se han ocupado del alcance de la política de precios, estableciendo que la potestad administrativa debe limitarse al control del incremento de los precios o tarifas, sin que el ejercicio de dicha potestad pueda sustituir la potestad tarifaria del titular del servicio.

La **STS de 6 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 1670, establece de forma nítida la distinción entre la potestad tarifaria y las competencias propias de la política de precios, determinando que la potestad tarifaria corresponde al titular del servicio (en el caso el Municipio), sin que por tanto la Comisión de Precios Regional pudiera resolver en torno a una solicitud de modificación tarifaria presentada por el concesionario y que el Ayuntamiento no tramitó.

Otras Sentencias del Tribunal Supremo (las ya citadas en el apartado anterior de 29 de enero y 4 de marzo de 1998, y la de 21 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 1401) analizan el alcance de las competencias de las Comisiones de Precios al fijar el incremento tarifario. En este sentido se concluye que el alza de tarifas debe permitir mantener el equilibrio económico-financiero de la entidad que presta el servicio, concepto este último que la Sentencia de 21 de febrero de 1998 califica de “concepto jurídico indeterminado”, lo que exige buscar, en la medida de lo posible:

“una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas”, ventajas y obligaciones que “deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles”, pues “en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige”, que “es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”.

Doctrina esta última que, sin embargo, no coincide con lo establecido en la **STS de 6 de febrero de 1998**, antes citada, según la cual la Comunidad Autónoma, en ejercicio de la competencia sobre política de precios tendría unas facultades más limitadas. Así, se dice que:

“La Comunidad Autónoma sólo tiene competencia para examinar la Tarifa propuesta, desde las directrices de la política de precios, examinando la estructura de costes de prestación del servicio, desglosados en sus distintos componentes, así como las alzas de precios de los mismos, es pues un puro control de precios, y, por tanto, la Comunidad no puede imponer un modelo tarifario distinto al propuesto, ni puede enjuiciar la tarifa como elemento de la gestión del servicio público, ni puede tampoco, obviamente, acordar revisiones de la Tarifa superiores a las propuestas por el Ayuntamiento.”

4. ENERGÍA ELÉCTRICA

Los problemas relativos a la relación entre la empresa suministradora de energía eléctrica y el usuario del servicio han sido abordados desde dos perspectivas diversas.

En la **STS de 22 de enero de 1998**, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 808, el Tribunal resuelve en relación al conflicto surgido en torno al régimen de interruptibilidad y la posible penalización por incumplimientos. El Tribunal entiende que corresponde a la empresa suministradora facilitar toda la información necesaria al usuario, a quien no puede trasladarse la carga de interpretar y aplicar una normativa técnica compleja:

“cuando hubiera bastado una mínima diligencia y hasta la simple cortesía comercial para evitar sobre dicho extremo cualquier oscuridad que, como acertadamente recoge la sentencia apelada, sólo puede perjudicar a quien la ha provocado”.

Por su parte la **STS de 2 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1290, reconoce a la autoridad administrativa competencia para intervenir en la relación privada concesionario-usuario en garantía de la seguridad e intereses de los consumidores y empresarios. Intervención que le permite garantizar que la facturación se realice con la claridad suficiente.

5. ESTACIONES DE SERVICIO. DISTANCIAS MÍNIMAS

Dos **SSTS de 15 y 29 de abril de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3326 y 3333, han desestimado los recursos interpuestos por dos entidades diversas frente al RD 155/1995, de 3 de febrero, por el que se suprimió el régimen de distancias mínimas

XIV. Derecho Administrativo Económico

entre establecimientos de venta al público de carburantes y combustibles petrolíferos de automoción.

Los recurrentes alegan como motivo más fundado que no concurren, al aprobarse el Reglamento, las circunstancias y condiciones establecidas en el artículo 8.2 de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, norma legal habilitante de la potestad Reglamentaria.

En la Sentencia de 15 de abril se rechaza esta línea argumental al sostener que el Preámbulo de la norma impugnada motiva su justificación en razón de la necesidad de introducir mayor competencia en el sector, argumento que refuerza la Sentencia de 29 de abril al situar la norma impugnada dentro de un proceso liberalizador que tiene su origen en la normativa comunitaria aplicable en España desde su adhesión a la CEE.

6. GANADERÍA. SUBVENCIÓN POR ABANDONO DEFINITIVO DE LA PRODUCCIÓN DE LECHE DE VACA Y APLICACIÓN DIRECTA DE REGLAMENTO COMUNITARIO

La STS de 6 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2742, resuelve el litigio entre el particular, que reclama su derecho a recibir la indemnización fijada por la Comunidad Económica Europea, y la Administración estatal, que se lo niega, aplicando de forma directa el Reglamento comunitario 1336/1986.

La cuestión litigiosa estaba centrada en determinar en qué momento nacia el derecho a obtener la indemnización prevista en la norma comunitaria. Para la Administración estatal debía estarse a lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de noviembre de 1986, que dispuso que las instancias podrían presentarse desde el primero de diciembre de 1986. Por su parte el recurrente entendía que debía estarse a la fecha fijada en el Reglamento comunitario, cuyo artículo 7 establecía que la norma sería aplicable a partir de mayo de 1986. En consecuencia, añade el recurrente, la norma interna habría dificultado la aplicación interna de la norma comunitaria, distorsionando su voluntad, razón por la cual debía aplicarse directamente el Reglamento comunitario como norma de aplicación preferente.

El Tribunal da la razón al recurrente al señalar que:

“el derecho que reconoce el Reglamento nace cuando se dan las condiciones por él establecidas, abandono de la producción a partir de mayo de 1986, y ese desarrollo posterior, que el Abogado del Estado señala, podía y debía afectar a la tramitación de las peticiones, a su concreción y efectividad, en definitiva a su aplicación individualizada, pero no podía desconocer el derecho ya nacido, esto es, alterar la previsión concreta del artículo 7 del Reglamento Comunitario, que dispone su aplicación a partir del mes de mayo de 1986”.

7. INDUSTRIA

A) Competencias autonómicas en materia de seguridad industrial

Con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley de Castilla y León 3/1990, de 16 de marzo, de seguridad industrial, el Tribunal Constitucional, en su **Sentencia 179/1998, de 16 de septiembre**, resume su doctrina anterior acerca del alcance de las competencias estatales y autonómicas en la materia, sobre la base de entender que la *seguridad industrial* es una submateria que pertenece a la de “industria”, de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, y no a la de “seguridad pública”, de titularidad estatal. Ello no impide que el Estado pueda dictar normas por razón de seguridad industrial, pero la Comunidad Autónoma también tiene potestad normativa siempre que no viole los mandatos o impida alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal. Las competencias de ejecución corresponden a la Administración local. A partir de estas premisas, el Tribunal Constitucional analiza el objeto y contenido de la Ley autonómica citada y concluye que la misma se ciñe perfectamente a su ámbito, respetando las normas estatales en materia de registro de entidades de inspección y control reglamentario.

B) Regulación de requisitos que han de reunir las empresas que desarrollen la ejecución y mantenimiento-reparación de instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria

La Junta de Andalucía reguló, mediante Orden de 20 de junio de 1986, los requisitos que debían reunir las empresas que desarrollaran la ejecución y mantenimiento-reparación de instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria. Impugnada la Orden ante el TSJ de Andalucía con sede en Sevilla, fue anulada por falta de competencia. Interpuesto recurso de apelación el TS en **Sentencia de 17 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, confirmó la Sentencia de primera instancia.

La entidad recurrente en apelación sostiene que la norma impugnada es un reglamento doméstico u organizativo, argumento que rechaza el Tribunal Supremo tras exponer la naturaleza de la potestad reglamentaria y su tipología, negando que la Orden en cuestión pueda calificarse como reglamento organizativo, sin que tampoco pueda afirmarse que su contenido sea expresión de una relación especial de sujeción. En este último punto el Tribunal afirma que debe precisar lo afirmado al respecto en la STS de 22 de diciembre de 1997.

C) Fomento. Ayudas en grandes áreas de expansión industrial

La STS de 13 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, reitera en lo sustancial la doctrina del propio Tribunal en materia de ayudas para la instalación en grandes Áreas de Expansión Industrial, y el derecho de la Administración a declarar la caducidad de la ayuda y recuperar lo ya satisfecho en caso de incumplimiento de las condiciones (en el

número 1 de esta Revista, voz Fomento, se recogen diversas Sentencias en este mismo sentido).

De la citada Sentencia debe destacarse, no obstante, su razonamiento en relación a la prescripción del derecho de la Administración a exigir la devolución de lo ya entregado.

En este sentido el Tribunal Supremo sostiene que no debe aplicarse el plazo de prescripción de 2 meses, aplicable a las sanciones con anterioridad a la Ley 30/1992, sino el plazo de cinco años previsto en la Ley General Presupuestaria (artículo 40.1) para los supuestos en que la Administración ejerce el derecho a reclamar el reintegro de las subvenciones públicas por incumplimiento de condiciones. Lo relevante, no obstante, es la determinación del momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción. En relación a este punto, la Sentencia citada, modificando la doctrina establecida en la STS de 16 de octubre de 1995, Ar. 7762, entiende que el plazo de prescripción se inicia en el momento en que finalizó el período dentro del que debían cumplirse las condiciones, esto es, en el momento de acreditarse el incumplimiento, y no, como se había sostenido en la Sentencia antes citada de 16 de octubre de 1995, a partir de la fecha en que la Administración hubiese adoptado la resolución de declarar la caducidad de los beneficios, resolución que a su vez podía ser adoptada dentro del plazo de quince años previsto en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción.

8. MERCADO DE VALORES. SOCIEDADES Y AGENCIAS DE VALORES

La Ley del Mercado de Valores supuso un cambio de gran trascendencia en el sector del mercado bursátil, cambio derivado de la nueva situación que generaba la liberalización del mercado de capitales en el ámbito europeo.

Una de las novedades de la Ley fue reservar la competencia para actuar en el tráfico bursátil a unas entidades financieras especializadas, las Sociedades y Agencias de Valores, quedando facultadas las Sociedades para actuar por cuenta propia y de terceros, mientras que las Agencias de Valores únicamente podrán actuar por cuenta ajena.

El RD 276/1989, de 22 de marzo, reguló la creación y régimen jurídico de las Sociedades y Agencias de Valores (contempladas en el título V de la Ley 24/1988). Es frente a este Reglamento que se interpuso recurso [concretamente, frente a los artículos 11.5, 2.1.f) 21 y 22], solicitándose que se planteara cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 11.5 al reproducir el artículo 69 de la Ley. La STS de 15 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3324, desestimó el recurso.

El Tribunal entiende que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad al ser razonable la limitación impuesta a los Corredores de Comercio y Notarios en cuanto a su participación en el capital de una Sociedad o Agencia de Valores.

Se rechaza igualmente que la norma reglamentaria sea fruto de una deslegalización contraria a la reserva legal propia de la regulación de la libertad de empresa, así como que la remisión a la potestad normativa de los Ministros vulnere la reserva reglamentaria a favor del Gobierno del artículo 97 de la Constitución.

9. PUERTOS. SERVICIO DE ESTIBA Y DESESTIBA Y DERECHO COMUNITARIO

A través de la impugnación del RD 2541/1994, de 29 de diciembre, por el que se suspendió temporalmente la aplicación del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques a las labores y actividades de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de pesca fresca, congelado y de bacalao, los recurrentes requieren del Tribunal que plantee una cuestión prejudicial ante el TJCE en relación a la aplicación del artículo 90 del Tratado de la CEE a la actividad en cuestión.

De modo más concreto interesaba a los recurrentes determinar si la exención sobre las normas sobre la competencia que resulta del Real Decreto-Ley 2/1986 está dentro de los límites del artículo 90.2 del Tratado.

El TS, en la **Sentencia de 27 de abril de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3328, rechaza la solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad con el siguiente razonamiento:

“En cuanto a la no adecuación del régimen jurídico establecido por el Real Decreto-ley 2/1986 al Tratado de la Comunidad Europea hay que volver a insistir en lo que se deja indicado, de que no es el artículo 177 del Tratado el cauce correcto para plantear la conformidad de una norma nacional al Derecho Comunitario, ya que la cuestión prejudicial tiene como finalidad plantear una duda sobre interpretación de una norma comunitaria, originaria o derivada, pero no un juicio de legalidad sobre la normativa interna en relación al Derecho Comunitario.

En el caso presente no parece existir ninguna dificultad real para la comprensión de los artículos 90 y 86. a) del Tratado, que en definitiva somete a las empresas públicas o privadas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, así como las empresas encargadas de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, en especial a las normas sobre competencia, pero ‘en la modalidad en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada’. Esta inteligibilidad de las referidas normas impediría, en aplicación de la doctrina del acto claro, el planteamiento de la cuestión prejudicial, al margen, lo que supone un espacio de valoración diferente, de la compatibilidad del Real Decreto-ley 2/1986 con la normativa comunitaria.”

10. TELECOMUNICACIONES. CONSIDERACIONES DE INTERÉS SOBRE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR EN UN AUTO POR EL QUE SE RESUELVE SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL RECURRENTE

El Auto del TS de 29 de abril de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 3420, resuelve el incidente sobre la legitimación de la entidad que impugnó el RD 1252/1997, de 24 de julio, por el que se modificó el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicación de Valor Añadido de Telefonía Móvil Automática, aprobado por RD 1486/1994, de 1 de julio. El Tribunal, de acuerdo con la doctrina ya consolidada sobre la interpretación amplia de la legitimación, reconoce a la recurrente legitimación para impugnar la norma en cuestión.

El interés directo de la recurrente en relación a la materia objeto de regulación en la norma impugnada se fundamenta en unas consideraciones generales sobre la nueva ordenación del sector de telecomunicaciones que transcribimos a continuación:

“El objetivo que se ha propuesto la Unión Europea, declarado en el Libro Verde de 1987, de lograr, dentro de su ámbito territorial, una total liberalización de las telecomunicaciones, tropieza con serias dificultades, dada la tendencia natural de este sector hacia el monopolio o el oligopolio. Estas formas de competencia imperfecta surgen en este campo por la facilidad que tienen las empresas que en él ya están establecidas para incrementar sus servicios, y extenderlos a cada vez mayor número de clientes, sin que ello les suponga un sensible aumento de los costes marginales. Para evitar que en esta situación se originen abusos de posición dominante que distorsionen la libre competencia, la normativa europea y, consecuentemente, la española que a ella debe acomodarse, han adoptado una serie de medidas —entre las que destacan la interconexión obligatoria a las redes ya establecidas, o la oferta de red abierta (ONP)—, que tratan de hacer desaparecer las barreras de entrada con que han de enfrentarse los nuevos operadores que quieran acceder a este mercado.

En el campo de la telefonía móvil, agotado ya el sistema analógico, que se explota en régimen de monopolio por Telefónica hasta su total desaparición, el sistema digital en su modalidad GSM se presta por ‘Telefónica Española, SA’, al habérsele adjudicado una concesión en concurso convocado al efecto, en el que participó la empresa recurrente en este proceso. Instalados dos operadores en este sector, no resulta ilógico pensar que surjan barreras de entrada para las nuevas sociedades que en él deseen operar; de aquí que deba reconocérseles su interés para oponerse a cualquier tipo de medidas que hagan más difícil franquearlas; pues debe tenerse en cuenta, que la telefonía móvil, dentro del campo de las telecomunicaciones, es un mercado aún más hermético, por la lógica reticencia de los usuarios a cambiar de operador.

El Real Decreto impugnado establece una serie de medidas que, al margen de su legalidad o ilegalidad, cuestión que se examinará en la sentencia, suponen restricciones al acceso de otras entidades a este mercado de la telefonía móvil. En efecto, por citar alguna de ellas: a) se otorga a los titulares de las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil automá-

tica GSM y de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS-1800, título habilitante para la prestación en gestión indirecta, del servicio portador consistente en el establecimiento de la red e infraestructura necesaria para la prestación de dichos servicios, así como, en su caso, el suministro de las mismas a terceros concesionarios de este tipo de servicios' (artículo 1º), con lo que esto comporta en orden a la interconexión con dichas redes por los nuevos operadores; b) la ampliación de 15 a 25 años del plazo al concesionario del servicio GSM (artículo 2º), con el indudable fortalecimiento de su posición de dominio en el mercado; c) reducción, con carácter transitorio y excepcional, a 'Airtel Móvil, SA', de 15.000 millones de pesetas, con cargo a los créditos nacidos a favor de 'Telefónica de España, SA', por la aplicación de las tarifas de interconexión de la red móvil de dicha entidad, con la red pública conmutada, estableciéndose un calendario que termina el 1 de julio de 1999 (Disposición Adicional Tercera), varios meses después de que deba estar liberalizado el sector."

11. TURISMO. NORMATIVA AUTONÓMICA SOBRE EMPRESAS TURÍSTICAS

El ejercicio de la competencia autonómica regulando los requisitos para construcción, obras e instalaciones de empresas y actividades turísticas ha sido enjuiciado en la **STS de 12 de febrero de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1589, en relación al Decreto de la Conselleria de Turismo del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, 60/1989, de 22 de mayo.

La Sentencia analiza la legalidad de la normativa reglamentaria desde una doble perspectiva. Por un lado, en razón a su adecuación o no a lo dispuesto en la Ley autonómica 2/1984, de 12 de abril y por otro lado, lo que constituye el tema de mayor interés, desde la perspectiva de su vinculación a la legislación básica estatal en materia procedimental.

En este último sentido el Tribunal declara la nulidad de los preceptos reglamentarios que se oponen a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley de 14 de marzo 1986 en materia de procedimiento para otorgar las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas. La norma autonómica regula de modo diverso el régimen de silencio positivo, lo que lleva al Tribunal a declarar la nulidad de la misma por contradecir lo dispuesto en una norma estatal básica.

12. DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) Colegios profesionales. Aplicación de la Ley de defensa de la competencia. Fijación de precios. Recomendación de precios. Actividad promovida por la Administración Pública

El TDC en el período de abril a junio de 1998 ha dictado dos resoluciones que culminan expedientes sancionadores donde se ha analizado la conducta de dos colegios profesio-

nales. En ambos casos, se estima existente una infracción de la ley y se impone la correspondiente sanción económica.

La aplicación del derecho de la competencia a los colegios profesionales es hoy un dato incontestable. Como indica el TDC en la **Resolución de 8 de mayo de 1998**, que luego será objeto de análisis, repitiendo su doctrina anteriormente establecida:

“El Tribunal, aunque no tiene competencia para revisar los ‘actos administrativos’ de un colegio profesional frente a sus colegiados, para lo cual existe una vía administrativa y contenciosa, es el único órgano que la tiene (bajo el oportuno control jurisdiccional) para analizar si un acto de un colegio profesional o de cualquier otra institución que tenga delegadas funciones públicas, es un genuino ‘acto administrativo’ al margen del tráfico mercantil y no puede ser analizado de acuerdo con la LDC o, por el contrario, se trata de una actuación como operador económico que restringe la competencia al infringir lo dispuesto en la LDC. Por tanto, no puede alegarse una incompetencia de tipo previo, pues corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia analizar el caso para resolver si la conducta realizada constituye un ‘acto administrativo’ de los colegios profesionales que queda al margen de las prohibiciones de la LDC y si existe o no autorización legal.

En este sentido se ha pronunciado la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 12 de noviembre de 1997, en relación con el recurso del Colegio oficial de arquitectos vasco-navarros contra la Resolución de este Tribunal de fecha 20 de noviembre de 1992 (...) que confirma dicha resolución, declarándola ajustada a Derecho.”

En la **Resolución de 14 de abril de 1998** (expediente 374/96, BOMEH núm. 22, pág. 2653) el sujeto protagonista es el Consejo de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de la Comunidad Valenciana. Los hechos que originaron la controversia se pueden sintetizar en los siguientes: el Decreto 107/1991, de 10 de junio, de la Generalitat Valenciana prescribe la obligatoriedad de unos trabajos de programación del control de la calidad que se atribuyen a los aparejadores o arquitectos técnicos. Estos trabajos al ser nuevos no están expresamente contemplados en el Real Decreto 314/1979, de 19 de enero, que establece las tarifas de honorarios para aquellos profesionales. El referido Consejo establece una serie de normas en las que se decide una forma de cálculo precisa de los honorarios por la redacción del estudio de control de calidad y su realización. Tras distintas quejas de los empresarios que debían pagar estos honorarios se suscribe un acuerdo entre los Colegios provinciales, la Generalitat valenciana y dos asociaciones empresariales donde se establecen unos honorarios distintos.

La principal cuestión de debate en el expediente sancionador tramitado es si la aprobación de las normas de fijación de los honorarios debe considerarse que goza de cobertura legal, o bien si carece de la misma. Cuestión ésta que ahora tras la entrada en vigor de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales, ya no constituye el eje principal del debate en relación con el some-

timiento de los colegios profesionales a la ley protectora de la competencia, aunque se mantenga abierta una relativa polémica sobre esta cuestión.

El TDC considera que el marco normativo no habilita a una interpretación que admita la posible fijación de honorarios en materias no previstas expresamente en la norma general dictada al efecto. Por ello, no existe cobertura en una norma con rango de ley o con rango reglamentario dictada en aplicación de una ley.

Esta resolución es igualmente interesante al analizar la incidencia que puede tener el hecho de que la Administración pública impulse la conducta restrictiva. En este caso, los colegios profesionales alegan que la Generalitat ha promovido el acuerdo. Al respecto afirma el TDC:

“La intervención de la Generalitat Valenciana, alegada por los interesados, que ha sido la promotora del acuerdo, no hace desaparecer la ilicitud de la conducta; pero sí tiene virtualidad para excluir la sanción que en otro caso hubiera correspondido porque actuar con la creencia o la confianza de que una conducta impulsada por la Administración competente por razón de la materia tiene que ser lícita, hace desaparecer la culpabilidad de la conducta necesaria para que la infracción sea sancionable.”

Esta interpretación, que difiere de anteriores sostenidas por el TDC, implica que la presencia de la Administración como impulsora, promotora o requeridora del acuerdo restrictivo tiende a reducir e incluso eliminar la culpabilidad.

La segunda **Resolución** a la que nos referimos es la de **8 de mayo de 1998** (expediente 390/96) en la que el TDC analiza los siguientes hechos: el Colegio oficial de arquitectos de Asturias publicó en 1992 un “Cuadro de precios de referencia y determinación de honorarios” en el que se contienen distintas fórmulas o expresiones matemáticas para calcular el presupuesto correspondiente a una edificación concreta, fórmulas que incluyen un módulo establecido por el propio Colegio. Estos módulos son establecidos sin intervención de otras entidades u organismos públicos y son revisados periódicamente. La consecuencia de este cuadro es que los presupuestos de obra presentados para su visado por el Colegio se ajustan al importe resultante de aplicar los módulos según el cuadro vigente. Sólo excepcionalmente se presenta un proyecto que se aparta del cuadro. El Colegio es el único que puede otorgar los visados.

El TDC estima que esta actuación del Colegio oficial carece de cobertura legal, en el sentido del artículo 2 de la LDC que impediría en caso de ser existente la aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la LDC. Considera que la conducta enjuiciada constituye una recomendación colectiva de precios prohibida por la LDC:

“En este caso la recomendación —que como toda recomendación no es vinculante sino de voluntario cumplimiento— ha surtido efecto, teniendo incluso un muy alto grado de segui-

miento pues, según dicte el propio Colegio oficial, aproximadamente el 10 por ciento de los proyectos tiene un presupuesto con desviaciones respecto del que se obtendría de conformidad con los precios de referencia. Dicha cifra, que ya fue recogida en el Informe-Propuesta, viene a revelar que en torno al 90 por ciento de los proyectos siguen la recomendación efectuada por el Colegio. De lo que se deduce que dicha recomendación no ha tenido el carácter de mera referencia indicativa, sino que, por el contrario, ha ejercido una profunda influencia en la conducta de los colegiados a la hora de fijar los precios en los presupuestos, teniendo apreciables y significativos efectos sobre la competencia. En este sentido, la igualación en el precio de los presupuestos supone un fuerte obstáculo a la posibilidad de que el empresario pueda pactar con el profesional que el coste de la construcción no supere un determinado valor, con lo que éste tendría que agudizar su ingenio y ofrecer soluciones innovadoras, en concepción y diseño, capaces de lograr las necesarias economías. Por contra, dicha igualación en los presupuestos desestimula que los profesionales realicen su trabajo con la idea de conseguir un mejor resultado en términos económicos, lo que redundaría en perjuicio del interés económico tanto del empresario promotor como de los consumidores.”

B) Televisión pública. Televisión privada. Televisión autonómica. Abuso de posición de dominio. Subvenciones. Delimitación del mercado relevante

La Resolución del TDC de 12 de junio de 1998 (expediente R 291/98 y R 292/98 acumulados, BOMEH núm. 27, pág. 3074) atiende a la reiterada controversia entre las televisiones privadas y las públicas autonómicas a raíz de las subvenciones que éstas reciben. Lógicamente, esta cuestión, que ha sido y es objeto de distintos análisis, se examina en esta resolución desde la óptica del derecho de la competencia y en el marco que impulsan concretas denuncias formuladas.

El conflicto se origina por denuncias que formulan Antena 3 de Televisión, S.A. y Gestevisión Telecinco, S.A. contra las distintas televisiones autonómicas y la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA). Esencialmente, las denuncias manifestaban la existencia de un abuso de posición de dominio derivada de las subvenciones que reciben las televisiones autonómicas. Este abuso de posición de dominio se manifestaba pagando precios no competitivos por los programas que compran y vendiendo a precios no competitivos sus espacios publicitarios.

Una cuestión crucial en todo expediente de abuso de posición de dominio es la delimitación del mercado relevante. El TDC no considera correctamente delimitado el mercado relevante, ni por los denunciantes ni por el Servicio:

“El mercado de la publicidad televisiva no es homogéneo: lo que se contrata son espacios determinados de publicidad en programas o en momentos concretos, porque no todos los programas ni todos los tiempos de emisión tienen la misma audiencia cuantitativa y cualitativa. El análisis del mercado exigiría subdistinguir entre los distintos programas para ver cómo se configura la oferta publicitaria de cada TV y cómo concurren las diversas cadenas. Y lo mismo cabe decir del otro mercado relevante, el de los

derechos de retransmisión por lo que compiten las cadenas, mercado que en alguna ocasión ha estudiado el Tribunal.

El Servicio no ha efectuado los análisis indicados. Parece aceptar que la financiación pública otorga una posición de dominio a las TV autonómicas de la que, sin embargo, no han abusado. Aunque en la valoración jurídica de los hechos probados estima, con mayor exactitud, que la posición de dominio es inexistente. Los recurrentes, por su parte, dan por supuesta la existencia de la afirmada posición de dominio, y no han llegado a efectuar los análisis indicados; ni siquiera han aportado datos indiciarios de la actuación de las TV autonómicas.”

Los denunciantes manifiestan también que las subvenciones son ilegales desde el punto de vista del Tratado de Roma e injustas porque sin ellas las TV autonómicas estarían en quiebra. El TDC recuerda que no ostenta competencia para enjuiciar la ilegalidad de una subvención en el marco del artículo 92 del Tratado. Ésta es una competencia exclusiva de la Comisión Europea. A su vez, el TDC pone de relieve sus muy escasas competencias en la materia en el marco de la LDC.

C) Práctica restrictiva. Recomendación de precio. Alquiler de películas de vídeo. Diseño de etiqueta de precio recomendado. Venta de películas de vídeo. Efecto en el mercado

La Resolución de 11 de mayo de 1998 (expediente 387/96) se enfrenta a dos problemáticas distintas. En primer lugar, un acuerdo de la asociación empresarial Unión Videográfica Española (UVE) de establecer un precio recomendado para el alquiler de películas de vídeo por los minoristas en 500 pesetas. En segundo lugar, un acuerdo de la misma asociación de diseñar una etiqueta de precio recomendado para la venta al detall de películas de vídeo, así como facilitar el diseño a sus miembros para que pudieran confeccionarla y utilizarla. En cumplimiento de este acuerdo se remiten modelos con el mismo diseño con distintas cantidades impresas (1.995 ptas., 2.495 ptas., 2995 ptas., 3.995 ptas. y 4.995 ptas.).

El segundo acuerdo no plantea excesivas dudas al TDC, por cuanto no hay indicios relativos a que exista una práctica restrictiva en la venta al detall de películas de vídeo. Afirma la resolución:

“Dada la diversidad de calidades y costes del material videográfico existente en el mercado, éste tiende de manera espontánea a situar los precios en niveles. Es decir, se trataría de un fenómeno derivado del proceso espontáneo de formación de los precios en el mercado de referencia. Este mismo fenómeno se produce de propio impulso en mercados como el discográfico o el del libro, y es verosímil que pueda producirse en el de las películas videográficas. En esas condiciones, es criterio del Tribunal que, sin pruebas, no puede imputarse fundadamente la celebración de acuerdo alguno de precios recomendados.”

XIV. Derecho Administrativo Económico

En cambio, mayor atención se dedica a la recomendación de precios de alquiler. Esta práctica está expresamente prohibida por la LDC. No obstante, el TDC pone de relieve circunstancias que matizan esta expresa prohibición:

“La primera es que no se trata de una decisión colectiva para recomendar un precio de venta a los participantes, sino una decisión de una asociación para recomendar a unos terceros, los videoclubs, que practiquen con el público un precio recomendado. La segunda circunstancia a tener en cuenta es que se trató de dar apoyo, durante un breve lapso de tiempo, a una campaña transitoria de publicidad que se pone en marcha ante la situación de crisis que experimentaba a la sazón el sector. La tercera circunstancia que matiza la práctica es que no tuvo efectos sobre el mercado.”

Esta última matización resulta clave. Las dos restantes tenderían a atenuar la sanción. El razonamiento del TDC sobre el efecto en el mercado de la práctica restrictiva es relevante:

“Efectivamente, si la decisión sobre precios recomendados sólo puede considerarse prohibida si tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, y de la prueba en el Tribunal, no discutida por la denunciante ni por el Servicio, se deduce que la decisión no ha producido efectos sobre la competencia, cabría razonablemente preguntarse si estos efectos podrían hipotéticamente haber tenido lugar aunque en la realidad no lo hayan tenido, o si la naturaleza de este mercado es tal que no cabe razonablemente esperar que una decisión como la encausada produzca efectos sobre la competencia. La prueba aportada ante el Tribunal sugiere que la naturaleza de este mercado es tal que en el mismo no pueden derivarse efectos contrarios a la competencia de una decisión como la examinada. Un estudio como el citado nunca puede considerarse concluyente, sin embargo. Pero tampoco puede serlo una afirmación contraria a los indicios que se desprenden del mismo. Y, en todo caso, lo incontrovertible es que la práctica no ha tenido efectos. ¿Se sabía desde un principio que no iba a tenerlos? Es ésta una pregunta para la que no hay respuesta. El Tribunal considera que no está probado de modo indiscutible que en un mercado como éste una práctica como la examinada no pueda tener efectos negativos sobre la competencia, pero tampoco se ha probado concluyentemente lo contrario.”

Sin embargo, pese a fórmulas las anteriores consideraciones el Tribunal estima que:

“La decisión de recomendar un precio para el alquiler de películas videográficas que concretamente tomó la asociación de productoras UVE y que es objeto de este expediente, ha de tipificarse como una conducta de las prohibidas en el artículo 1 de la LDC, aunque graduando su importancia como venial y reconociendo atenuantes en su comisión, por lo que su autora es merecedora de una sanción que no sea muy importante.”

D) Restricciones verticales de la competencia. Distribución comercial. Distribución selectiva

La **Resolución de 13 de mayo de 1998**, (expediente 379/96) atiende a la problemática de las restricciones verticales de la competencia, que constituye en los últimos años uno de los principales aspectos de debate en España y en la Unión Europea en el derecho de la competencia.

Desde que la Comisión Europea aprobó en 1997 el “Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria” se ha abierto un intenso debate acerca de la necesidad de reflexionar sobre la interpretación sostenida desde el derecho de la competencia de estas formas comerciales que con gran frecuencia se encuentran en el mercado. En líneas generales, el debate se centra en la oportunidad de flexibilizar la interpretación sostenida en el sentido de no considerar a toda restricción vertical de la competencia como restrictiva de la competencia. El objetivo sería entonces un análisis económico de cada conflicto o supuesto para dirimir la existencia o no de restricción de la competencia que deba ser prohibida y perseguida.

La **Resolución de 13 de mayo de 1998**, versa sobre una serie de contratos de distribución selectiva, suscritos tanto para la comercialización de relojes como para las piezas de recambio. La distribución selectiva es una forma de restricción a la distribución caracterizada por el hecho de que el fabricante elige solamente a determinados distribuidores para la venta de sus productos. Esta forma de distribución no tiene un reglamento donde se hayan estipulado las características de los contratos para ser objeto de autorización con carácter general, como sucede con la distribución exclusiva, por ejemplo.

El criterio tradicional del TDC sobre la distribución selectiva es que constituye infracción del artículo 1 de la LDC aunque el contrato en cuestión puede ser objeto de autorización singular si produce efectos beneficiosos para el mercado que puedan compensar los efectos perniciosos causados por las restricciones de la competencia.

En cambio, en la **Resolución de 14 de octubre**, de 1997 el TDC ya apunta un cambio de criterio importante. Los contratos de distribución selectiva no se consideran en todo caso anticompetitivos. Es preciso analizar las cláusulas contenidas en los mismos. No son restrictivos de la competencia, como indica ahora la **Resolución de 13 de mayo, de 1998**:

“Siempre que la selección de distribuidores cumpla tres principios y no contengan otras restricciones adicionales. Estos principios son los de necesidad (los criterios para proceder a la selección de los distribuidores han de ser simplemente cualitativos y obedecer a las características de los productos que se trata de distribuir); proporcionalidad (no se deben imponer exigencias desproporcionadas con respecto al objetivo perseguido), y finalmente el principio de no discriminación (los criterios cualitativos han de ser iguales para todos los revendedores).”

Asimismo:

“los contratos de distribución selectiva que reúnan otras cláusulas diferentes a aquéllas en las que se traducen estos principios, pueden suponer la infracción del artículo 1 de la LDC, pero puede ser objeto de autorización singular. Estas cláusulas se refieren normalmente a la obligación de realizar un número mínimo de compras, de participar en los gastos publicitarios, o de facilitar determinada información por parte del distribuidor.”

En la **Resolución de 13 de mayo de 1998**, el TDC confirma esta tendencia y procede a analizar los contratos cuestionados desde esta novedosa perspectiva.

LLUIS CASES I PALLARÉS

TOMÀS FONT I LLOVET

JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**Sumario:**

- 1. Consumo.** A) Etiquetado y presentación de productos alimentarios: protección de los consumidores y lengua. **2. Deporte.** A) Enseñanzas deportivas: colegiación obligatoria de los profesores de educación física. B) El descenso de categoría de un árbitro de fútbol no tiene naturaleza laboral sino carácter administrativo. **3. Educación no universitaria.** A) La enseñanza de la religión y de las actividades de estudio alternativas. B) La composición del Claustro en los Centros docentes Concertados. **4. Seguridad.** A) Incumplimiento del Derecho comunitario por algunos preceptos de la Ley 23/1992, de Seguridad privada. B) Derecho de acceso a los datos obrantes en la Oficina Europea de Policía. **5. Juego.** A) Diferenciación entre titularidad de la concesión y gestión del negocio de bingo a efectos tributarios. B) Adjudicación de administración de lotería. **6. Sanidad.** A) Farmacia, farmacéutico sustituto e incompatibilidad de funcionario.

1. CONSUMO**A) Etiquetado y presentación de productos alimentarios: protección de los consumidores y lengua**

La cuestión que resuelve la STJCE de 14 de julio de 1998 –Hermann Josef Goerres– se centra en la interpretación del art. 14 de la Directiva 79/112, del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final. Todo ello sin perjuicio de que el 27 de enero de 1997 el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva 97/4 por la que se modifica el párrafo segundo del art. 14 de la Directiva 79/112, y se reconvierte en el art. 13 bis, que exige, en particular, el etiquetado de los productos alimenticios en una lengua que el consumidor comprenda fácilmente y al efecto permite a los Estados miembros –respetando siempre las normas del Tratado– disponer que las indicaciones del etiquetado figuren, al menos, en una o varias de las lenguas oficiales de la Comunidad.

Los hechos de la Sentencia tienen su origen en una cuestión prejudicial planteada por un juzgado penal de Alemania, en la que se imputa a un comerciante la venta de productos alimenticios no etiquetados en alemán. Conviene recordar que las SSTJCE Piageme y otros (1991) y Piageme II (1995) ya habían declarado que se opone al Tratado de la Unión la normativa que imponga exclusivamente la utilización de una lengua determinada para el etiquetado de los productos alimenticios, sin tener en cuenta la posibilidad de que se utilice una lengua fácilmente inteligible para los compradores o que la información del comprador quede asegurada por otros medios. Lo novedoso de la Sentencia ahora comentada reside en que el Tribunal de Justicia atribuye al juez nacional apreciar la inteligibilidad de las informaciones del etiquetado. Asimismo, para el caso concreto concluye que un cartel complementario colocado junto a los productos en una lengua fácilmente comprensible para los consumidores, no será una medida suficiente para garantizar la información y la protección del consumidor final, por lo que todas las indicaciones obligatorias prescritas por la Directiva deben figurar directamente en el etiquetado, si bien recuerda que la Directiva permite expresar las indicaciones exigidas no sólo utilizando una lengua, sino también a través de otros medios, tales como dibujos, símbolos o pictogramas.

Habida cuenta de todo ello, en resumen, la Directiva no se opone a una normativa de desarrollo que prescriba la utilización de una lengua determinada para el etiquetado de los productos alimenticios, aunque posibilita también, con carácter alternativo, utilizar otra lengua fácilmente inteligible para los compradores.

2. DEPORTE

A) Enseñanzas deportivas: colegiación obligatoria de los profesores de educación física

La STC 194/1998, de 1 de octubre (recurso de amparo avocado al Pleno) examina si la exigencia de la colegiación obligatoria de los profesores de educación física que trabajan en centros docentes privados es contraria a la libertad de asociación. El Tribunal justifica desde la perspectiva de la actividad profesional desarrollada la legitimidad de la adscripción obligatoria con base en el siguiente fundamento literal:

“(...)hay que recordar que la propia Constitución contiene un mandato a los poderes públicos para que fomenten ‘la educación física y el deporte’ (art. 43.3 CE) y que ambas actividades aparecen, por otra parte, estrechamente vinculadas con la salud —a la que se refiere el apartado 1 del mismo art. 43 CE—. De suerte que no sólo son un medio para su mantenimiento, sino que permite evitar las repercusiones negativas que sobre la misma puede tener un ejercicio no adecuado de las diversas actividades físicas y deportivas, especialmente en aquellos deportes cuyo ejercicio conlleva un riesgo muchas veces no pequeño. Sin que pueda, por otra parte, desconocerse la importancia y valoración cada vez mayor de estas actividades, a las que los poderes públicos vienen respondiendo con el estableci-

miento de nuevas exigencias de cualificación para los profesionales dedicados a las mismas y, de modo especial, para quienes tienen como función la de docentes de esta materia en los centros de enseñanza. Debe, además, tenerse en cuenta que los destinatarios de tales actividades son, en una buena parte de los casos, menores de edad, y ello redunda en unas mayores exigencias de preparación y responsabilidad para quienes asumen dicha docencia. Razones que en el presente caso legitiman la norma que impone dicha colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión”.

No obstante, en el voto particular formulado a esta Sentencia por el Magistrado Gimeno Sendra se afirma que:

“De conformidad con nuestra doctrina, no basta una invocación genérica a la ‘educación física y el deporte’ como política de fomento de los poderes públicos reconocida por la Constitución (art. 43.3), ni que esta profesión esté vinculada con la ‘salud’. Antes al contrario, para que se justifique objetivamente la adscripción profesional obligatoria con la amenaza de una sanción penal por la comisión del delito o falta de intrusismo, es necesario que, para la protección de la salud (o de la infancia) sea indispensable dicha adscripción obligatoria, tal y como acontece, por ejemplo, con el colectivo médico. La circunstancia, sin embargo, de que los ciudadanos podamos (al menos todavía) practicar la saludable gimnasia sin tener que contratar los servicios de tales profesionales titulados es la mejor muestra de que cae por su propia base este artificioso juicio de necesidad.”

B) El descenso de categoría de un árbitro de fútbol no tiene naturaleza laboral sino carácter administrativo

En el ámbito estatal es obligada la creación de un Comité de árbitros en el seno de las Federaciones deportivas, porque así lo establece el art. 22 del RD 1835/1991. Por ello, por ejemplo la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 1997, Sala de la Social, declaraba que la vinculación del árbitro de fútbol con la Real Federación Española de Fútbol, no es de naturaleza laboral, ya que el árbitro se anuda en una relación de carácter administrativo con la Federación, por intermediación del Comité técnico de árbitros, actuando la Federación en tal caso por delegación de la Administración Pública.

Pues bien, en este sentido, la Magistrada-Juez del **Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra**, en **Sentencia de 23 de octubre de 1998**, decide que el descenso de categoría de un árbitro no es un acto de despido, sino que se trata de un acto de clasificación periódica encuadrable en las funciones públicas de las Federaciones deportivas y, por consiguiente, —tras agotar la vía federativa— será susceptible de recurso ante el Consejo Superior de Deportes, cuyas resoluciones agotan la vía administrativa.

3. EDUCACIÓN NO UNIVERSITARIA

A) La enseñanza de la religión y de las actividades de estudio alternativas

La STS de 1 de abril de 1998, Ar. 3941, Sala Tercera, Sección Tercera, declara que el contenido de la actividad de estudio alternativa a la enseñanza de la religión establecida en el RD 2438/1994 que se impugna, no genera inseguridad jurídica porque concreta suficientemente el contenido de tales actividades y tampoco resulta discriminatoria porque si no se impusiesen actividades alternativas, supondría una penalización de la religión y un motivo disuasorio en contra de la misma, pues entiende que los que eligieran dichas actividades (FJ 1º.4):

“(...)tendrían menos horas de clases, y menos actividades a realizar con la posibilidad de dedicar esas horas a juegos y ocio, lo que atraería a la mayoría de los alumnos a no optar por ninguna clase de Religión (...)”.

En cuanto a la exclusión de las actividades alternativas del régimen de evaluación, el TS sostiene que la norma es razonable y salvaguarda la libertad de opción, pues conjuga el mandato que deriva del Acuerdo de 3 de agosto de 1979 entre la Santa Sede y el Estado Español (que obliga a incluir la enseñanza de la Religión Católica en todos los centros de educación en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales), con previsiones proporcionadas (en el Bachillerato no se computan las calificaciones obtenidas en Religión en la nota media a efecto de acceso a Universidad ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas de estudio), de forma que se evita que por la mera opción de unos de recibir enseñanza religiosa, se traslade a quienes optan por la enseñanza alternativa una carga desproporcionada.

Finalmente, el TS declara que si la enseñanza de la religión no forma parte de la programación general de la enseñanza al ser de opción voluntaria, el claustro de profesores y la asociaciones de padres de alumnos carecen de capacidad para desarrollar el currículo de los niveles educativos, de las diferentes confesiones religiosas; el Consejo Escolar tiene carácter laico y no debe intervenir ni en la determinación del currículo de las enseñanzas de religión ni en las determinaciones sobre libros de texto y materiales correspondientes a dichas enseñanzas.

La STS de 14 de abril de 1998, Ar. 3634, Sala Tercera, Sección Tercera, reproduce básicamente los mismos argumentos a los que se añade, que no resulta vulnerador del art. 27.3 de la CE, que la Administración opte por que las actividades alternativas a la religión no sean de contenido total y estrictamente dirigido a la docencia moral, y que se encamine a la ampliación de conocimientos culturales de carácter general; es a través de la “transversalidad” como la LOGSE pretende inculcar a los alumnos los valores morales en todas las asignaturas. Asimismo, esta Sentencia considera que el RD 2438/1994 no infringe el art. 16. de la CE al hacer figurar en el expediente académico del alumno el haber cursado la asignatura de religión o las enseñanzas alternativas, porque ha eliminado el carácter imperativo de la elección.

B) La composición del Claustro en los Centros docentes Concertados

La STS de 1 de junio de 1998, Ar. 5518, Sala Tercera, Sección Tercera, declara que el derecho de participación de los profesores en la gestión y control de los centros reconocidos en el art. 27.7 de la CE tiene lugar en los términos que la Ley establezca, y es la LODE la que en su art. 55 alude a los “profesores”, sin distinguir entre ellos. No sería contrario al art. 27.7 de la CE –según el TS– una regulación por Ley que distinguiese entre los profesores en razón del origen público o privado de sus retribuciones, a efectos de su integración en el Claustro de los centros concertados, porque la CE vincula dicho derecho de participación a la financiación pública; pero si la Ley no diferencia, no cabe hacerlo por vía reglamentaria, privando a unos profesores del derecho que la Ley les otorga, tal y como lo hace el Acuerdo de la Junta de Andalucía al establecer que en los centros privados concertados, el Claustro, lo integran los profesores contabilizados en el pago delegado, y, en su caso, los profesores funcionarios de la Junta de Andalucía.

4. SEGURIDAD

A) Incumplimiento del Derecho Comunitario por algunos preceptos de la Ley 23/1992, de Seguridad privada

La STJCE de 29 de octubre de 1998, se ha pronunciado ante la demanda presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España por considerar que éste ha incumplido las obligaciones que le incumben en los artículos 48, 52 y 59 del Tratado CE en la medida que la Ley española 23/1992, de 30 de julio, supedita la concesión de autorización para ejercer actividades de seguridad privada, en el caso de las “empresas de seguridad” a los requisitos de tener esta nacionalidad española y que sus administradores y directores tengan su residencia en España; así como en el caso del “personal de seguridad”, igual exigencia de tener nacionalidad española (artículos 7, 8 y 10 de la Ley 23/1992).

Ante la alegación del Gobierno español de que dichas actividades suponen el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 55 del Tratado, por su finalidad de mantenimiento de la seguridad pública, circunstancia que justificaría controles administrativos rigurosos, reclamándose la existencia de razones imperiosas de interés general en todo servicio de seguridad, el Tribunal de Justicia determina de partida que los mentados artículos 7, 8 y 10 de la Ley “implican restricciones a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de trabajadores”, examinándose sus posibles excepciones.

En cuanto al requisito de la nacionalidad española, se reconoce que las empresas de seguridad privada no forman parte de la Administración Pública, por lo que no exceptúa de aquel régimen general; ni tampoco el ejercicio de esta actividad implica que las empresas y el personal de seguridad estén investidas de poderes coercitivos, pues la misma no constituye ejercicio de poder público, ni directa ni indirectamente. Exclusión de la nacionali-

dad que no puede justificarse tampoco por razones de orden o seguridad pública. Sobre el requisito de la residencia, igualmente constituye un obstáculo, en opinión de la STJCE a la libertad de establecimiento y a la libre prestación del servicio y no es necesaria para garantizar la seguridad pública en el Estado miembro, sin que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

Razones que llevan a la STJCE a declarar el aludido incumplimiento del Tratado CE en esta materia, por parte del Reino de España con ocasión de los preceptos mencionados de la Ley 23/1992, de Seguridad privada.

B) Derecho de acceso a los datos obrantes en la Oficina Europea de Policía

La **STPI de 17 de junio de 1998**, resuelve una demanda planteada por una asociación sueca de periodistas, con apoyo de los Reinos de Suecia, Dinamarca y de los Países Bajos, contra la decisión del Consejo de la Unión Europea apoyado por la República Francesa y el Reino Unido de Gran Bretaña, que denegó a la demandante el acceso a determinados documentos relativos a la Oficina Europea de Policía (EUROPOL).

Se pretendía enjuiciar el alcance del Tratado de la Unión Europea relativo al derecho de acceso a la información (núm. 17), el Código de conducta relativa al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión aprobado por los mismos y de la Decisión 1993/731/CE del propio Consejo relativa al acceso del público a los documentos del Consejo. La entrada en juego de las peculiaridades derivadas del “principio de confidencialidad” respecto de 16 documentos, a juicio del Consejo por entender que supone “un perjuicio para el interés público (seguridad pública) y porque tales documentos se refieren a deliberaciones del Consejo”, eran la otra materia a tener en cuenta.

La STPI reconoce la legitimación de la demandante con la simple demostración de un interés en la anulación de dicha decisión y proclamó su competencia, no para apreciar la legalidad de los documentos controvertidos, sino para pronunciarse en materia de acceso del público a dichos documentos. En cuanto al fondo, el Tribunal considera que no concurren las dos excepciones (protección del interés público y secreto de las deliberaciones del Consejo) que impidan el acceso de los ciudadanos a los documentos en el presente caso, ni tampoco se dan los motivos específicos para la no divulgación de los documentos; ni mucho menos se dan las razones por las que es aplicable a los documentos denegados la excepción basada en la protección del interés público (seguridad pública) o la confidencialidad de las deliberaciones del Consejo.

Por todo ello la STPI deduce que la decisión impugnada, no cumpliendo las exigencias de motivación del artículo 190 del Tratado de la Unión debe ser anulada, y por lo tanto hace efectiva tal declaración al anular la Decisión del Consejo de 6 de julio de 1995, por

la que se denegó a la demandante el acceso a determinados documentos relativos a EUROPOL.

5. JUEGO

A) Diferenciación entre titularidad de la concesión y gestión del negocio de bingo a efectos tributarios

La STS de 17 de abril de 1998, Ar. 4144, Sala Tercera, Sección Segunda, resuelve que la actividad de juego conocida como bingo no está sometida a la normativa de espectáculos públicos, para después diferenciar entre el titular de la concesión de juego de bingo y quien gestiona el servicio del juego propiamente dicho. Si no hay cesión de la concesión –lo que está prohibido por el Reglamento del Juego de Bingo de 9 de enero de 1979 y por el apartado 3, del art. 7 de la Ley 2/1986, de 19 de abril–, no se pueden exigir los débitos tributarios del concesionario a la empresa que gestiona la organización y funcionamiento del bingo, sino al titular de la concesión, ya que a aquélla solamente se le debía de haber considerado sujeto pasivo del impuesto por la actividad de prestación del servicio de gestión.

B) Adjudicación de administración de lotería

La STS de 9 de marzo de 1998, Ar. 2297, Sala Tercera, Sección Tercera, resuelve la impugnación que se realiza de la aprobación de una concesión para la explotación de una administración de loterías, señalando el Alto Tribunal que la Administración, cumpliendo las normas que a este respecto están contenidas en el art. 8 del Real Decreto 1082/1985:

“(…)ha aplicado para la resolución del concurso las normas contenidas en el pliego de cláusulas administrativas, que la ahora apelante aceptó no participar en el concurso. La aceptación del pliego por el participante impone su puntual observancia, ya que constituye la *lex inter partes* en tanto no vulnere el derecho necesario y, en contra de lo afirmado por el recurrente, la aplicación estricta de estas condiciones en orden a la selección de los concursantes viene exigida por la seguridad jurídica y por el principio de igualdad”.

6. SANIDAD

A) Farmacia, farmacéutico sustituto e incompatibilidad de funcionario

La STS de 24 de marzo de 1998, Ar. 3410, Sala Tercera, Sección Séptima, resuelve un recurso de casación en interés de la Ley, interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra una Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de aquella Comunidad, relativo a la compatibilidad de la condición de fun-

cionario con la actividad privada de Oficina de Farmacia. La Sentencia declara haber lugar al recurso, estableciendo como doctrina legal la interesada por el recurrente, aunque respetando la situación jurídica particular derivada de la Sentencia recurrida (como es propio de la peculiar vía de recurso seguida para obtener el pronunciamiento del Tribunal Supremo). Lo que aquí más interesa de esta Sentencia son los tres extremos siguientes: 1º) Respecto a las Oficinas de Farmacia, recordando jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo considera que la actividad que desarrollan se configura con los caracteres de “servicio público impropio” o de “servicio de interés público”, sometida a determinadas limitaciones y exigencias; en este sentido, la de farmacéutico es una profesión liberal pero sujeta a intervención administrativa, de tal manera que su ejercicio nunca ha sido meramente empresarial o profesional, sino un servicio público sanitario necesitado de autorización previa y donde la propiedad del establecimiento farmacéutico y su titularidad son términos necesariamente unidos (FJ 6º). 2º) Respecto a la figura del farmacéutico sustituto, el Tribunal Supremo señala preliminarmente que la presencia y actuación profesional del farmacéutico es requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos, si bien en el ordenamiento farmacéutico se hace referencia a varias figuras: a) el “propietario”, a cuyo nombre se extiende la autorización y el acta de apertura de la Oficina; b) el “regente”, no propietario y nombrado para el caso de fallecimiento del titular; c) el “adjunto”, que ejerce conjuntamente con el propietario o el regente su actividad profesional en una Oficina de la que no es copropietario; y d) el “sustituto”, que ejerce en lugar del propietario o del regente su actividad en una Oficina en los casos previstos reglamentariamente. Sobre esta última figura, y aunque no se ha producido el oportuno desarrollo reglamentario, se puede decir que es de obligada aplicación cuando exista una causa que lo justifique y vaya dirigida a alcanzar la finalidad que le es propia, pero la sustitución no puede tener vocación de indefinida, sino que se dirige a atender una necesidad coyuntural, para superar una situación transitoria, por lo que viene caracterizada por las notas de provisionalidad y temporalidad, de tal manera que:

“no puede justificar el nombramiento de sustitutos la circunstancia de que el titular ejerza una actividad funcional al servicio de la Administración, siendo regla general la presencia y actuación del farmacéutico propietario-titular de la farmacia mientras ésta permanezca abierta al público” (FJ 8º).

3º) Respecto a la incompatibilidad del funcionario, la Sentencia señala que la denominada “incompatibilidad funcional” conlleva que el afectado no podrá ejercer por sí o mediante sustitución actividades privadas que se relacionen directamente con las que desarrolle el órgano o entidad donde estuviera destinado, de manera que la “relación” entre uno y otro puesto de trabajo (y no tanto las específicas funciones que se desarrollen) es la que determina la incompatibilidad entre ambos (FJ 5º); y la denominada “incompatibilidad horaria” se refiere a actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas, que sólo podrá autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enuncia-

das en la Ley como de prestación a tiempo parcial (FJ 6º); dados los horarios de la actividad pública desarrollada y de la Oficina de Farmacia, no procede la compatibilidad entre ambas, sin que a tal conclusión obste el nombramiento de unos farmacéuticos sustitutos con el fin de poder realizar otra actividad pública que lleve consigo un larga permanencia fuera de la Oficina de Farmacia, de la que es titular, puesto que precisamente tal circunstancia es incompatible con el deber de prestar el servicio público farmacéutico (FJ 8º).

IÑAKI AGIRREAZCUENAGA

CARMEN AGOUES

JOSÉ MANUEL CASTELLS

EDORTA COBREROS

IÑAKI LASAGABASTER

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

1. Advertencia previa. 2. Recurso Contencioso-Administrativo. A) Validez del emplazamiento de los interesados por edictos. B) Doctrina sobre la desviación procesal: no es admisible el planteamiento de peticiones o cuestiones nuevas, pero sí de argumentos nuevos. C) Inadmisibilidad del recurso: aunque no planteada mediante “alegaciones previas”, puede declararse antes de dictar sentencia. D) Acumulación. Improcedencia cuando uno de los recursos cuya acumulación se solicita ha terminado su tramitación. E) Prueba. E.1) En recursos contra Acuerdos del CGPJ sobre archivo de denuncias contra Jueces y Magistrados. Impertinencia de la prueba. E.2) Interpretación del artículo 74.2 LJCA. Necesidad de fijar los puntos de hecho sobre los que ha de versar la prueba. E.3) Prueba pericial: incorporación a diferentes procedimientos por medio de testimonio: atemperación del principio de igualdad con los de audiencia y contradicción. F) Terminación del proceso. Desistimiento. Naturaleza y efectos. G) Costas. G.1) Indevidas: repercusión del IVA. G. 2) Procedimiento en materia de personal. Gratuidad en la instancia no extensible a la Casación. Preferencia del artículo 102.3 LJ frente al artículo 130.2.b). G.3) Excesivas. Impugnación por excesivos de los honorarios del Procurador. Procedimiento aplicable. **3. Recurso de casación ordinario.** A) Legitimación del coadyuvante: puede preparar por sí mismo el recurso de casación. B) Cómputo de plazos para la interposición del recurso de casación: no es posible la rehabilitación de los mismos. C) Interpretación estricta de las cuestiones de personal: admisibilidad de la casación: debe desaparecer la relación de servicio en virtud del acto impugnado, con independencia del contenido de la pretensión del recurrente. D) Admisión antiformalista del recurso de casación: la falta de expresión de los motivos es subsanable por un esfuerzo interpretativo de la Sala. E) La errónea interpretación de la prueba pericial se puede combatir en casación por vía de la infracción del artículo 632 de la LEC si lleva a conclusiones ilógicas. F) Aplicación de derecho estatal en la

instancia: resulta intrascendente a los efectos de la admisibilidad del recurso de casación si las partes alegan sólo la infracción de derecho autonómico. G) Preparación del recurso de casación ordinario contra actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas: requisitos: expresión razonada y justificación de la infracción de normas no emanadas de órganos de las Comunidades Autónomas. H) Impugnación de disposiciones de carácter general: alcance: no se comprenden las leyes; No basta una cita genérica o circunstancial; La pendencia como consecuencia de impugnación ante el TC no abre la casación. I) Inadmisibilidad de la denuncia de infracciones globales en casación. J) Invocación de infracción de jurisprudencia como motivo casacional en cuestiones casuísticas: presenta escasa virtualidad pues es necesario acreditar la igualdad de circunstancias. K) Aportación de documentos en casación: no es posible la aplicación supletoria del artículo 1724.2 de la LEC en el ámbito casacional contencioso-administrativo. L) Inadmisión por desestimación en el fondo de otros recursos sustancialmente iguales: interrupción de las actuaciones inspectoras. M) Nulidad del acto por el que se tuvo por desistido el recurso de casación interpuesto en plazo: fraude de ley. N) Satisfacción extraprocesal de la pretensión de la instancia: implica la terminación del recurso de casación. **4. Recurso de casación en interés de ley.** A) Legitimación: no alcanza a los sujetos privados. **5. Procedimiento de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.** A) Interposición del recurso de casación en el proceso de la Ley 62/1978: subsanación de errores en el trámite de audiencia sobre la admisibilidad o en el recurso de súplica. **6. Tribunal de Conflictos de Jurisdicción: sobre si los Magistrados del Tribunal Supremo pueden formar parte del mismo.**

1. ADVERTENCIA PREVIA

La presente crónica da noticia, básicamente, de un conjunto de resoluciones dictadas por la Sala Tercera del TS durante los meses de febrero a mayo de 1998, si bien no dejan de incluirse algunas otras, de la misma Sala y del TC, dictadas antes y después de ese período.

Especial mención merece el hecho de que, en estos momentos, contamos con una nueva LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio), la cual ha entrado ya en vigor. Es obvio que, en este caso, no va a suceder —al menos en su integridad— lo que, con frecuencia cada vez mayor, está sucediendo con no pocas Leyes; concretamente, que sólo al cabo de bastantes años se producen los primeros pronunciamientos jurisprudenciales sobre las mismas, cuando ha podido ocurrir —y no es del todo inusual que así sea— que hayan sido ya modificadas o, incluso, derogadas. De este modo, aunque en los próximos años el T.S. tendrá que seguir interpretando y aplicando preceptos de la Ley derogada y de ello nos hagamos eco, a partir de las próximas crónicas es previsible que podamos contar con las primeras interpretaciones de la nueva LJCA. Se cierra, pues, con la presente crónica una etapa que necesariamente va a dar paso a nuevos desarrollos jurisprudenciales en la materia. Nuevos desarrollos a los que, desde luego, dedicaremos especial atención.

2. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Validez del emplazamiento de los interesados por edictos

Las condiciones exigidas para la validez del emplazamiento procesal por medio de edictos son especialmente rigurosas, pues es obligatorio emplazar personalmente a cuantos pudieran comparecer como demandados o como coadyuvantes siempre que ello resulte factible, como ocurre cuando sean conocidos o identificables a la luz de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o del expediente administrativo, y sin que esta obligación de emplazar personalmente alcance a los que, después de haberse resuelto el expediente administrativo e iniciado el proceso contencioso, adquieren fuera de él la referida cualidad en virtud de actos posteriores y derivados del que es objeto del proceso.

La falta de emplazamiento personal supondrá una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, siempre que dé lugar a un perjuicio real y efectivo para sus intereses, y salvo que se aprecie que tuvieron conocimiento de la existencia del proceso en tiempo hábil para comparecer y ejercer su derecho de defensa, pues en ningún caso puede invocar indefensión quien con su actitud pasiva, negligente o maliciosa coadyuva a su producción (SSTC 113/1998, de 1 de junio, y 161/1998, de 14 de julio).

B) Doctrina sobre la desviación procesal: no es admisible el planteamiento de peticiones o cuestiones nuevas, pero sí de argumentos nuevos

La STS de 24 de febrero de 1998 de la Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1829, ha precisado que el proceso contencioso-administrativo tiene un carácter esencialmente revisor por

requerir, como presupuesto, la existencia de un acto administrativo previo. Pero, en realidad, su objeto no viene constituido por el acto en sí, sino por las pretensiones que se deducen respecto a él, por lo que las partes pueden aducir en apoyo de sus pretensiones cuantos fundamentos o motivos tengan por convenientes, aunque no hubieran sido planteados en la vía administrativa, pero sin que les sea posible, sin embargo, introducir en la vía jurisdiccional pretensiones diferentes o ajenas a las que se han resuelto en la vía administrativa. Con ello se trata de diferenciar entre los conceptos de “cuestión nueva”, cuyo planteamiento es inadmisibile por mor de aquel carácter revisor, y de “argumentos nuevos”, admisibles en todo caso al ser objeto del proceso no el acto en sí mismo, sino la pretensión deducida en relación a él. Es decir, el objeto o cuestión es la materia o tema planteado que sirve de base y configura la petición y pretensiones correspondientes, mientras que argumento o motivo es el razonamiento empleado en justificación de lo pretendido en relación con aquélla. Estos dos componentes pueden enmarcarse, uno en el campo de los hechos, y otro en el de la dialéctica, la lógica y el derecho, circunstancia esta que explica la inalterabilidad que debe existir entre el planteamiento y la fijación de lo perteneciente al primer campo (supuesto de hecho) y la elasticidad permitida en el campo de los segundos (fundamentos o razonamientos jurídicos). Por tanto, existirá desviación procesal generadora de la inadmisibilidad del recurso cuando se formulen nuevas pretensiones o cuando se reformen, alteren o adicione al recurso jurisdiccional peticiones que no se discutieron en vía administrativa y ni siquiera se formularon ante ella.

C) Inadmisibilidad del recurso: aunque no planteada mediante “alegaciones previas”, puede declararse antes de dictar sentencia

El ATS de la Sala Tercera, Sección Tercera, de 29 de mayo de 1998 (rec. núm 521/1997) aborda la cuestión de si puede declararse la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo durante la tramitación del proceso y antes de su conclusión, aun cuando tal inadmisibilidad no haya sido planteada mediante el denominado “incidente de alegaciones previas” sino en la contestación a la demanda. La Sala, tras apreciar la concurrencia de la causa de inadmisión, señala que aunque desde el punto de vista estrictamente formal el momento procesal adecuado para pronunciarse sobre la invocada inadmisibilidad, al no haberse promovido incidente de alegaciones previas, sería al dictar sentencia, aparece como absurdo mantener vivo un recurso que por su objeto impugnatorio es ajeno a su jurisdicción, por lo que concluye que no debe continuar la tramitación del recurso, y acuerda el archivo de las actuaciones.

D) Acumulación. Improcedencia cuando uno de los recursos cuya acumulación se solicita ha terminado su tramitación

Reiterando anteriores pronunciamientos en el mismo sentido, el ATS de la Sala Tercera, Sección Séptima, de 22 de mayo de 1998 (rec. núm. 339/1996) recuerda, en relación con una petición de acumulación de tres recursos contencioso-administrativos, que no procede la acumulación cuando, aun existiendo una conexión directa entre dichos recur-

sos, uno de ellos ha concluido su tramitación –aunque todavía no se haya señalado para votación y fallo–, pues de acordarse tal acumulación ello conllevaría un injustificado retraso en la resolución del procedimiento ya concluso.

E) Prueba

E.1) En recursos contra Acuerdos del CGPJ sobre archivo de denuncias contra Jueces y Magistrados. Impertinencia de la prueba

Son numerosas las ocasiones en que se plantean ante el Tribunal Supremo recursos contra resoluciones de la Comisión Disciplinaria del CGPJ que acuerdan el archivo de denuncias presentadas contra los Titulares de los Juzgados y Tribunales. En relación con la posibilidad de que los particulares recurrentes puedan solicitar el recibimiento del proceso a prueba, ha dicho la Sala Tercera, Sección Séptima, en **ATS de 31 de octubre de 1997** (rec. núm. 232/1996) que la potestad revisora del Tribunal, en casos de esa índole, y partiendo de la base de que el recurrente esté legitimado para acudir a la vía jurisdiccional, se agota en el análisis de la legalidad del acto que resuelve archivar la denuncia “en función del material instructorio obrante en las actuaciones administrativas”. La razón estriba –a juicio de la Sala– en que el régimen legal de la prueba en los procedimientos disciplinarios (art. 425 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tanto en su versión primigenia como en la actual) no autoriza que se practiquen otras que las que acuerde el Instructor, de oficio o a propuesta del interesado (también a instancia del Ministerio Fiscal); entendiendo por interesado, no el denunciante, sino el Juez o Magistrado contra quien se dirija el procedimiento, lo que es aplicable *mutatis mutandis* a las informaciones previas a la incoación del expediente o, en su caso, archivo de las actuaciones. Por lo expuesto, concluye la Sala que carece de trascendencia para la resolución del proceso la prueba de los puntos de hecho fijados por el recurrente en el otrosí de la demanda, cualquiera que sea la relación que puedan tener con los que fueron objeto de la denuncia,

“pues entender otra cosa entrañaría desconocer el régimen legal de comprobación de los hechos que puedan dar lugar a responsabilidad disciplinaria, dando al denunciante en la vía jurisdiccional una intervención que la Ley no le reconoce en las actuaciones administrativas”.

E.2) Interpretación del artículo 74.2 LJCA. Necesidad de fijar los puntos de hecho sobre los que ha de versar la prueba

En ocasiones se solicita por los recurrentes el recibimiento del proceso a prueba limitándose a manifestar en los escritos de demanda que la prueba ha de versar sobre “los hechos relatados en el presente escrito de demanda”, “los hechos citados anteriormente”, u otras formulaciones análogas de carácter genérico, sin hacer relación de puntos de hecho concretos, como exige el artículo 74.2 de la Ley Jurisdiccional. La Sala Tercera, Sección Séptima, en **ATS de 19 de junio de 1998** (rec. núm. 220/1997) señala que la sola referencia a los “hechos contenidos en el presente escrito”, sin referencia a puntos

de hecho concretos, como exige el art. 74.2 de la Ley Jurisdiccional, es ya de por sí determinante de la improcedencia del recibimiento a prueba que se solicita, que, por tanto, ha de ser denegado.

E.3) Prueba pericial: incorporación a diferentes procedimientos por medio de testimonio: atemperación del principio de igualdad con los de audiencia y contradicción

Es doctrina de la Sala Tercera del TS, recogida, entre otras, en sus SSTS de 24 de diciembre de 1994, de 18 de abril de 1995 y 6 de febrero de 1996, que el respeto al principio de igualdad de trato en aplicación de la ley aconseja, para evitar posibles discriminaciones, incorporar en los diferentes pleitos que puedan versar sobre idéntico objeto, el informe o informes periciales emitidos en procesos sustanciados para evitar la contradicción con los precedentes litigios entre las mismas partes u otros diferentes en posición equivalente y en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones esencialmente iguales, de manera que no se pueda llegar a pronunciamientos distintos salvo que se justifique suficientemente el apartamiento de la anterior doctrina.

La STS de 7 de abril de 1998, de la Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 3740, ha venido, no obstante, a matizar esta línea jurisprudencial al entender que el respeto a los principios de audiencia y contradicción exige que el informe pericial emitido contradictoriamente en otro pleito se debe incorporar por testimonio al nuevo a fin de que, a su vista, las partes puedan formular sus alegaciones y críticas respecto a dicha prueba, pero no autoriza a decidir conforme a una prueba pericial practicada en otro pleito y no traída a aquel en el que se resuelve.

F) Terminación del proceso. Desistimiento. Naturaleza y efectos

El ATS de la Sala Tercera, Sección Primera, de 25 de mayo de 1998 (rec. núm. 8491/1997) se refiere a la producción de efectos del desistimiento de la parte recurrente, puntualizando que el desistimiento, cumplidos los requisitos legales exigidos, produce sus efectos propios desde el momento en que se manifiesta ante el órgano jurisdiccional que conoce del recurso de que se trate. Así se infiere de lo que prescribe el artículo 88.2 de la LJCA y es consecuencia de que el desistimiento es una declaración unilateral de voluntad. De aquí, que el Tribunal, producido el desistimiento, venga constreñido, a tenor del artículo 88.4, a dictar auto declarando terminado el procedimiento. Por consiguiente, no dependen los efectos del desistimiento de la notificación del auto teniendo por desistido al recurrente, habida cuenta del carácter meramente declarativo que tiene dicha resolución, limitada a formalizar la terminación del procedimiento.

G) Costas

G.1) Indebidas: repercusión del IVA

La STS de la Sala Tercera, Sección Segunda, de 22 de julio de 1997, Ar 6199, señala, en relación con la impugnación de la Minuta de un procurador, que la repercusión de la cuota del 16 por ciento por IVA ha de estimarse correcta, dado que tal repercusión deriva del cumplimiento de las correspondientes normas tributarias. Sin embargo, la STS de la Sala Tercera, Sección Quinta, de 21 de noviembre de 1997, (rec. núm. 719/1992) matiza que la minuta presentada por el Letrado de los Servicios jurídicos de una Comunidad Autónoma no es una minuta de honorarios de un profesional liberal, sino de un profesional al servicio de una Administración Pública, de suerte que los honorarios no constituyen retribución funcionarial sino ingresos para las Arcas del Tesoro Público. De esa consideración se deduce que las minutas presentadas por dichos Letrados no pueden calificarse como facturas en sentido jurídico; y ello quiere decir, primero, que no tienen por qué tener los requisitos propios establecidos para las facturas; y segundo, que tampoco tienen por qué incluir la cantidad correspondiente por concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, ya que existiendo una relación administrativa entre la Administración y el Letrado minutante, los servicios no están sujetos a dicho Impuesto.

G.2) Procedimiento en materia de personal. Gratuidad en la instancia no extensible a la Casación. Preferencia del artículo 102.3 LJ frente al artículo 130.2.b)

En alguna ocasión se producen, en los recursos de casación contra sentencias dictadas en procesos que han versado sobre “materia de personal”, impugnaciones de las tasaciones de costas practicadas a instancia del Abogado del Estado, alegando su carácter de “indebidas”, con base en el carácter gratuito de este procedimiento especial, en el que sólo procede la condena en costas en caso de temeridad o mala fe, según dispone el artículo 130.2.b). Tal cuestión ha sido, precisamente, abordada en la STS de la Sala Tercera, Sección Séptima, de 27 de febrero de 1998 (rec. núm. 7915/1995). En efecto, la parte recurrente en casación, condenada en costas con arreglo a las reglas generales de dicho recurso, alegó que habiendo versado el proceso sobre una cuestión de personal, los honorarios del Abogado del Estado resultaban indebidos con arreglo al artículo 130.2.b) de la Ley de la Jurisdicción, según el cual el procedimiento contencioso-administrativo será gratuito para todos cuantos intervengan en él, sin perjuicio de la condena en costas si el Tribunal apreciase mala fe o temeridad, cuando el recurso se refiera a cuestiones de personal previstas en el artículo 113, norma esta que, a juicio de la parte impugnante, había de ser aplicada, en cuanto *lex specialis*, en lugar del artículo 102.3 que regula las costas en casación sin hacer distinciones ni contemplar diferentes supuestos. A igual conclusión, añadía el impugnante, se llega a través de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la misma Ley, pues si en los procedimientos de personal es potestativa la intervención del Abogado, en el caso de imponerse las costas a la Administración, ésta no hubiera tenido que pagar los honorarios del Letrado del recurrente, por lo que, en justa correspondencia, no puede la Administración incluir en la tasación de costas una partida que, como la

minuta de su Letrado, el recurrente, en su caso, jamás podría incluir. Por último, señalaba la representación del actor, que al no constituir los honorarios del Abogado del Estado retribución de su esfuerzo profesional, ya que su importe se ingresa en el Tesoro, se obliga al recurrente a hacer un ingreso en favor de la Hacienda Pública incompatible con la gratuidad proclamada por el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional.

Sin embargo, ninguna de estas alegaciones es acogida por la Sala, que en la STS que ahora se comenta señala que con independencia del alcance que deba atribuirse a la gratuidad a que se refiere el artículo 130.2, la aplicación de este precepto se contrae al procedimiento de instancia, regulándose en cambio las costas de la casación en el artículo 102.2 y 3. No se está, por tanto, ante un caso de concurso de normas que deba ser resuelto en favor de la aplicación de la de carácter supuestamente especial, pues cada uno de los citados preceptos tiene perfectamente delimitado su ámbito de aplicación. Tampoco puede avalar la tesis impugnatoria de los honorarios del Abogado del Estado la cita del artículo 33.3 de la Ley de la Jurisdicción, pues la previsión que este precepto contiene agota su eficacia en el procedente especial regulado en la Sección Primera del Capítulo IV del Título IV de dicha Ley, mientras que en la casación, al exigir el artículo 97 la comparecencia por medio de Procurador, la intervención de Letrado deja de ser potestativa con arreglo, precisamente, al núm. 2 del citado artículo 33. Por lo demás, recuerda la STS que, según ha declarado reiteradamente la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la pertinencia del cobro de honorarios de la Abogacía del Estado en los procesos en que actúa en defensa de la Administración, descansa no sólo en la previsión del artículo 131.4 de la Ley de la Jurisdicción –hoy artículo 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, reguladora del régimen de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas–, sino también, aunque con referencia a la jurisdicción civil, por vía de supletoriedad, en lo dispuesto en el artículo 55, regla 6ª, apartado j), del Reglamento Orgánico del Centro Directivo y Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por Decreto de 27 de julio de 1943, por lo que ha de concluirse que ninguna tacha legal de improcedencia cabe oponer a la inclusión de la partida cuestionada en la tasación de costas que se impugna.

G.3) Excesivas. Impugnación por excesivos de los honorarios del Procurador. Procedimiento aplicable

El ATS de la Sala Tercera, Sección Quinta, de 21 de mayo de 1998 (rec. núm. 822/1995), da respuesta a la cuestión de si pueden ser impugnados por excesivos los honorarios de los Procuradores y cuál ha de ser el procedimiento aplicable para tales impugnaciones. Comienza diciendo la referida resolución que la jurisprudencia del TS, en el sentido de que no es posible la impugnación por excesivos de las minutas presentadas por los procuradores, ha de entenderse referida a que dicha impugnación no tiene un proceso autónomo equivalente al regulado en el artículo 427 de la LEC Sentado esto, las impugnaciones por excesivos de las minutas de los procuradores, al ser una cuestión de derecho estricto, se llevarán a cabo en un incidente de gran sencillez: presentación de minuta, traslado a la parte condenada, que, en su caso, la impugna y resolución judicial.

3. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

A) Legitimación del coadyuvante: puede preparar por sí mismo el recurso de casación

El coadyuvante puede preparar por sí mismo el recurso de casación si a su interés conviene, pues en base a lo dispuesto en el artículo 24.1 de la CE la jurisprudencia le viene concediendo tal posibilidad de acción con independencia de la parte principal, sacrificando así lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Ley Jurisdiccional. Además, en el régimen de casación no está prevista ninguna posición procesal especial como coadyuvante, lo cual implica que no existen más posiciones que las de recurrente y recurrido. Es decir, tras la reforma de 1992, existe una legitimación genérica para quienes hubieren sido parte en el procedimiento, que no permite la distinción entre parte principal y coadyuvante (STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 16 de marzo de 1998, Ar. 3347).

B) Cómputo de plazos para la interposición del recurso de casación: no es posible la rehabilitación de los mismos

La personación y formulación del escrito de interposición del recurso de casación prevista en el artículo 99.1 de la LJCA ha de realizarse dentro de los treinta días fijados en el artículo 97.1, que son días hábiles y computados de acuerdo con los así previstos en Madrid, como sede del TS, sin posibilidad de interrupción alguna. Por tanto, el criterio constante de este Tribunal es que, lo mismo para interponer el recurso de queja, que para formalizar el recurso de casación, sólo deben excluirse del cómputo los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la Comunidad Autónoma de Madrid o en la Villa de Madrid.

La razón estriba, como han puesto de manifiesto los AATS de la Sala Tercera, Sección Primera, de 2 y 23 de febrero de 1998, Ar. 3120 y 2451, en que al tener que presentarse el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, con sede en la Villa de Madrid, o excepcionalmente si se trata del último día del plazo ante el servicio organizado al efecto por el Decanato de los Juzgados igualmente de Madrid, la referencia a la “respectiva Comunidad Autónoma o localidad”, contenida en el artículo 182 de la LOPJ, ha de entenderse necesariamente hecha a aquella donde radique el órgano judicial legalmente destinatario del recurso, criterio en modo alguno contrario al artículo 24 de la CE por cuanto los plazos legales para la interposición de los recursos son de inexcusable observancia, y sin que el mecanismo de rehabilitación de plazos previsto en el artículo 121.1 de la LJCA resulte aplicable a la formalización del recurso de casación, ya que dicho precepto sólo es aplicable a aquellos trámites cuya caducidad no lleva consigo la terminación del procedimiento, que es inherente a la ausencia de presentación en plazo del escrito de interposición.

C) Interpretación estricta de las cuestiones de personal: admisibilidad de la casación: debe desaparecer la relación de servicio en virtud del acto impugnado, con independencia del contenido de la pretensión del recurrente

La única instancia es la regla general en materia de personal. En aplicación del artículo 93.2.a) de la LJCA, sólo las sentencias que estrictamente afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieron la condición de funcionarios públicos son sus-

ceptibles de recurso de casación. Esta excepción de la excepción tiene como finalidad no sustraer al conocimiento del Tribunal Supremo aquellos temas que, aún siendo de personal, revisten una especial gravedad por estar en juego el mantenimiento o la extinción de la relación de servicio, afectando por tanto a intereses que demandan un tratamiento procesal ante las máximas instancias jurisdiccionales.

Sin embargo, como han matizado los AATS de la Sala Tercera, Sección Primera, de **9 de febrero de 1998**, Ar. 3123, y de **2 de marzo** de igual año, Ar. 3131, incluso en estos supuestos de extinción de la relación de servicio debe huirse de una interpretación amplia y generosa, como la existente antes de la reforma de 1992, para acoger en su lugar una interpretación estricta del término, en el sentido de admitir el recurso sólo en aquellos supuestos en que por decisión administrativa desaparezca la relación de servicio y no aquellos otros en los que el funcionario siga siendo tal o pase a una situación en la que pese a no haber una prestación efectiva de servicios, la relación funcional perdura, de forma que quedan excluidos, por ejemplo, los temas referidos a la incompatibilidad de dos empleos en la esfera pública. De esta manera, queda sin aplicación la jurisprudencia que venía asimilando a los supuestos de separación de servicio las cuestiones sobre acceso a la función pública (procesos selectivos de acceso) y sobre situaciones de excedencia.

Por otra parte, es el acto administrativo el que ha de acordar la extinción de la relación de servicio y no la pretensión que al socaire de la actividad administrativa pueda constituir la parte recurrente. Es decir, la extinción de la relación ha de configurar el propio contenido del acto y no el de la pretensión de la parte. Una solución contraria dejaría en manos del recurrente la apertura de la vía casacional por la propia configuración de su pretensión.

D) Admisión antiformalista del recurso de casación: la falta de expresión de los motivos es subsanable por un esfuerzo interpretativo de la Sala

Lo más ajustado a la previsión legal es que en cada caso se hagan constar de manera explícita los motivos con indicación del número y párrafo del artículo 95 de la Ley. Sin embargo, cabe admitir el recurso cuando, aún sin la constancia explícita de cada motivo, sea identificable implícitamente, en un esfuerzo interpretativo de la Sala para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, cuál sea aquel en que pretende ampararse el recurrente por los concretos fundamentos de derecho que invoque inmediatamente y que sean perfectamente incardinables en alguna de las previsiones del artículo 95 citado. La cita de los preceptos o jurisprudencia que se consideren infringidos debe constar con claridad al principio del motivo de casación del que se pretenda valer (ATS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de **1 de abril de 1998**, Ar. 2707, y STS de la Sala Tercera, Sección Sexta, de **17 de marzo de 1998**, Ar. 2823).

E) La errónea interpretación de la prueba pericial se puede combatir en casación por vía de la infracción del artículo 632 de la LEC si lleva a conclusiones ilógicas

Es doctrina sentada del TS que el error en la interpretación de la prueba en que haya podido incurrir el Tribunal de instancia no está articulado como motivo de casación. Sin embargo, la apreciación de la prueba pericial, cuya errónea interpretación pueda llevar inexorablemente a conclusiones ilógicas, irracionales y absurdas, puede ser combatida en casación por la vía de la infracción del artículo 632 de la LEC, pues el artículo 1243 del Código Civil se limita a formular el reenvío a aquella Ley rituaria en cuanto al valor de las pericias y a la forma de practicarse (STS de la Sala Tercera, Sección Sexta, de 17 de marzo de 1998, Ar. 1998).

F) Aplicación de Derecho estatal en la instancia: resulta intrascendente a los efectos de la admisibilidad del recurso de casación si las partes alegan sólo la infracción de Derecho autonómico

La Sección Quinta de la Sala Tercera del TS acordó, en ATS de 10 de marzo de 1998, Ar. 2949, la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ de Cataluña por no ser relevante, a los efectos de la admisión, el hecho de que la sentencia de instancia aplique Derecho estatal, pues lo decisivo en el recurso de casación, dada su estructura y operatividad, es el motivo o motivos aducidos por las partes. Por ello, cuando éstas alegan sólo una infracción de Derecho autonómico, la controversia en casación habría de reducirse a una cuestión autonómica, lo que resulta contrario a la función nomofiláctica que el recurso de casación pretende cumplir.

G) Preparación del recurso de casación ordinario contra actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas: requisitos: expresión razonada y justificación de la infracción de normas no emanadas de órganos de las Comunidades Autónomas

Las Sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ respecto a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas sólo serán recurribles en casación si el recurso se funda en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquellas que sea relevante y determinante del fallo, estableciéndose a tal fin, en el artículo 96.2 de la LJCA, que en tales supuestos habrá de expresarse en el escrito de preparación tal infracción. En aplicación de este precepto, es reiterada la doctrina que ha dejado sentado que dicha justificación se ha de acreditar por el que prepara el recurso, haciendo explícito cómo, por qué y de qué forma aquella infracción ha influido y ha sido determinante del fallo, sin que sea admisible la falta de indicación de las normas concretas que se reputan infringidas, ni una simple invocación de la infracción y de las referidas normas (entre otros AATS de la Sala Tercera, Sección Primera, de 30 de enero y 6 de febrero, 16, 23 y 27 de marzo de 1998, Ar. 3119, 2163, 3520, 3531 y 3538).

H) Impugnación de disposiciones de carácter general: alcance: no se comprenden las leyes; No basta una cita genérica o circunstancial; La pendencia como consecuencia de impugnación ante el TC no abre la casación

Sólo pueden ser objeto de impugnación directa o indirecta ante la jurisdicción contencioso-administrativa las disposiciones reglamentarias, nunca leyes o disposiciones con fuerza de ley. Además, la mera cita o referencia genérica o circunstancial a una disposición reglamentaria a lo largo de la fundamentación jurídica que sirve de soporte a las pretensiones ejercitadas no puede integrar el supuesto contemplado en los apartados 2 y 4 del artículo 39 de la LJCA, pues éste requiere que la impugnación indirecta de la disposición general en cuestión se halle suficientemente planteada y constituya la base esencial de la pretensión articulada. En este sentido el TS ha señalado recientemente que la pendencia de un recurso como consecuencia de la impugnación ante el TC de una norma de carácter legal reguladora de la materia litigiosa en ningún caso está contemplada como excepción legal para abrir dicha vía casacional (entre otros, AATS de la Sala Tercera, Sección Primera, de 2 y 23 de marzo de 1998, Ar. 3304 y 3308).

I) Inadmisibilidad de la denuncia de infracciones globales en casación

La denuncia de infracciones globales de todos los preceptos de uno o varios textos normativos resulta inadecuada con la precisión que demanda el recurso de casación, cuya naturaleza y función exige la concreción del precepto o preceptos infringidos por la sentencia recurrida (ATS de la Sala Tercera, Sección Primera, de 20 de febrero de 1998, Ar. 2438).

J) Invocación de infracción de jurisprudencia como motivo casacional en cuestiones casuísticas: presenta escasa virtualidad pues es necesario acreditar la igualdad de circunstancias

La jurisprudencia ha venido entendiendo, en relación con la virtualidad del artículo 95.1.4º de la LJCA, que han de tenerse en cuenta los elementos esenciales de las sentencias cuya infracción se alega, y no la mera referencia a los *obiter dicta* de simple naturaleza accidental.

Así, el TS ha reiterado que en cuestiones de hecho, altamente casuísticas, la invocación del motivo casacional de infracción de la jurisprudencia aplicable tiene una escasa virtualidad, pues es difícil que en dos casos coincidan las mismas circunstancias, único supuesto este del que habría que partir para tratar de acreditar que la decisión del Tribunal *a quo* ha de reputarse arbitraria o manifiestamente contraria al buen sentido (así, entre otros, AATS de la Sala Tercera, Sección Primera, de 16, 23 y 30 de marzo de 1998, referidos todos ellos a propiedad industrial, Ar. 3525, 3532 y 3545).

K) Aportación de documentos en casación: no es posible la aplicación supletoria del artículo 1724.2 de la LEC en el ámbito casacional contencioso-administrativo

Los AATS de la Sala Tercera, Sección Quinta, de 2 de febrero y de 16 de marzo de 1998, Ar. 2945 y 3223, reiteran la doctrina según la cual el párrafo segundo del artículo 1724 de la LEC, que permite la presentación con el escrito de interposición del recurso de casación de los documentos que se encuentren en el caso del artículo 506 de la LEC, no es aplicable al recurso de casación contencioso-administrativo, ya que, no siendo invocable en el mismo el error en la apreciación de la prueba, los documentos nuevos no podrían en ningún caso ser tenidos en cuenta y valorados por el Tribunal Supremo.

L) Inadmisión por desestimación en el fondo de otros recursos sustancialmente iguales: interrupción de las actuaciones inspectoras

En aplicación del inciso segundo del artículo 100.2.c) de la LJCA, el TS ha inadmitido una serie de recursos de casación, por cuanto se entiende consolidada la doctrina que, en lo esencial e interpretando el artículo 31, apartados 3 y 4 del Reglamento General de la Inspección de Tributos de 25 de abril de 1986, acerca del alcance de la expresión “actuaciones inspectoras”, considera que debe entenderse por tales todas las que se produzcan desde el inicio de la inspección hasta su conclusión mediante la notificación de la liquidación resultante de la misma, y concluyen resolviendo que la suspensión de las referidas actuaciones, no justificada y por causas ajenas al obligado tributario durante más de seis meses y en cualesquiera momentos del período que media entre el inicio de éstas y la notificación de la liquidación resultante de las mismas, no interrumpe el plazo de la prescripción para liquidar, para exigir el pago o para sancionar que se estuviere ganando (entre otros, AATS de la Sala Tercera, Sección Primera, de 9 de febrero y 23 de marzo de 1998, Ar. 1928 y 3307).

M) Nulidad del acto por el que se tuvo por desistido el recurso de casación interpuesto en plazo: fraude de ley

Una vez interpuesto el recurso de casación dentro de plazo no es posible declararlo desierto puesto que, de lo contrario, se produciría un fraude de ley al haberse preparado e interpuesto un recurso provocando con ello una actividad procesal de la que se debe responder en su caso con el abono de las costas procesales causadas (ATS de la Sala Tercera, Sección Sexta, de 16 de febrero de 1998, Ar. 2400).

N) Satisfacción extraprocetal de la pretensión de la instancia: implica la terminación del recurso de casación

En el artículo 90 de la LJCA se contempla la extinción del recurso contencioso-administrativo cuando se produce la satisfacción extraprocetal de la pretensión antes de ser dictada sentencia en el proceso de instancia. La satisfacción dentro del proceso implica el pronunciamiento jurisdiccional sobre la pretensión, bien actuándola o bien denegando su actuación. En cambio, la satisfacción fuera del proceso surge cuando la Administración

demandada reconoce totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante. No basta, pues, para que se produzca la satisfacción extraprocetal y, por tanto, la extinción del proceso, que la Administración decida sobre la pretensión del actor, sino que es preciso que la estime totalmente.

Según el **ATS** de la Sala Tercera, Sección Sexta, **de 12 de marzo de 1998**, Ar. 3246, se plantea una situación análoga cuando la sentencia o resolución de la primera instancia es favorable al recurrente y se halla impugnada en casación y, no obstante ello, se produce la satisfacción extraprocetal de la pretensión que aquél dedujo en la instancia mediante un acto que no pueda entenderse como de ejecución provisional de aquélla. Además, no se advierte motivo alguno que pueda fundar el interés de la parte recurrente en que, no obstante dicha satisfacción extraprocetal, sea resuelta su pretensión impugnatoria, por lo que, en estos casos, procede declarar terminado el recurso de casación por haber desaparecido su objeto.

4. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

A) Legitimación: no alcanza a los sujetos privados

El recurso de casación en interés de ley integra al anterior recurso de apelación extraordinario cuya finalidad es la fijación de la doctrina legal sin alterar las situaciones jurídicas derivadas de la sentencia objeto de impugnación. Con anterioridad a la Ley 10/1992, la legitimación correspondía al Abogado del Estado, habiendo introducido esta norma la legitimación de las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, aspecto este último de gran trascendencia y que fue resultado lógico de la línea jurisprudencial anterior a su redacción que venía entendiendo la legitimación en relación con el concepto de interés legítimo.

En este sentido, la **STS** de la Sala Tercera, Sección Séptima, **de 27 de marzo de 1997**, Ar. 3512, reitera la doctrina sentada, entre otras, en la anterior STS de 16 de enero de 1998, a tenor de la cual la legitimación para interponer el recurso de casación en interés de ley está reservada por imperativo legal al Abogado del Estado y a las entidades o corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y que tuviesen interés legítimo en el asunto, sin que, por tanto, se extienda a los sujetos privados, individuales o colectivos, cualquiera que sea la forma asociativa que adopten, como es el caso de los Sindicatos de trabajadores, ni las organizaciones empresariales, en cuanto que tan sólo contribuyen a la defensa y promoción de los intereses sociales y económicos de naturaleza privada que les son propios.

5. PROCEDIMIENTO DE LA LEY 62/1978, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

A) Interposición del recurso de casación en el proceso de la Ley 62/1978: subsanación de errores en el trámite de audiencia sobre la admisibilidad o en el recurso de súplica

En los procesos especiales de protección de los derechos fundamentales, la Sala viene exigiendo que en el escrito de interposición del recurso se ofrezca un mínimo razonamiento sobre los indicios que justifiquen la posible vulneración de un derecho fundamental, con la finalidad de que no se desvirtue la función específica que la Ley 62/1978 ha atribuido a la garantía contencioso-administrativa de aquellos derechos, pero al mismo tiempo admite la subsanación del defecto a través de las alegaciones que pueda hacer la parte actora, bien en el trámite de audiencia sobre admisibilidad del recurso acordado de oficio o bien en las que formule en el recurso de súplica que se interponga contra la providencia de admisión (ATS de la Sala Tercera, Sección Séptima, de 9 de febrero de 1998, Ar. 2752).

6. TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN: SOBRE SI LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO PUEDEN FORMAR PARTE DEL MISMO

La composición del Tribunal de Conflictos se establece en el artículo 38 de la LOPJ, al que se remite el artículo 1 de la LO 2/1978, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. Según este precepto, el Tribunal de Conflictos está constituido, en la presidencia, por el Presidente del Tribunal Supremo, así como por cinco vocales, dos Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y tres Consejeros Permanentes de Estado.

El voto particular formulado por D. Fernando de Mateo Lage a la STS de 19 de diciembre de 1997, Ar. 1033, entiende que no puede entenderse subsistente esta composición tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 5 ha introducido un Estatuto especial de los Magistrados del Tribunal Supremo, en virtud del cual éstos tienen un tratamiento distinto del atinente al resto de los miembros de la Carrera Judicial en cuanto al régimen de sus situaciones administrativas e incompatibilidades. En concreto, el apartado 6 del referido artículo introduce el nuevo artículo 348 bis de la LOPJ, a tenor del cual “se pasará de la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a la de Magistrado al desempeñar cualesquiera otras actividades públicas o privadas con las únicas excepciones que a continuación se señalan: 1. Vocal del Consejo General del Poder Judicial. 2. Magistrado del Tribunal Constitucional. 3. Miembros de Altos Tribunales de Justicia Internacionales”. Y en el número 7 del citado artículo 5 introduce el nuevo artículo 350 de la LOPJ, en el cual se establece que “los Magistrados del Tribunal Supremo sólo podrán desempeñar

fuera del mismo las funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial y de miembros de la Junta Electoral Central”.

Como consecuencia de ello, y toda vez que el Tribunal de Conflictos no se inserta en el ámbito organizativo del Tribunal Supremo, sino que su naturaleza es de órgano no judicial sino constitucional *ad hoc*, el voto particular entiende que un Magistrado del TS no puede formar parte del referido Tribunal.

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

PEDRO ESCRIBANO TESTAUT

Índice de materias de las crónicas de jurisprudencia

I. DERECHO COMUNITARIO

Cuestiones prejudiciales

– Sobre la interpretación del Derecho comunitario en materia de devolución de ingresos indebidos [STJCE de 15 de septiembre de 1998; crónica I.2]

Directivas

– Incumplimiento por los Estados de la obligación de adaptación en el plazo fijado del derecho interno a determinadas Directivas [SSTJCE de 18 de junio, 6, 15 y 22 de octubre de 1998; crónica I.3]

– Imposible alegación de circunstancias internas para justificar el incumplimiento de la obligación y plazos establecidos por una Directiva [SSTJCE de 16 de julio, 17 de septiembre y 15 de octubre de 1998; crónica I.4.B]

– Eventual prórroga del plazo de ejecución de una Directiva [STJCE de 1 de octubre de 1998; crónica I.3]

Interpretación

– Posibilidad de que un Estado invoque un plazo nacional distinto del régimen común de las acciones de repetición de lo indebido entre particulares, sometidas a un plazo más favorable [SSTJCE de 15 de septiembre y 22 de octubre de 1998; crónica I.2]

Principio de contradicción

– Naturaleza [STPI de 16 de julio de 1998; crónica I.4.C]

Principio de equivalencia

– Exigencia [STJCE de 27 de marzo de 1980; crónica I.2]

Recurso de anulación

– Naturaleza de los plazos procesales para recurrir [STPI de 16 de septiembre de 1998; crónica I.4.A]

– Apreciación de la legalidad de un acto comunitario en función de los elementos de hecho y de derecho existentes en la fecha en que el acto fue adoptado [STPI de 25 de junio de 1998; crónica I.4.A]

– Posible extensión del control jurisdiccional a los elementos de un Reglamento de la Comisión y a su correspondiente procedimiento [STPI de 15 de octubre de 1998; crónica I.4.A]

– Su inadmisibilidad puede, excepcionalmente, implicar la de un recurso de indemnización [STPI de 9 de junio de 1998; crónica I.4.A]

Recurso por incumplimiento

– Rasgos esenciales [STJCE de 1 de octubre de 1998; crónica I.4.B]

– Características y requisitos del dictamen motivado recogido en el artículo 169 TCE [STJCE de 29 de septiembre de 1998; crónica I.4.B]

Recurso por omisión

– La Comisión debe contar con un plazo razonable para examinar las observaciones del denunciante antes de definir su posición definitiva

sobre la denuncia [SSTPI de 15 y 16 de septiembre de 1998; crónica I.4.A]

Recurso por responsabilidad extracontractual

– Ratificación de la competencia de la Corte de Luxemburgo para verificar la concurrencia de sus requisitos [STJCE de 24 de septiembre de 1998; crónica I.4.C]

rialmente conflictos locales, en aplicación de Sentencias previas [STC 175/1998, de 23 de julio; crónica II.2.2.A]

Controversias competenciales en virtud de conflictos y recursos

– Demandas: deben ir acompañadas de la suficiente argumentación respecto de cada uno de los concretos preceptos impugnados [STC 118/1998, de 4 de junio; crónica II.2.3.A]

– Objeto del conflicto: reducción del mismo en virtud de la doctrina jurisprudencial sobrevenida y con independencia de las concretas normas discutidas [STC 118/1998, de 4 de junio; crónica II.2.3.B]

– Objeto del conflicto: el cambio normativo no supone la desaparición del conflicto si subsiste la controversia competencial [SSTC 147/1998, de 2 de julio, 148/1998, de 2 de julio, y 171/1998, de 23 de julio; crónica II.2.3.C]

– Objeto del conflicto: el conflicto debe ser real, fundado en una concreta invasión de competencias, y no virtual. No cabe pedir una declaración meramente interpretativa [STC 118/1998, de 4 de junio; crónica II.2.3.D]

– Canon, parámetro o bloque de la constitucionalidad: debe ser el vigente en el momento de formularse el juicio y de dictarse Sentencia. Modificaciones sobrevenidas a la demanda y a las alegaciones [STC 118/1998, de 4 de junio; crónica II.2.3.E]

Criterios de distribución de competencias

– La garantía institucional de las Provincias abarca su autonomía presupuestaria: las Comunidades Autónomas no pueden obligar a las Diputaciones

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

PROCESOS CONSTITUCIONALES

Recurso de amparo constitucional

– Principio de subsidiariedad, agotamiento de la vía judicial previa: recursos legalmente exigibles (art.44.1.a LOTC) [SSTC 82/1998, de 20 de abril, y 86/1998, de 21 de abril; crónica II.2.1.A]

– Principio de subsidiariedad, agotamiento de la vía judicial previa [art.44.1.a) LOTC]: consecuencias de la cosa juzgada por la compatibilidad entre recurso contencioso-administrativo ordinario y de protección de derechos fundamentales [STC 103/1998, de 18 de mayo; crónica II. 2.1.B]

– Extemporaneidad (art. 44.2 LOTC): Sentencias dictadas sin audiencia de una parte, solicitud de nulidad de actuaciones y de notificación de la misma, y audiencia al rebelde [STC 161/1998, de 14 de julio; crónica II.2.1.C]

Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

– Desaparición sobrevenida del objeto de unas cuestiones de inconstitucionalidad, que son mate-

Provinciales a canalizar todas sus inversiones a través de un Plan único [STC 109/1998, de 21 de mayo; crónica II.3.A]

– Bases: su naturaleza como normas interpuestas que integran el bloque de la constitucionalidad. Esta “inconstitucionalidad mediata o indirecta” obliga a revisar previamente su carácter básico [STC 109/1998, de 21 de mayo; crónica II.3.B]

– Bases: competencia básica estatal y otorgamiento de subvenciones. Debe dejarse un margen en la tramitación a las Comunidades Autónomas [STC 148/1998, de 2 de julio; crónica II.3.C]

– Bases: concepto formal. Colaboración entre Ley y Reglamento en la determinación de lo básico. Reproducción de Leyes básicas en Reglamentos de desarrollo [STC 118/1998, de 4 de junio; crónica II.3.D]

– Decretos de trasposos: no forman parte del bloque de la constitucionalidad [STC 118/1998, de 4 de junio; crónica II.3.E]

– Principio de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas [SSTC 118/1998, de 4 de junio y 149/1998, de 2 de julio; crónica II.3.F]

– Derecho Comunitario: no existe un título competencial específico en favor del Estado para su ejecución [STC 147/1998, de 2 de julio, y 148/1998, de 2 de julio; crónica II.3.G]

– Ley autonómica: invalidez de la declaración de la supletoriedad de normas estatales que sean directamente aplicables [STC 132/1998, de 18 de junio; crónica II.3.H]

– Ley autonómica: inconstitucionalidad de la norma que habilita al Estado [STC 149/1998, de 2 de julio; crónica II.3.I]

– Ley autonómica: la reproducción por la legislación autonómica de preceptos estatales es inconstitucional cuando las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa en la materia [STC 150/1998, de 2 de julio; crónica II.3.J]

– Competencias estatutarias, calificación jurídica de las competencias autonómicas en los Estatutos: necesidad de una interpretación sistemática conforme a la Constitución [STC 171/1998, de 23 de julio; crónica II.3.L]

– Reserva de Ley Orgánica y reglas de atribución de competencias [STC 173/1998, de 23 de julio; crónica II.3.M]

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

– Derecho a la vida y responsabilidad del Estado (Artículo 2). Por emplear medios desproporcionados para salvaguardar el orden público [Asunto Güleç contra Turquía, S. de 27 de julio de 1998, crónica III.2.B]

– Derecho a la vida y responsabilidad del Estado (Artículo 2). Por ausencia de investigación suficiente sobre los hechos [Asuntos Güleç contra Turquía, S. de 27 de julio de 1998, Ergi contra Turquía, S. de 28 de julio de 1998, y Yasa contra Turquía, S. de 2 de septiembre de 1998; crónica III.2.B]

– Derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes. Responsabilidad del Estado por maltrato de un menor por su padrastro (Artículo 3) [Asunto A contra el Reino Unido, S de 23 de septiembre de 1998; crónica III.2.C]

– Excesiva duración de la detención policial y derogación del artículo 5 del Convenio [Asunto

Demir y otros contra Turquía, de 23 de septiembre de 1998; crónica III.2.D]

– Derecho a un proceso equitativo. Condena disciplinaria en procedimiento secreto y por Tribunal no imparcial. (Artículo 6) [Asunto Gautrin y otros contra Francia, S. de 20 de mayo de 1998; crónica III.2.E]

– Secreto de las comunicaciones (Artículo 8). Condiciones que hacen posible su intervención judicial [Asunto Valenzuela Contreras contra España, S. de 30 de julio de 1998; crónica III.2.F]

– Secreto de las comunicaciones (Artículo 8). Control de la correspondencia con la Comisión europea (Artículo 25.1) [Asunto Petra contra Rumania, S. de 27 de septiembre de 1998; crónica III.2.F]

– Secreto de las comunicaciones (Artículo 8). Protección al no titular de la línea [Asunto Lambert contra Francia, S. de 24 de agosto de 1998; crónica III.2.F]

– Cambio de Sexo (Artículo 8). Inexistencia obligación para el Estado de reconocer jurídicamente la nueva identidad [Asunto Sheffield y Horsham contra el Reino Unido, S. de 30 de julio de 1998; crónica III.2.G]

– Libertad de expresión (Artículo 10). Críticas a la justicia realizadas por un abogado [Asunto Schöpfer contra Suiza, S. de 20 de mayo de 1998; crónica III.2.H]

– Libertad de expresión (Artículo 10). Condena penal por propaganda separatista [Asunto Incal contra Turquía, S. de 9 de junio de 1998; crónica III.2.H]

– Libertad de expresión (Artículo 10). Límites a las libertades políticas de altos funcionarios municipales [Asunto Ahmed y otros contra el

Reino Unido, S. de 2 de septiembre de 1998; crónica III.2.H]

– Libertad de expresión (Artículo 10). Condena penal por apología del colaboracionismo [Asunto Lehideux e Isorni contra Francia, S. de 23 de septiembre de 1998; crónica III.2.H]

– Libertad de asociación (Artículo 11). Negativa a inscribirlas [Asuntos Partido Socialista y otros contra Turquía, S. de 25 de mayo de 1998 y Sidiriapoulos y otros contra Grecia, S. de 10 de julio de 1998; crónica III.2.I]

– Agotamiento de los recursos internos. (Artículo 35). Condiciones en las que puede ser excepcionado [Asuntos Selçuk y Asker contra Turquía, S. de 24 de abril de 1998, Gündem contra Turquía, S. de 25 de mayo de 1998, Kurt contra Turquía, S. de 25 de mayo de 1998 y Tekin contra Turquía, S. de 9 de junio de 1998; crónica III.2.J]

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO

Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (Artículo 18.1)

– Derecho a la intimidad y datos tributarios [STS de 16 de abril de 1998; crónica III.4.B]

– Derecho a la intimidad y vigilancia en lugares públicos [STS de 12 de mayo de 1998; crónica III.4.B]

Libertad de expresión e información (Artículo 20)

– Libertad de expresión y relaciones especiales de sujeción [STS de 3 de abril de 1998; crónica III.4.C]

– Igualdad en los medios informativos en el acceso a las subvenciones [STS de 8 de abril de 1998; crónica III.4.C]

Criterios para la resolución de los conflictos entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen

– Veracidad y deber de contrastar [STC 144/1998, de 30 de junio; crónica III.3.C]

– La veracidad no exige comprobación documental [STS de 28 de mayo de 1998; crónica III.4.D]

– La reproducción de sentencias es información veraz [STS de 13 de junio de 1998; crónica III.4.D]

– El léxico de mal estilo no siempre atenta al honor [STS de 6 de junio de 1998; crónica III.4.D]

Derecho de reunión y manifestación (Artículo 21)

– Naturaleza del plazo para la autorización administrativa [STS de 6 de abril de 1998; crónica III.4.E]

Derecho al ejercicio de los cargos públicos (Artículo 23)

– Proporcionalidad de las Comisiones [STC 93/1998, de 4 de mayo; crónica III.3.D]

– Acceso a la documentación miembro corporación local [STS de 6 de mayo de 1998; crónica III.4.F]

Tutela Judicial efectiva (Artículo 24.1)

– Exigencia de modulaciones [STC 113/1998, de 1 de febrero, STC 122/1998, de 15 de junio, STC 161/1998, de 14 de julio; crónica III.B]

– Acceso a los recursos. Inadmisión por no presentación de sentencias de contraste [STC 162/1998, de 14 de julio; crónica III.3.B]

– Principio de contradicción. Eficacia [STC 95/1998, de 4 de mayo; crónica III.3.B]

– Incongruencia omisiva [STC 82/1998, de 20 de abril; crónica III.3.B]

– *Reformatio in peius* [STC 103/1998, de 18 de mayo; crónica III.3.B]

– Sanción colegial por infracción en el seno de un proceso [STS de 21 de abril de 1998; crónica III.4.G]

Garantías constitucionales en el proceso (artículo 24.2)

– Expediente sancionador y presunción de inocencia [STS de 5 de mayo de 1998; crónica III.4.G]

Derecho a la educación (Artículo 25)

– Religión y asignaturas alternativas [STS de 1 de abril de 1998; crónica III.3.H]

Derecho de huelga (artículo 28.2)

– Competencia para la determinación de servicios mínimos [STS de 4 de mayo de 1998; crónica III.4.I]

Libertad sindical (Artículo 28)

– Discriminación en la promoción profesional [STC 87/1998, de 20 de abril; crónica III.3.E]

IV. FUENTES DEL DERECHO

Acción de nulidad

- Régimen jurídico [STS de 26 de febrero de 1998; crónica IV.6.J]

Bloque de la constitucionalidad

- Lo integra el Estatuto de Autonomía vigente en el momento de dictar Sentencia [STC 110/1998 de 21 de mayo; crónica IV.4.A]

Concepto de Reglamento

- Las Circulares no son Reglamentos [STS de 24 de abril de 1998; crónica IV.9.A]
- Los Reglamentos constituyen manifestación de la función política del Gobierno [STS de 16 de enero de 1998; crónica IV.6.I]
- Potestad reglamentaria de la Administración [SSTS de 18 y 27 de marzo de 1998; crónica IV.6.A y C]

Declaración de inconstitucionalidad de una Ley

- Posibilidad de diferir sus efectos [STC 195/1998, de 1 de octubre; crónica IV.5.C]

Declaración de nulidad de un Reglamento

- Efectos sobre los actos [STS de 7 de febrero de 1998; crónica IV.6.I]

Eficacia

- De los Tratados Internacionales [STS de 10 de marzo de 1998; crónica IV.3.A]

Función del legislador

- No se admite la interpretación genérica del marco constitucional y estatutario [SSTC 132/1998, de 19 de junio y 149/1998, de 2 de julio; crónica IV.5.A]
- Es inconstitucional la normativa autonómica que reproduce la legislación estatal [SSTC 150/1998, de 2 de julio y 193/1998, de 1 de octubre; crónica IV.5.A]

Legitimación para impugnar un Reglamento

- De las entidades locales menores [STS de 14 de mayo de 1998; crónica IV.6.I]

Principio de igualdad

- No puede ser alegado en un marco ilegal [STS de 27 de febrero de 1998; crónica IV.6.D]

Principio de inderogabilidad singular

- Concepto [STS de 9 de enero de 1998; crónica IV.6.F]

Principio de jerarquía normativa

- Concepto [SSTS de 9 y 14 de enero de 1998 y 12 de febrero de 1998; crónica IV.6.E]

Principio de legalidad

- La omisión en la regulación reglamentaria de una obligación legal supone la infracción de este principio [STS de 23 de enero de 1998; crónica IV.6.D]

Principio de non bis in idem

- Se admite su concurrencia en el marco de las relaciones especiales de sujeción [STS de 12 de junio de 1998; crónica IV.7.B]

Principio de proporcionalidad

– Es aplicable en el ámbito del Derecho autonómico [STS de 25 de mayo de 1998; crónica IV.7.A]

Reglamento independiente

– Ámbito doméstico [SSTS de 15 de abril y 17 de febrero de 1998; crónica IV.6.B, C y G.a]

Reglamentos municipales

– Quedan fuera del ámbito del principio *iura novit curia* [STS de 5 de febrero de 1998; crónica IV.8.A]

Reserva de Ley

– En materia penal [STS de 23 de enero de 1998; crónica IV.5.B]

– En materia sancionadora [STS de 25 de febrero de 1998; crónica IV.5.B]

Retroactividad

– No procede la aplicación retroactiva de las normas de procedimiento [STS de 4 de marzo de 1998; crónica IV.6.H]

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

ACTOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Acto administrativo

– Distinción con disposiciones generales [SSTS de 16 de febrero, 19 de junio, 9 de marzo y 8 de mayo de 1998; crónica V.2.A]

Audiencia

– Indefensión material [SSTS de 25, 6 de mayo y 12 de marzo de 1998; crónica V.7.C]

Apercibimiento previo

– Dirigido a persona distinta de la obligada por la resolución [SSTS de 9 de junio y 25 de mayo de 1998; crónica V.6.E]

Declaración de lesividad

– No es necesaria cuando el Estado impugne actos de una Corporación local [STS de 6 de febrero de 1998; crónica V.8.A]

Denuncia

– No constriñe las facultades de comprobación de la Administración, por lo que no vincula a la resolución que se adopte [STS de 26 de mayo de 1998; crónica V.4.B]

– Goza de la presunción de validez y legalidad, si bien puede quedar desvirtuada por prueba en contrario o por la propia naturaleza o circunstancias de los hechos denunciados [STS de 30 de abril de 1998; crónica V.4.C]

Desviación de poder

– Debe aparecer objetivada por la prueba [SSTS de 30 de abril, de 30 y 10 de marzo y de 6 de febrero de 1998; crónica V.7.B]

Discrecionalidad

– Licencia administrativa tiene naturaleza reglada [STS de 16 de marzo de 1998; crónica V.3.A]

– No significa exención del control judicial [SSTS de 8 de mayo, de 10 de marzo, y de 6 y 20 de febrero de 1998; crónica V.3.B]

– De las subvenciones sólo en su establecimiento [STS de 8 de abril de 1998; crónica V.3.C]

Legitimación en vía administrativa

- La transmisión voluntaria de la posición jurídica de legitimado no obliga a la Administración a reiniciar la tramitación del procedimiento [SSTS de 8 y 29 de junio de 1998; crónica V.4.A]
- Con carácter general el denunciante no tiene la consideración de legitimado, por lo que no puede pedir la práctica de pruebas [STS de 7 de mayo de 1998 y ATS de 12 de mayo de 1998; crónica V.4.B]
- El denunciante sólo tendrá la consideración de legitimado si la imposición de una sanción al sujeto imputado produce un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o elimina una carga o gravamen en esa esfera [SSTS de 17, 18 y 20 de febrero y 3 de junio de 1998; crónica V.4.B]

Motivación

- Se entiende cumplida cuando se aceptan informes, dictámenes o memorias [SSTS de 13 de febrero, de 9 de marzo y de 11 de mayo de 1998; crónica V.5.A]
- Se endurece en la determinación de servicios mínimos en caso de huelga [SSTS de 11, 3 y 6 de junio de 1998; crónica V.5.B]

Multa coercitiva

- Exigencia de norma de rango legal para su imposición [STS de 26 de junio de 1998; crónica V.6.F]

Notificación

- Carácter instrumental para permitir el ejercicio del derecho de defensa [SSTS de 3 de marzo, 30 de abril, 13 de mayo y 6 de junio de 1998; crónica V.6.B]
- No es necesario para que la notificación sea eficaz que indique los recursos especiales que cabe interponer frente a la resolución [STS de 6 de mayo de 1998; crónica V.6.C]

- Requisitos de las notificaciones efectuadas a través del servicio de correos [STS de 19 de mayo de 1998; crónica V.6.D]

Nulidad de pleno derecho

- Carácter excepcional [STS de 5 de marzo de 1998; crónica V.7.A]

Presunción de legalidad

- No altera la carga de la prueba [STS de 4 de mayo de 1998; crónica V.6.A]

Procedimiento administrativo

- La paralización de un procedimiento por causa exclusivamente imputable a la Administración no puede repercutir negativamente en otro procedimiento distinto [STS de 8 de mayo de 1998; crónica V.4.D]
- Cómputo de los plazos para entender caducado un procedimiento sancionador [STS de 8 de abril de 1998; crónica V.4.G]
- La falta de notificación de la propuesta de resolución en los procedimientos sancionadores determina una vulneración del derecho constitucional de defensa [SSTS de 7 y 27 de abril y de 12 de mayo de 1998; crónica V.4.E]
- Congruencia de la resolución con la solicitud formulada en los procedimientos iniciados a instancia de sujeto interesado [STS de 27 de abril de 1998; crónica V.4.F]

Silencio administrativo

- Ante una desestimación por silencio el plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa se computa como si se tratara de una notificación defectuosa [STS de 19 de junio de 1998; crónica V.4.H]
- No pueden adquirirse por silencio derechos cuando se incumplen los requisitos o las condi-

ciones establecidas por la legislación aplicable [SSTS de 12 y 7 de mayo de 1998; crónica V.4.I]

– Adquirido un derecho por silencio positivo, la Administración no puede posteriormente dictar una resolución expresa de signo contrario, pues ello supondría una revocación al margen del procedimiento establecido [STS de 18 de febrero de 1998; crónica V.4.I]

– La certificación de acto presunto debe ser emitida por el órgano competente para resolver expresamente [STS de 5 de marzo de 1998; crónica V.4.J]

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Capacidad de los contratistas

– Nulidad del concurso por incumplimiento de las condiciones del Pliego [STS de 23 de febrero de 1998, crónica V.3.A]

Concurso

– Adjudicación a oferta irregular: retroacción de actuaciones [STS de 30 de marzo de 1998; crónica V.4.B]

– Nulidad por incumplimiento de las condiciones del Pliego [STS de 23 de febrero de 1998; crónica V.3.A]

Contrato de consultoría y asistencia técnica

– Discrecionalidad técnica para la elección del “Delegado del Consultor” [STS de 7 de febrero de 1998; crónica V.6.C]

Contrato de obras

– Inembargabilidad de certificaciones no exime de la obediencia al Juez que decreta el embargo [STS de 17 de junio de 1998; crónica V.6.A]

– Plan de Seguridad e Higiene: abono independiente del proyecto de ejecución [STS de 15 de junio de 1998; crónica V.6.A]

– Nulidad de contrato y aplicación de principios generales del Derecho [STS de 8 de abril de 1998; crónica V.6.A]

– Recepción provisional tácita por la inauguración del edificio [STS de 30 de marzo de 1998; crónica V.6.A]

Contrato de servicios públicos

– Competencia municipal sobre tarifas en el marco de la autonómica sobre política de precios [SSTS de 6 de febrero y 4 de marzo de 1998; crónica V.6.B]

Equilibrio financiero

– Concepto [STS de 21 de febrero de 1998; crónica V.5.B.c]

– Indemnización por ejercicio de la facultad de modificación [STS de 11 de febrero de 1998; crónica V.5.B.a]

– Indemnizaciones de daños y perjuicios a terceros por cuenta de la Administración [STS de 7 de marzo de 1998; crónica V.5.B.b]

– Revisión de precios [SSTS de 6 de julio, 19 de enero, 12 de febrero, 18 de mayo y 21 de febrero de 1998; crónica V.5.B.c]

Extinción

– Invalidez [STS de 27 de abril de 1998; crónica V.5.D.a]

– Mutuo acuerdo [STS de 2 de abril de 1998; crónica V.5.D.b.c]

Garantías de los Contratos

– Indemnización por mantenimiento del aval por tiempo superior al exigible [STS de 2 de marzo de 1998; crónica V.5.C.a]

crónicas de jurisprudencia

Indemnización

- Ver “Equilibrio Financiero”
- Por demora de la Administración: compensación integral [STS de 2 de marzo de 1998; crónica V.5.C.a]

Intereses de demora

- El derecho a exigirlos se atribuye *ex lege* y la intimación es sólo un requisito formal [SSTS de 10 y 23 de marzo y 30 de mayo de 1998; crónica V.5.C.b]
- El *dies a quo* es la fecha de expedición de las certificaciones [SSTS de 17 y 19 de febrero y 18 de abril de 1998; crónica V.5.C.b]
- Tipo de interés ha de ser el mismo para todo el territorio nacional [STS de 28 de abril de 1998; crónica V.5.C.b]
- Período de cómputo: prevalencia del pliego o de la regulación legal [SSTS de 19 de febrero, 27 de abril y 30 de mayo de 1998; crónica V.5.C.b]

Pliegos de condiciones

- Prevalencia sobre la normativa legal [STS de 30 de mayo de 1998 y otras; crónica V.2.A]

Precio

- Improcedencia de descontar el impuesto en operaciones exentas [SSTS de 27 de enero, 12 y 17 de febrero de 1998; crónica V.3.B]

Prerrogativas de la Administración

- Facultad de modificación [STS de 7 de julio de 1998; crónica V.5.A.a]

Procedimiento de contratación

- Informe previo verbal: validez [STS de 25 de febrero de 1998; crónica V.4.A]

Reintegro de cantidades

- Actos administrativos que lo exijan no pueden basarse en negocios jurídico-privados [STS de 9 de febrero de 1998; crónica V.2.B]

Resolución

- Por incumplimiento del contratista [SSTS de 19 de mayo, 23 de marzo, 2 de abril, 24 y 18 de febrero de 1998; crónica V.5.D.b.a']

Revocación

- Nulidad del desistimiento unilateral de la Administración [STS de 13 de mayo de 1998; crónica V.5.D.b.b']

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Autonomía local

- Autonomía provincial. No resulta vulnerada por el Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña, siempre que no tenga un carácter integrador de toda forma de cooperación económica en obras y servicios de los municipios [STC 109/1998, de 19 de junio; crónica VI.2.A.a]

- Legitimación de las entidades locales menores para impugnar disposiciones generales por vulnerar su autonomía [STS de 14 de mayo de 1998; crónica VI.2.A.b]

Áreas Metropolitanas

- No es legalmente exigible crear una sola entidad metropolitana para la misma área [STS de 29 de mayo de 1998; crónica VI.2.B]

Colegios Profesionales

– Colegiación. No puede denegarse a quien tiene título convalidado [STS de 26 de marzo de 1998; crónica VI.4.B]

Cooperación entre provincias y municipios

– Límites a los Planes Provinciales de Obras y Servicios [STS de 3 de abril de 1998; crónica VI.2.F]

Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

– Derecho de información de los miembros de la Corporación [STS de 6 de mayo de 1998; crónica VI.2.D]

Impugnación de acuerdos

– El requerimiento previo a la Administración local no es preceptivo para la impugnación de acuerdos que vulneran el ordenamiento jurídico [STS de 3 de abril de 1998; crónica VI.2.E.a]

– El plazo previsto para el ejercicio de la acción pública en materia urbanística no constituye una excepción al ámbito de aplicación de los plazos de impugnación previstos en el art.65 de la LBRL [STS de 5 de mayo de 1998; crónica VI.2.E.b]

Organización municipal

– Convocatoria urgente del Pleno. Vinculación de los Reglamentos Orgánicos municipales a la legislación básica del Estado [STS de 20 de mayo de 1998; crónica VI.2.C.a]

– Uso de grabadora en sesiones plenarias. Forma parte de la potestad de policía interna de la autoridad municipal [STS de 28 de junio de 1998; crónica VI.2.C.b]

Titulaciones

– Homologación de título de odontólogo. Requisitos [STS de 19 de junio de 1998; crónica VI.4.A]

Universidades

– Autonomía universitaria. No resulta vulnerada por las potestades de la Administración del Estado y de las Comunidades [STS de 13 de mayo de 1998; crónica VI.3.A]

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Agentes de la autoridad

– Valor de sus actas o denuncias [SSTS de 4 y 25 de febrero de 1998, STSJ de Aragón de 11 de febrero de 1998, STSJ Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 1998; crónica VII.6.C]

Analogía

– Vulnera el principio de tipicidad en las infracciones [STS de 27 de enero de 1998; crónica VII.2.C]

Circular del Banco de España

– Puede respetar la reserva de ley en ciertas relaciones de sujeción especial [STS de 11 de marzo de 1998; crónica VII.2.A]

Clausura de establecimiento

– Adopción como medida de policía [STS de 2 de febrero de 1998; crónica VII.1.A]

Competencia para sancionar

– Límites a la desconcentración [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 de febrero de 1998; crónica VII.9]

– Prohibición de delegación [STSJ de Cataluña de 12 de enero de 1998; crónica VII.9]

Conceptos jurídicos indeterminados

– Pueden utilizarse en la definición de las infracciones administrativas [STS de 25 de febrero de 1998 y STSJ de Andalucía/Sevilla de 11 de marzo de 1998; crónica VII.2.B]

Culpabilidad

– No falta en el supuesto de la contratación con otro sujeto de las actividades encaminadas a cumplir con ciertos deberes públicos [STS de 17 de febrero de 1998 y resolución del TEAC de 29 de enero de 1998; crónica VII.3.A]

– Amplitud de la diligencia y previsión exigidas [STS de 4 de febrero de 1998 y STSJ de Asturias de 13 de febrero de 1998; crónica VII.3.A]

– Error como causa exculpante [STS de 11 de febrero de 1998, STSJ Castilla y León/Valladolid de 6 de marzo de 1998 y STSJ Baleares de 23 de abril de 1998; crónica VII.3.B]

– Vulneración en previsión de responsabilidad solidaria por norma reglamentaria sin previsión legal [STS de 23 de marzo de 1998; crónica VII.4.B]

– Compatible con responsabilidad subsidiaria por actos de los empleados [STS de 21 de abril de 1998; crónica VII.4.C]

Discrecionalidad administrativa

– Admisible en el establecimiento normativo de la correspondencia entre los ilícitos y las sanciones [STS de 28 de abril de 1998; crónica VII.2.C]

Dominio público

– La reparación de los daños causados no son sanciones administrativas [SSTS de 27 y 30 de abril y de 9 de marzo de 1998; crónica VII.1.C]

Ejecutividad de las sanciones administrativas

– Vulnera el principio de presunción de inocencia [STSJ Comunidad Valenciana de 11 de febrero de 1998; crónica VII.6.A]

– No vulnera el principio de presunción de inocencia [STS de 13 de febrero de 1998 y STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 5 de marzo de 1998; crónica VII.6.A]

Error de derecho

– Causa exculpante [STS de 11 de febrero de 1998, STSJ Castilla y León/Valladolid de 6 de marzo de 1998 y STSJ Baleares de 23 de abril de 1998; crónica VII.3.B]

Intereses de demora

– No son sanciones administrativas [STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 1998; crónica VII.1.B]

Medidas de policía

– Distinción de las sanciones [STS de 2 de febrero de 1998; crónica VII.1.A]

Motivación

– De la denegación de práctica de prueba solicitada [STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1998, SSTSJ de Baleares de 26 y 27 de marzo de 1998; crónica VII.6.G]

– De la cuantía de la sanción en el caso concreto [STSJ de Murcia de 7 de abril de 1998; crónica VII.8]

Non bis in idem

– Violación si el mismo hecho se integra en el tipo y en las circunstancias de agravación [STSJ de Galicia de 27 de febrero de 1998; crónica VII.5.C]

– No exigible en caso de no haber identidad en los hechos. Aplicación estricta de la identidad [STS de 17 de febrero de 1998; crónica VII.5.A]

– En relaciones de sujeción especial [STS de 13 de enero de 1998; crónica VII.5.B]

Normas preconstitucionales

– Exigencia de tipicidad [SSTS de 27 de enero y de 28 de abril de 1998; crónica VII.2.C]

Ordenanza Municipal

– No puede ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador [STSJ de Canarias/Las Palmas de 16 de marzo de 1998; crónica VII.2.A]

Prescripción de las infracciones y sanciones

– El plazo puede ser establecido por una norma reglamentaria [STS de 27 de marzo de 1998; crónica VII.10.A]

– Una vez resuelto el expediente sancionador no procede la prescripción de la infracción [STSJ de Madrid de 31 de marzo de 1998; crónica VII.10.B]

– La tardanza en la resolución de un recurso administrativo contra la sanción puede originar la prescripción de la sanción [STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1998 y STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1998; crónica VII.10.B]

Presunción de inocencia

– Entra en colisión con la ejecutividad de las sanciones no firmes [STSJ Comunidad Valenciana de 11 de febrero de 1998; crónica VII.6.A]

– No entra en colisión con la ejecutividad de las sanciones no firmes [STS de 13 de febrero de 1998 y STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 5 de marzo de 1998; crónica VII.6.A]

– Exige una actividad probatoria suficiente [STS de 27 de abril de 1998; crónica VII.6.B]

– Debe destruirse con carácter previo a la imposición de la sanción [STSJ de Baleares de 27 de marzo de 1998; crónica VII.6.B]

Principio de personalidad de las sanciones

– Formulación general [STS de 27 de marzo de 1998; crónica VII.4.A]

– Vulneración en sanción impuesta al padre por conducta del hijo menor [STSJ de Cantabria de 24 de abril de 1998; crónica VII.4.A]

– Vulneración en responsabilidad solidaria establecida por norma reglamentaria sin previsión legal [STS de 23 de marzo de 1998; crónica VII.4.B]

Principio de proporcionalidad

– En la determinación de la sanción procedente en cada caso [SSTS de 6 y 16 de febrero de 1998; crónica VII.8]

Propuesta de resolución

– Admisión de que se imponga una sanción distinta de la contenida en la propuesta de resolución [SSTS de 11 de febrero, de 3 de marzo y de 8 y 23 de abril de 1998; crónica VII.7.C]

– Necesidad de notificación [SSTS de 23 de enero, 2, 3, 9 y 30 de marzo y 7 y 27 de abril de 1998, STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 6 de febrero de 1998, STSJ Madrid de 2 de febrero de 1998 y STSJ Canarias/Las Palmas de 11 de marzo de 1998; crónica VII.7.A]

– Excepción a la necesidad de notificación [STS de 7 de abril de 1998 y dos SSTS de 16 de marzo de 1998; crónica VII.7.B]

Prueba

– Admisión de la prueba indiciaria [SSTS de 23 de enero, 25 de febrero y 31 de marzo de 1998; crónica VII.6.E]

– Corresponde a la Administración la carga de la prueba [STS de 4 de mayo de 1998; crónica VII.6.B]

– La denegación de práctica de prueba ha de motivarse expresamente [STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 1998, SSTSJ de Baleares de 26 y 27 de marzo de 1998; crónica VII.6.G]

– Corresponde al órgano instructor dicha motivación [SSTSJ de Baleares de 26 y 27 de marzo de 1998; crónica VII.6.G]

– La actividad probatoria ha de ser suficiente [STS de 27 de abril de 1998; crónica VII.6.B]

– No es admisible la incorporación de pruebas al expediente con posterioridad a la imposición de la sanción [STSJ de Baleares de 27 de marzo de 1998; crónica VII.6.B]

– Valor probatorio de las actas o denuncias de quienes no tienen la condición de autoridad [SSTS de 4 y 25 de febrero de 1998, STSJ de Aragón de 11 de febrero de 1998, STSJ Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 1998 y STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de marzo de 1998; crónica VII.6.C]

– Valor de la información reservada [STC 56/1998, de 16 de marzo; crónica VII.6.D]

– Valor de una prueba testifical a la que no se convocó al expedientado [STC 56/1998, de 16 de marzo; crónica VII.6.F]

– No son sanciones administrativas [STSJ de Canarias/Las Palmas de 25 de febrero de 1998; crónica VII.1.B]

Recursos administrativos

– La tardanza en su resolución puede originar la prescripción de la sanción recurrida [STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1998 y STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1998; crónica VII.10.B]

Relación de sujeción especial

– Relajación de la reserva de ley [STS de 11 de marzo de 1998; crónica VII.2.A]

– Admisión de concurrencia de sanciones por unos mismos hechos [STS de 13 de enero de 1998; crónica VII.5.B]

Reserva de ley

– El plazo de prescripción puede ser establecido por una norma de rango reglamentario [STS de 27 de marzo de 1998; crónica VII.10.A]

– La integración de una ley sancionadora en blanco por una Circular del Banco de España es válida en las relaciones de sujeción especial [STS de 11 de marzo de 1998; crónica VII.2.A]

– Una Ordenanza municipal no puede ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador [STSJ de Canarias/Las Palmas de 16 de marzo de 1998; crónica VII.2.A]

– Vulnerado por un reglamento que impone la responsabilidad solidaria sin preverlo la ley habilitante [STS de 23 de marzo de 1998; crónica VII.4.B]

Recargos tributarios

Sanción administrativa

– Aplicación del principio de proporcionalidad a su fijación [SSTS de 6 y 16 de febrero de 1998; crónica VII.8]

– Distinción de las indemnizaciones o de las medidas de reposición de las cosas a su estado anterior [SSTS de 27 de abril, de 30 de abril y de 9 de marzo de 1998; crónica VII.1.C]

– Distinción de las medidas de policía [STS de 2 de febrero de 1998; crónica VII.1.A]

– Distinción de los recargos tributarios [STSJ de Canarias/Las Palmas de 25 de febrero de 1998; crónica VII.1.B]

– Distinción de los intereses de demora [STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 1998; crónica VII.1.B]

– Necesidad de motivación de la cuantía en el caso concreto [STSJ de Murcia de 7 de abril de 1998; crónica VII.8]

– Principio de personalidad de las sanciones [STS de 27 de marzo de 1998 y STSJ de Cantabria de 24 de abril de 1998; crónica VII.4.A]

– Carácter reglado de la fijación de la procedente en cada caso [STS de 16 de febrero de 1998 y STSJ de Andalucía/Granada de 2 de febrero de 1998; crónica VII.8]

Sujetos responsables de las sanciones

– Principio de personalidad de las sanciones [STS de 27 de marzo de 1998 y STSJ de Cantabria de 24 de abril de 1998; crónica VII.4.A]

– Inadmisión de la responsabilidad solidaria prevista en un reglamento sin habilitación legal [STS de 23 de marzo de 1998; crónica VII.4.B]

– Admisión de la responsabilidad subsidiaria por actos de empleados [STS de 21 de abril de 1998; crónica VII.4.C]

Tipicidad

– Es compatible con la existencia de normas sancionadoras relativamente imprecisas o con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados [SSTS de 16 y 25 de febrero de 1998 y STSJ de Andalucía/Sevilla de 11 de marzo de 1998; crónica VII.2.B]

– Es exigible a las normas preconstitucionales [STS de 27 de enero y de 28 de abril de 1998; crónica VII.2.C]

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Alcance de la garantía patrimonial

– Privación de accesos por construcción de carreteras: no indemnizabilidad a efectos expropiatorios. Procedencia de reclamación patrimonial: ponderación del requisito de la antijuridicidad del daño [SSTS de 14 y 17 de abril de 1998; crónica VIII.2.A]

Causa expropriandi

– Declaración de utilidad pública: naturaleza discrecional. Impugnación por desviación de poder [STS de 31 de marzo de 1998; crónica VIII.3.A]

Determinación del justiprecio

– Determinación del justiprecio en arrendamiento de locales de negocio: criterios jurisprudenciales para su valoración [STS de 2 de abril de 1998; crónica VIII.5.B]

– Determinación del justiprecio en finca rústica con subsuelo susceptible de explotación minera: criterios de valoración de los yacimientos [STS de 7 de abril de 1998; crónica VIII.5.C]

– Indemnización de los perjuicios causados por la construcción de autopistas: análisis de los supuestos legales de excepción del derecho de resarcimiento por la imposición de servidumbres [STS

crónicas de jurisprudencia

de 20 de marzo de 1998; crónica VIII.5.A]

Garantías formales

– Retasación: modo de realizarla: no cabe en incidente de ejecución de sentencias mediante la simple retasación interna de los bienes adecuando su valoración al índice general de precios [ATS de 23 de febrero de 1998; crónica VIII.7.A]

Garantías jurisdiccionales

– Inconstitucionalidad de la limitación del recurso contencioso-administrativo contra el justiprecio en el supuesto del art. 126.2 de la LEF [STS de 31 de marzo de 1998; crónica VIII. 9.A]

Garantías sustanciales

– Derecho de reversión: revocabilidad por incumplimiento de la condición resolutoria consistente en la devolución del justiprecio por el reversionista [STS de 10 de marzo de 1998; crónica VIII.8.A]

– Derecho de reversión: no procede en supuestos de compraventa que no tenga la consideración de mutua avenencia de conformidad con el art. 24 de la LEF [STS de 10 de marzo de 1998; crónica VIII.8.B]

– Derecho de reversión: requisito de notificación personal en los supuestos de inejecución de la obra que motivó la expropiación: rigor formal en su interpretación [STS de 31 de marzo de 1998; crónica VIII.8.C]

– Derecho de reversión: la afectación genérica de los terrenos en expropiaciones urbanísticas no es dato determinante de la no afectación del bien [STS de 20 de febrero de 1998; crónica VIII.8.D]

Procedimiento expropiatorio

– Competencia sobre el procedimiento expropiatorio cuando media transferencia de la competencia sustantiva a una Comunidad Autónoma: la titu-

laridad de la competencia material arrastra la competencia adjetiva sobre la tramitación del procedimiento expropiatorio iniciado por el Estado y el deber de proseguirlo [STS de 2 de marzo de 1998; crónica VIII.4.A]

– Designación del vocal técnico: su cualificación profesional está en función de cuál sea el destino prevalente o principal de los terrenos [STS de 17 de marzo de 1998; crónica VIII.4.B]

Pago del justiprecio

– Denegación administrativa del abono de la cantidad concurrente mediando litigio sobre el justiprecio: carácter recurrible por ser un acto materialmente decisorio, aunque de trámite. Necesidad de aprobación administrativa de la conformidad con parte del justiprecio litigado [STS de 17 de marzo de 1998; crónica VIII.6.A]

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo

– Obligación de soportar el daño. Relación entre prohibición reglamentaria de comercialización y previa omisión del deber de control de la salubridad de un producto por parte de las empresas afectadas: obligación de soportar el daño derivado de la retirada del mercado de unidades de plasma no sometidas a las pruebas de detección del virus del SIDA [STS de 11 de marzo de 1998; crónica IX.4.B]

– Relación entre la existencia de una potestad discrecional y el requisito de la antijuridicidad. Exención de responsabilidad en los casos de ejercicio razonable de la potestad discrecional [STS de 10 de marzo de 1998; crónica IX.4.A]

Carácter objetivo del sistema de responsabilidad

y relación de causalidad

– Daños originados por vertidos de particulares a las aguas y competencias de policía administrativa: ausencia de causalidad de una supuesta omisión de la actividad de control [SSTS de 7 de febrero y de 6 marzo de 1998; crónica IX.3.A]

– Fuerza mayor. Rotura de una arteria del Canal de Isabel II. Consideración de la fuerza mayor como concausa cuya concurrencia puede llevar a moderar la indemnización [STS de 25 de febrero de 1998; crónica IX.3.C]

– Responsabilidad objetiva e indemnización de las cargas especiales en aras del interés general derivadas de la actividad normal del Gobierno en el ámbito de las relaciones internacionales. Convenio con Marruecos para finiquitar las indemnizaciones debidas por expropiación legislativa. Ausencia de causalidad cuando no afecta a las posibilidades de recurso interno y no pudo obtenerse una cantidad mayor en el proceso negociador [STS de 17 de febrero de 1998; crónica IX.3.B]

Daño

– Compatibilidad de las pensiones extraordinarias y las prestaciones asistenciales y con la indemnización por responsabilidad administrativa [SSTS de 27 de marzo y de 17 de abril de 1998; crónica IX.5.A]

– Singularidad del daño y responsabilidad por actos reglamentarios. Nueva normativa en materia de Máquinas Recreativas y de Azar. Ausencia de singularidad [STS de 29 de enero de 1998; crónica IX.5.B]

Imputabilidad subjetiva

– Daños producidos por la actividad de concesionarios y responsabilidad administrativa. Rotura de una arteria del Canal de Isabel II [STS de 25 de febrero de 1998; crónica IX.2]

Principio de unidad jurisdiccional

– Vía de reclamación administrativa aún en los supuestos en que el contratista es codemandado, cuando existe una unidad de causa [SSTConflictos de 23 de octubre y de 17 de diciembre de 1997; crónica IX.6]

Responsabilidad del Estado legislador

– Leyes autonómicas de protección de áreas naturales con efectos prohibitorios de urbanización. Indemnizabilidad de los gastos efectivamente realizados en el proceso de urbanización y no de las meras expectativas [SSTS de 17 de febrero y de 6 de marzo de 1998; crónica IX.7.A]

– Acogimiento voluntario al régimen previsto por una Ley. No indemnizabilidad de los perjuicios que del mismo pudieran derivar. Mutualidades de Funcionarios de la Administración de Justicia [STS de 2 de abril de 1998; crónica IX.7.B]

Responsabilidad del Poder Judicial

– Error judicial y absolución penal habiendo mediado prisión preventiva: supuestos que generan derecho a indemnización [ATS de 30 de enero de 1998; crónica IX.8.A]

– Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Necesidad de que el retraso sea imputable al órgano judicial [STS de 16 de febrero de 1998; crónica IX.8.B]

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Mérito y capacidad en el acceso a la función pública

– No cabe atender a criterios distintos del mérito y la capacidad en la selección del personal no permanente [STSJ de Asturias de 21 de abril de 1998; crónica X.2]

Movilidad

– La reserva de puestos de trabajo a Cuerpos de funcionarios específicos de las Comunidades Autónomas no es contraria al art. 23.2 CE [STC 156/1998, de 13 de julio; crónica X.3.A]

Discrecionalidad técnica de los órganos de valoración

– El control de los “aledaños” de la decisión técnica cobra especial importancia en los supuestos de ausencia de criterios objetivos en la valoración de los méritos [STS de 2 de marzo de 1998; crónica X.3.B.a]

– Límites. Valoraciones de los mismos méritos realizadas en ocasiones anteriores. No es posible dejar de valorar la existencia de los requisitos generales y específicos exigidos para el desempeño de un puesto de trabajo [SAN de 5 de marzo de 1998; crónica X.3.B.b]

Retribuciones

– Complemento de productividad. Constituye un concepto que la Administración puede utilizar para retribuir la prestación de una jornada de trabajo superior a la ordinaria [STS de 30 de enero de 1998; crónica X.4.A]

– Trienios del personal militar. En ocasiones su

abono se realiza atendiendo al empleo o graduación que efectivamente ostentara el perceptor en el momento de recibirlos [STS de 3 de febrero de 1998; crónica X.4.B]

– Trienios del personal militar. No computa el tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas correspondiente a la prestación del servicio militar obligatorio [SSTS de 20 y 29 de enero y 30 de abril de 1998; crónica X.4.C]

Consulta sindical

– Es preceptiva la consulta sindical previa al ejercicio de las potestades de organización que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios. Eficacia invalidante. Nulidad de pleno derecho [STSJ Comunidad Valenciana de 14 de abril de 1998; crónica X.5]

Extinción de la relación

– Jubilación. La anticipación de la edad de jubilación forzosa no da lugar a indemnización, toda vez que el funcionario no se ve privado de un derecho subjetivo [STS de 21 de enero de 1998; crónica X.7.A]

– Rescate del Capital Seguro de Vida. No constituye ningún derecho consolidado, sino una expectativa que no puede constituir límite alguno a las facultades de modificación del legislador [STS de 23 de febrero y 28 de marzo de 1998; crónica X.7.B]

Régimen disciplinario

– Falta grave de rendimiento que afecte al normal funcionamiento del servicio. Su apreciación requiere una conducta continuada y una efectiva alteración del servicio [SAN de 3 de febrero de 1998; crónica X.6]

XI. URBANISMO

Suelo no urbanizable

- Clasificación como suelo forestal de una cantera [STS de 6 de mayo de 1998; crónica XI.6]
- Límites al cerramiento de fincas [STS de 23 de abril de 1998; crónica XI.2]
- Prohibición de actividades extractivas [STS de 6 de mayo de 1998; crónica XI.2]

Elaboración y aprobación de planes

- Falta de participación ciudadana en la tramitación de un PERI [STS de 7 de mayo de 1998; crónica XI.3]
- Deben publicarse íntegras las ordenanzas y normas [STS de 17 de abril de 1998; crónica XI.7]
- La falta de publicación afecta a la eficacia del Plan, no a su eficacia [STS de 16 de abril de 1998; crónica XI.7]
- Inadmisibilidad del recurso contra la aprobación inicial [STS de 16 de abril de 1998; crónica XI.7]
- Motivación a través de la Memoria [STS 23 de abril de 1998; crónica XI.4.B]
- Ámbito de decisión autonómica: cambio de alineación de una calle [STS de 6 de abril de 1998; crónica XI.5]
- Inadmisibilidad del recurso contra la aprobación inicial [STS de 16 de abril de 1998; crónica XI.8]

Convenios urbanísticos

- Valor interpretativo del Plan [STS de 16 de febrero de 1993; crónica XI.4.A]
- #### Ejecución del planeamiento

– Polígonos y unidades de actuación: la delimitación del polígono y unidades de actuación en suelo urbano como presupuesto para la ejecución: excepciones [STS de 23 de marzo de 1998; crónica XI.9.A]

– Polígonos y unidades de actuación: finalidad: ejecutar en suelo las operaciones urbanísticas: potestad discrecional del ayuntamiento: siempre que cumpla la justa proporción entre beneficios y cargas [STS de 29 de abril de 1998; crónica XI.9.A]

– Polígonos y unidades de actuación: criterios para realizar la delimitación: no es criterio el diferente grado de urbanización de los terrenos [STS de 12 de mayo de 1998; crónica XI.9.A]

– Polígonos y unidades de actuación: circunstancias en las que los propietarios de terrenos en suelo urbano, que no tienen la condición de solar, pueden obtener licencia de edificación, según se trate de terrenos incluidos o no en polígonos o unidades de actuación [STS de 27 de marzo de 1998; crónica XI.9.A]

– Sistemas de actuación: determinación del sistema: criterios generales: no se puede invertir el orden legalmente establecido si no se ha acreditado que ello sea necesario [STS de 29 de abril de 1998; crónica XI.9.B]

– Sistemas de actuación: compensación: este sistema es una de las bases fundamentales para lograr la justa distribución de beneficios y cargas [STS de 27 de marzo de 1998; crónica XI.9.B]

– Sistemas de actuación: compensación: alcance del trámite de audiencia otorgada a los particulares en el procedimiento de constitución de la junta de compensación [STS de 16 de junio de 1998; crónica XI.9.B]

– Sistemas de actuación: expropiación: criterios para determinar si una expropiación es urbanística: si se encuentra legitimada, amparada o ejecuta el planeamiento [STS de 26 de mayo de 1998;

crónica XI.9.B]

– Sistemas de actuación: expropiación: valoración del suelo expropiado: hallar valor urbanístico. Valoración de construcción en suelo expropiado: valor de reposición [STS de 18 de mayo de 1998; crónica XI.9.B]

– Sistemas de actuación: expropiación: valoración del suelo expropiado: el valor urbanístico se aplica exclusivamente en suelo urbano y urbanizable: no a terrenos colindantes con suelo de esa calificación, pero se matiza esa regla general otorgando a dichos terrenos colindantes un cierto aprovechamiento urbanístico que restablezca el principio de equidad en la distribución de los beneficios y las cargas [STS de 19 de junio de 1998; crónica XI.9.B]

– Sistemas de actuación: expropiación: valoración del suelo expropiado: terrenos sin aprovechamiento reconocido en el plan, a los que no resulte aplicable el valor fijado en la contribución territorial urbana, ni existe un polígono fijado a efectos de compensación del que pueda extraerse el aprovechamiento medio: el valor urbanístico debe determinarse con arreglo al que corresponda a los terrenos colindantes o del entorno [STS de 19 de junio de 1998; crónica XI.9.B]

Supuestos indemnizatorios

– Alteraciones o revisiones del planeamiento: se aplica la regla de indemnización recogida en el artículo 87 TRLS 1976: carácter excepcional de la norma: sólo cuando el plan llega a la fase final de realización se adquiere el derecho a la indemnización: las expectativas de urbanización derivadas de un Plan Parcial sólo genera un derecho indemnizatorio si se han desarrollado actividades y gastos que devienen inútiles como consecuencia de la alteración del planeamiento [STS de 6 de marzo de 1998; crónica XI.10.A]

– Indemnización por vulneraciones o limitacio-

nes urbanísticas singulares: una restricción singular unida a la inexistencia de mecanismos de distribución de beneficios y cargas constituye una lesión indemnizable [STS de 16 febrero de 1998; crónica XI.10.B]

Licencias urbanísticas

– Competencia de la Administración de Costas en el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas en la zona marítimo-terrestre. El incumplimiento de este requisito determina la imposibilidad de obtener aquéllas en virtud de la técnica del silencio administrativo positivo [SSTS de 9 de marzo, 25 de mayo y 8 de junio de 1998; crónica XI.11.A]

– Posibilidad de condicionar el otorgamiento de las licencias de edificación a la ejecución simultánea de obras de urbanización [SSTS de 26 de febrero y 27 de marzo de 1998; crónica XI. 11.B] Consecuencias del incumplimiento [SSTS de 24 y 25 de marzo de 1998; crónica XI. 11.B]

– Suspensión del otorgamiento de las licencias durante la tramitación de la formación o modificación de instrumentos urbanísticos: Plazo [STS de 7 de abril de 1998, crónica XI. 11.C] Determinación de la normativa aplicable al procedimiento de otorgamiento de la licencia ante la modificación de los planes urbanísticos [SSTS de 10 de febrero y 18 de junio de 1998; crónica XI. 11.C]

Deber de conservación

– No admisión de órdenes de ejecución de obras de seguridad, salubridad y ornato público genéricas e imprecisas [SSTS de 9 de febrero, 3 de marzo y 23 de junio de 1998; crónica XI. 12.A]

– Desaparición ante la declaración de ruina del edificio sobre el que se proyectan las obras [SSTS de 9 de marzo y 14 de abril de 1998; crónica XI. 12.B]

Protección de la legalidad urbanística

– Obras sin licencia: Imposibilidad de imponer multas coercitivas para obligar al cumplimiento de las órdenes municipales previas [STS de 26 de junio de 1998; crónica XI.13.A] Reposición de los edificios y obras construidos a su estado anterior [STS de 4 de junio de 1998; crónica XI.13.A]

– Obras sin ajustarse a la licencia concedida: Consecuencias jurídicas: Suspensión y requerimiento de legalización [STS de 23 de febrero de 1998; crónica XI.13.B] Orden de demolición del exceso construido [SSTS de 11 de mayo y 1 de junio de 1998; crónica XI.13.B]

– Infracción urbanística grave y manifiesta: Interpretación del concepto jurídico indeterminado “infracción grave y manifiesta” [STS de 16 de mayo de 1998; crónica XI.13.C] Necesidad de ajustarse al procedimiento administrativo sancionador [STS de 10 de marzo de 1998; crónica XI.13.C]

Revocación de licencias

–Revocación de plano de los actos administrativos declarativos de derechos: necesidad de ajustarse a procedimiento administrativo revocatorio [STS de 2 de abril de 1998; crónica XI.14]

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

AGUAS CONTINENTALES

Administración Hidráulica

– Real Decreto 924/1989, de 21 de julio, de constitución de la Confederación Hidrográfica del Júcar: no vulneración del ordenamiento jurídico

[STS de 19 de febrero de 1998; crónica XII.3. H]

Aguas subterráneas

– Concesión de aguas subterráneas: procedencia; cumplimiento de condiciones [STS de 9 de marzo de 1998; crónica XII.3.G]

– Funcionamiento de unos pozos: no necesidad de obtener concesión administrativa; aplicación del derecho transitorio [STS de 4 de marzo de 1998; crónica XII.3.G]

– Profundización de un pozo: denegación improcedente; irretroactividad de las normas desfavorables [STS de 5 de marzo de 1998; crónica XII.3.G]

– Realización de un sondeo: no cabe el argumento de sobreexplotación de acuíferos [STS de 30 de marzo de 1998; crónica XII.3.G]

Aprovechamientos hidroeléctricos y otras energías renovables

–Real Decreto 2566/1994, de 9 de diciembre, sobre producción en régimen especial: validez; no vulneración del ordenamiento jurídico [STS de 27 de marzo de 1998; crónica XII.3.C]

Autorizaciones

– Aprovechamiento de vegetación arbórea: denegación por riesgo de daño irreparable al patrimonio forestal del cauce [STS de 9 de marzo de 1998; crónica XII.3.A]

Infracciones

–Multa por vertidos y cantidad debida por responsabilidad civil: validez; lavado de carbón [SSTS de 4 y 25 de febrero de 1998; crónica XII.3.K]

–Sanción económica a Ayuntamiento: realización de obras para captación de aguas sin concesión [STS de 27 de marzo de 1998; crónica XII.3.K]

Obras hidráulicas

– Financiación de obras de abastecimiento: abono anual de anticipo reintegrable [STS de 21 de enero de 1998; crónica XII.3.J]

Planificación hidrológica

– Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, sobre administración pública del agua y planificación hidrológica: conflictos de competencia; pronuncia-ción sobre el carácter básico o no de los preceptos impugnados; invasión parcial de competencias autonómicas; interpretación [STC 118/1998, de 4 de junio; crónica XII.3.L]

Regadíos

– Concesiones: aplicación de la D.T.6ª de la Lag. de 1985; inexistencia de perjuicio a otros aprovechamientos [STS de 17 de marzo de 1998; crónica XII.3.D]

Régimen económico-financiero

– Complemento de tarifa y componente fijo (servicio de suministro de aguas): naturaleza de precios; competencia de la Comisión de Precios de Cataluña [STS de 26 de febrero de 1998; crónica XII.3.I]

– Canon de distribución de aguas: distinción entre red de distribución interna y externa [STS de 29 de enero de 1998; crónica XII.3.I]

– Canon de vertido: existencia de autorización; liquidación procedente [STS de 27 de marzo de 1998; crónica XII.3.I]

– Canon sobre la producción de energía hidroeléctrica: naturaleza contractual no tributaria; existencia de filtraciones; aplicación del principio del equilibrio contractual [STS de 23 de enero de

1998; crónica XII.3.I]

– Canon sobre la producción de energía hidroeléctrica: naturaleza contractual no tributaria: liquidación procedente [STS de 7 de febrero de 1998; crónica XI.3.I]

– Recargo para la financiación del Plan de Saneamiento Integral de Madrid: no exigencia; sistema de depuración propio en una urbanización [STS de 26 de enero de 1998; crónica XII.3.I]

– Tarifa de abastecimiento de agua: distinción entre gastos por aducción y por distribución [STS de 25 de marzo de 1998; crónica XII.3.I]

Servicios de las Corporaciones Locales: Abastecimiento a poblaciones y saneamiento

– Municipalización en régimen de monopolio; solicitud de concesión para aprovechamiento de agua: efectuada [STS de 19 de febrero de 1998; crónica XII.3.B]

– Modificación de proyecto de saneamiento [STS de 27 de marzo de 1998; crónica XII.3.B]

– Servicio de conservación de contadores de agua [STS de 12 de marzo de 1998; crónica XII.3. B]

Servidumbres

– Servidumbre de paso: inexistencia [STS de 20 de febrero de 1998; crónica XII.3.F]

Transferencia de recursos hidráulicos

– Tránsito de una cantidad de agua: no procedencia de ceder un mayor volumen; concurrencia de sequía [STS de 11 de febrero de 1998; crónica XII.3.E]

AGUAS MARÍTIMAS

Deslinde

– Concepto y procedimiento: reglas comunes de los procedimientos administrativos: notificación, trámite de audiencia y corrección de los errores materiales. Posibilidad de recurso [SSTS de 27 y 29 de enero, 10 de febrero, 25 y 31 de marzo de 1998; crónica XII.4.B]

– Efectos. Legislación anterior: simple declaración de la posesión. Impugnación ante la jurisdicción ordinaria de las situaciones de propiedad privada en demanio marítimo amparadas por el Registro de la Propiedad [STS de 10 de febrero de 1998; crónica XII.4.D]

Recuperación de oficio

– Requisitos para su ejercicio: demostración del carácter de dominio público de los bienes usurpados y obstaculización del uso público [STS de 19 de marzo de 1998; crónica XII.4.C]

– Alcance: porción del dominio marítimo poseído ilegítimamente e instalaciones o edificaciones ilegales allí realizadas [STS de 3 de marzo de 1998; crónica XII.4. C]

Régimen sancionador

– Edificaciones en zona marítimo-terrestre: infracción administrativa. Aplicación de los principios generales del derecho administrativo sancionador: proporcionalidad [STS de 2 de febrero de 1998; crónica XII.4.D]

– Normativa anterior: ausencia de tipificación. Imprescriptibilidad de los despojos de bienes de dominio público: ejercicio de acción de recuperación posesoria [STS de 29 de enero de 1998; crónica XII.4.D]

Limitaciones a las propiedades colindantes

– Normativa anterior: servidumbre de salvamento. Restricciones a la edificación contenidas en un Plan Especial de Reforma Interior acordes con la normativa de costas [STS de 23 de febrero de 1998; crónica XII.4.E]

– Normativa actual: servidumbre de protección. Prohibición general de las actividades constructivas: posibilidad de dispensa por excepcional utilidad pública o razón económica justificada: existencia no apreciada [SSTS de 9 y 24 de marzo de 1998; crónica XII.4.E]

Usos

– Necesidad de concesión administrativa para la realización de usos privativos en demanio marítimo. Requisitos: adecuación al interés público e imposibilidad de ubicación alternativa de las instalaciones o actividades a realizar [SSTS de 23 de febrero y 3 de marzo de 1998; crónica XII.4.F]

Titularidad y competencias

– Titularidad estatal del demanio marítimo: no es título atributivo de competencias. Reconocimiento de facultades y obligaciones en atención a la misma: defensa y conservación del demanio marítimo. Incumplimiento: responsabilidad [STS de 9 de febrero de 1998; crónica XII.4.G]

– Competencias en materia de costas y competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Articulación: exigencia de informe de la Administración estatal acerca de la adecuación de los planes y normas urbanísticas a la normativa de costas. Exención en el caso de planes que se hallasen en tramitación a la entrada en vigor de la Ley de Costas [STS de 7 de marzo de 1998; crónica XII.4.G]

– Competencias locales sobre demanio marítimo: inclusión de los espacios portuarios en el término municipal: doctrina previa: distinción de dos fases.

Sometimiento a licencia urbanística y a exacción de tasas municipales de las obras allí realizadas [STS de 9 de marzo de 1998; crónica XII.4.G]

Puertos

– Delimitación de competencias estatales y autonómicas en la materia. Ampliación por el Estado de la Zona II de los puertos de interés general: procedencia. Establecimiento por la Comunidad Autónoma de tarifas portuarias: alcance: servicios o utilización de instalaciones correspondientes a sus puertos [STC de 80/1998, de 2 de abril; crónica XII.4.A]

– Legislación anterior. Estructura administrativa de los puertos: Juntas de Puertos. Naturaleza jurídica: organismos autónomos. Posibilidad de recurrir en alzada sus acuerdos. Exigencia de responsabilidad por la gestión de los servicios portuarios [STS de 18 de febrero de 1998; crónica XII.4.H]

Pesca marítima

– Delimitación de competencias estatales y autonómicas en la materia. Redacción de Planes de Pesca en virtud de limitaciones de acceso a caladeros comunitarios: materia integrante del título competencial exclusivo del Estado “pesca marítima”: interpretación del mismo. Pertinencia del pronunciamiento: pervivencia del conflicto. Votos particulares discrepantes: cambio de marco jurídico [STC 147/1998, de 2 de julio; crónica XII.4.A] Ayudas a la modernización de buques pesqueros: materia integrante del título competencial autonómico “ordenación del sector pesquero”: alcance del mismo. Pertinencia del pronunciamiento: pervivencia del conflicto [STC 148/1998, de 2 de julio; crónica XII.4.A]

– Infracciones y sanciones: faenar en fondos prohibidos y desobediencia a autoridades marítimas [SSTS de 9 de enero y 11 de marzo de 1998; crónica XII.4.I]

– Intervención administrativa: necesidad de autorización previa para acceso a pesquerías. Procedimiento de otorgamiento [STS de 6 de marzo de 1998; cró-

nica XII.4.I]

BIENES PÚBLICOS

Noción de bienes públicos

– Cotitularidad de los bienes públicos en régimen de copropiedad o condominio ordinario [STS de 31 de enero de 1998; crónica XII.2.B.a]

Régimen jurídico de los bienes públicos

– Imprescriptibilidad de los bienes de dominio público mientras no sean desafectados [STS de 29 de enero de 1998; crónica XII.2.B.b]

– Declaración parcial de inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes locales [STC 166/1998, de 15 de julio; crónica XII.2.A]

Desafectación de los bienes demaniales

Procedimiento de desafectación y examen de su oportunidad [SSTS de 14 y 30 de enero de 1998; crónica XII.2.B.c]

– Desafectación de bienes destinados a fines educativos [STS de 20 de enero de 1998; crónica XII.2.B.c]

Enajenación de bienes

– Reversión por incumplimiento de las condiciones contempladas en el contrato de enajenación. Límites para su ejercicio [SSTS de 10 y 30 de marzo de 1998; crónica XII.2.B.d]

Permuta de bienes. Procedimiento [STS de 12 de enero de 1998; crónica XII.2.B.e]

Utilización de los bienes demaniales

– Carácter oneroso de los usos especiales y privados. Criterios generales y especiales para la determinación de la cuantía. Diferencia entre las tasas y pre-

cios públicos [SSTS de 22 de noviembre de 1997, 15 y 23 de enero y 5 de marzo de 1998; crónica XII.2.B.f]

Utilización de los bienes patrimoniales

– Relación entre la regulación general y la legislación sectorial [STS de 23 de enero de 1998; crónica XII.2.B.g]

Conservación de los bienes públicos

– Requisitos para inventariar los bienes públicos [STS de 12 de febrero de 1998; crónica XII.2.B.h]

Potestades

– Recuperación de oficio de la posesión de los bienes públicos. Objeto de esta potestad. Requisitos para su ejercicio. Prueba de la posesión [SSTS de 8 y 28 de enero, 11 de febrero y 6 y 25 de marzo de 1998; crónica XII.2.B.i]

– Desahucio por vía administrativa. Procedimiento para hacerlo efectivo [STS de 22 de diciembre de 1997; crónica XII.2.B.j]

Acciones judiciales en materia de bienes públicos

– Acción declarativa de dominio ejercitada por un Ayuntamiento [STS de 31 de enero de 1998; crónica XII.2.B.k]

Contencioso en materia de bienes públicos

– Identidad de lo solicitado en vía administrativa y judicial [STS de 30 de enero de 1998; crónica XII.2.B.l]

CARRETERAS

Autorización de obras en margen de carretera

– Construcción de edificio adosado a cafetería en margen derecha de carretera. Denegación de la autorización. Necesidad de proyecto de orde-

nación de acceso a Estación de Servicio [STS de 9 de marzo de 1998; crónica XII.5.C]

Distribución de competencias

– Alcance general de las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de carreteras: régimen peculiar. Papel de las Diputaciones Forales. Normas sobre nomenclatura, denominación y aplicación de normas técnicas y de señalización. Coordinación de actuaciones. Competencias sobre las autopistas que discurren por el País Vasco. El problema de la N-1 a su paso por el Condado de Treviño [STC 132/1998, de 18 de junio; crónica XII.5.A]

Estaciones de servicio

– Autorizaciones. Procedencia: protección de la confianza legítima. Competencias en materias de carreteras. Canarias. Clases de vía [STS de 31 de marzo de 1998; crónica XII.5.C]

– Autorizaciones. Distancias mínimas. Denegación de ampliación de instalaciones. Concepto de autovía [STS de 5 de febrero de 1998; crónica XII.5.C]

– Infracciones y sanciones: sanción de multa y caducidad de la concesión. Modificaciones en surtidores que pueden dar lugar a la comisión de fraudes [STS de 12 de febrero de 1998; crónica XII.5.C]

INFRACCIONES Y SANCIONES

Publicidad en las carreteras

– Instalación de cartel publicitario visible desde la zona de dominio público. Sanción improcedente. Falta de tipificación del supuesto: suelo urbano. Defectos procedimentales: falta de notificación de la propuesta de resolución [STS de 2 de marzo de 1998; crónica XII.5.B.a]

– Instalación de cartel publicitario visible desde la zona de dominio público. Sanción improcedente. Defectos procedimentales: falta de notifi-

crónicas de jurisprudencia

cación de la propuesta de resolución. Caducidad del procedimiento [STS de 9 de marzo de 1998; crónica XII.5.B.a]

– Instalación de cartel publicitario visible desde la zona de dominio público. Sanción improcedente. Defectos procedimentales: falta de notificación de la propuesta de resolución. Indefensión [STS de 3 de marzo de 1998; crónica XII.5.B.a]

– Instalación de cartel publicitario visible desde la zona de dominio público. Sanción improcedente. Defectos procedimentales: falta de notificación de la propuesta de resolución. Retroacción de actuaciones [STS de 16 de marzo de 1998; crónica XII.5.B.a]

– Instalación de cartel publicitario visible desde la zona de dominio público. Sanción improcedente. Defectos procedimentales: falta de notificación de la propuesta de resolución. Retroacción de actuaciones [STS de 16 de marzo de 1998; crónica XII.5.B.a]

– Instalación de cartel publicitario visible desde la zona de dominio público. Sanción procedente. Suelo no urbanizable [STS de 26 de febrero de 1998; crónica XII.5.B.a]

Realización de obras sin autorización

– Obras sin autorización entre la arista de la carretera y la línea de edificación. Sanción procedente. Infracciones muy graves [STS de 9 de febrero de 1998; crónica XII.5.B.b]

– Obras sin autorización entre la arista de la carretera y la línea de edificación. Sanción procedente. Infracciones muy graves. Aumento de volumen improcedente [STS de 9 de marzo de 1998; crónica XII.5.B.b]

– Obras sin autorización entre la arista de la carretera y la línea de edificación. Sanción procedente. Infracciones muy graves. Reconstrucción de un cobertizo. No existencia de obras de man-

tenimiento [STS de 16 de marzo de 1998; crónica XII.5.B.b]

– Obras sin autorización entre la arista de la carretera y la línea de edificación. Sanción improcedente. Infracciones muy graves. Pueba insuficiente. Prescripción [STS de 16 de febrero de 1998; crónica XII.5.B.b]

Modificación de marcas en eje de carretera

– Modificaciones de las marcas viales del eje de la carretera. Sanción improcedente [STS de 31 de marzo de 1998; crónica XII.5.B.c]

MINAS

Concesión minera

– Caducidad de la concesión: procedente. Agotamiento de los recursos. Rehabilitación improcedente, por el incumplimiento de los requerimientos de la Administración [STS de 30 de marzo de 1998; crónica XII.6]

MONTES

Contrato de aprovechamiento forestal

– Improcedencia de la resolución del contrato. Obligatoriedad de ejecución completa [STS de 11 de marzo de 1998; crónica XII.7]

Montes vecinales en mano común

– Clasificación de montes dentro de esta categoría. Requisitos exigidos por la legislación: cumplimiento. Pruebas del aprovechamiento vecinal. Carácter de bien patrimonial del Ayuntamiento sólo en la parte sujeta a arrendamiento [STS de 11 de marzo de 1998; crónica XII.7]

XIII. MEDIO AMBIENTE

ACTIVIDADES CLASIFICADAS

Autorizaciones

– Concurrencia de autorizaciones. La alteración de la ordenación temporal entre la licencia de actividades y la de obras puede generar la responsabilidad patrimonial de la administración [SSTS de 10 de febrero y 10 de marzo de 1998; crónica XIII.2.F]

Calificación

– Como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas por sus efectos [SSTS de 10 y 13 de febrero de 1998; crónica XIII.2.A.a]

– Como industria fabril [SSTS de 30 de diciembre de 1997 y de 16 de marzo de 1998; crónica XIII.2.A.b]

– Como clandestina. Además no adquiere derechos frente a la legalidad [SSTS de 13, 27 y 12 de febrero y 12 y 16 de marzo de 1998 ; crónica XIII.2.B.a]

Clausura

– De actividades con licencia. Clausura inmediata en casos de extrema gravedad u otros [STS de 3 de marzo de 1998 ; crónica XIII.2.G.a]

– De actividades sin licencia [STS de 12 de febrero de 1998; crónica XIII.2.G.b]

Inspección

–Facultad administrativa que permanece durante toda la vida de la actividad [SSTS de 30 de diciembre de 1997 y de 16 de marzo de 1998; crónica XIII.2.C]

Licencia de actividades clasificadas

– Ampliación de actividad. Requiere nueva licencia salvo que se trate de mera ampliación de local [SSTS de 30 de enero y 16 de marzo de 1998; crónica XIII.2.B.a]

– Denegación por razones urbanísticas y afectación al paisaje [STS de 12 de enero de 1998; crónica XIII.2.B.b]

–Licencias provisionales en edificios fuera de ordenación [SSTS de 20 y 30 de enero de 1998 y 19 de diciembre de 1997; crónica XIII.2.B.d]

–Procedimiento arts. 29 y ss. RAC. Imprescindible para poder ejercer legítimamente la actividad [SSTS de 13, 27 y 12 de febrero y 12 y 16 de marzo de 1998; crónica XIII.2.B.a]

– Silencio positivo. No opera cuando el emplazamiento o el proyecto infringen las normas urbanísticas [SSTS de 12 y 30 de enero y 12 de marzo de 1998; crónica XIII.2.B.c]

– Transmisibilidad de la licencia [STS de 13 de febrero de 1998; crónica XIII.2.E]

Reglamento de actividades clasificadas

– DT. 2ª. Adaptación de una actividad que se ejercía antes de la entrada en vigor [STS de 3 de marzo de 1998; crónica XIII.2.D]

AGUAS CONTINENTALES

Caudal ecológico

– Recurso de inconstitucionalidad: estimación parcial; imposibilidad de determinación unilateral por la Comunidad Autónoma del caudal ecológico en cuenca intercomunitaria; vulneración de la competencia estatal sobre administración y control del dominio público hidráulico; incidencia en concesiones existentes [STC

110/1998, de 21 de mayo; crónicas XIII.5]

AGUAS MARÍTIMAS

– Competencias estatales en materia de costas: el dominio público no es un criterio válido para el otorgamiento automático de facultades al Estado y tampoco sirve para vetar la intervención de otros poderes públicos actuantes en el mismo sustrato físico [STS de 31 marzo de 1998; crónica XIII.4] Inclusión de zona marítimo-terrestre y mar territorial dentro de los límites de un Parque Natural: no otorga competencias al Estado para la declaración del espacio como tal. Competencias autonómicas en materia de medio ambiente: procedencia [STS de 16 enero de 1998; crónica XIII.4]

ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

– Declaración de Parque Natural. Validez del informe municipal preceptivo emitido sobre un borrador del proyecto. Plan director de uso. Competencia de la Junta de Andalucía [STS de 16 de enero de 1998; crónica XIII.3. A]

– Parajes pintorescos bienes de interés cultural [STS de 26 de enero de 1998 ; crónica XIII.3. B]

MINAS

– Plan de restauración. Criterios para cuantificar la fianza. Procedencia de la reducción del 50 por ciento, al tratarse de actividades situadas fuera del ámbito territorial delimitado por la legislación [STS de 9 de febrero de 1998; crónica XIII.6]

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Derecho de la competencia

– Distribución comercial. Restricciones verticales de la competencia. Contratos de distribución selectiva [Res.TDC de 13 de mayo de 1998; crónica XIV. 12.D]

– Precios. Recomendación de precios por Colegio Profesional en supuestos de actividad promovida por la Administración pública [Res. TDC de 14 de abril y 8 de mayo de 1998; crónica XIV. 12.A]

– Precios. Diseño de etiqueta de precio recomendado en venta de películas de vídeo [Res. TDC de 11 de mayo de 1998; crónica XIV. 12.C]

– Televisión pública, televisión privada y subvenciones a la televisión pública autonómica [Res. TDC de 12 junio de 1998; crónica XIV. 12.B]

Energía eléctrica

– Relación empresa suministradora y usuario [SSTS de 22 de enero y 2 de febrero de 1998; crónica XIV.4]

Estaciones de servicio

– Distancias mínimas. Impugnación del RD 155/1995, de 3 de febrero. Desestimación de los recursos interpuestos [SSTS de 15 y 29 de abril de 1998; crónica XIV.5]

Ganadería

– Subvención por abandono definitivo de la producción de leche de vaca y aplicación directa de Reglamento Comunitario. El derecho reconocido

en la norma comunitaria no puede quedar condicionado por la norma interna procedimental [STS de 6 de marzo de 1998; crónica XIV. 6]

Industria

– Competencias autonómicas en materia de seguridad industrial. Doctrina del Tribunal Constitucional [STC 179/1998, de 16 de septiembre; crónica XIV.7.A]

– Regulación, por norma autonómica, de los requisitos que han de reunir las empresas que desarrollan la ejecución y mantenimiento-reparación de instalaciones de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria. Se declara la nulidad de la norma por falta de cobertura legal. Se rechaza su calificación como reglamento doméstico y relativo a relaciones de sujeción especial [STS de 17 de febrero de 1998; crónica XIV.7.B]

– Fomento. Ayudas en grandes Áreas de Expansión. Caducidad de la ayuda y recuperación por la Administración de lo ya abonado. Prescripción del derecho a recuperar lo abonado y determinación de la fecha inicial del período de cinco años [STS de 13 de abril de 1998; crónica XIV. 7.C]

Mercado de Valores

– Sociedades y Agencias de Valores. Desestimación del recurso interpuesto frente al RD 276/1989, de 22 de marzo y denegación de la solicitud de plantear frente al artículo 11.5 del mismo cuestión de inconstitucionalidad al reproducir el artículo 69 de la Ley 24/1988 [STS de 15 de abril de 1998; crónica XIV.8]

Política de precios

– Alcance de la potestad administrativa para controlar los incrementos de precios y tarifas [SSTS de 29 de enero, 6 y 21 de febrero y 4 de marzo

de 1998; crónica XIV.3]

Puertos

– Servicio de estiba y desestiba y derecho comunitario. Se rechaza la solicitud de plantear cuestión prejudicial [STS de 27 de abril de 1998; crónica XIV. 9]

Servicio público

– Naturaleza jurídica de la tarifa en supuestos de gestión directa por empresa privada de capital público o de gestión indirecta por concesionario. Distinción entre potestad tributaria y tarifaria [SSTS de 29 de enero y 4 de marzo de 1998; crónica XIV. 2]

Telecomunicaciones

– Liberalización del sector de la telefonía móvil automática y legitimación para impugnar el RD 1252/1997 [ATS de 29 de abril de 1998; crónica XIV.10]

Turismo

– Normativa autonómica sobre empresas turísticas. Nulidad parcial por vulnerar normativa básica estatal en materia de procedimiento administrativo [STS de 12 de febrero de 1998, crónica XIV.11]

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL

Consumo

– Etiquetado y presentación de productos alimentarios: protección de los consumidores y lengua [STJCE de 14 de julio de 1998; crónica XV.1.A]

Deporte

crónicas de jurisprudencia

– Enseñanzas deportivas: colegiación obligatoria de los profesores de educación física [STC 194/1998, de 1 de octubre; crónica XV.2.A]

– El descenso de categoría de un árbitro de fútbol no tiene naturaleza laboral sino carácter administrativo [S. del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra de 23 de octubre de 1998; crónica XV.2.B]

Educación no universitaria

– Actividades alternativas a la enseñanza de la religión [SSTS de 1 y 14 de abril de 1998; crónica XV.3.A]

– La composición del Claustro en los centros concertados [STS de 1 de junio de 1998; crónica XV.3.B]

Juego

– Diferenciación entre titularidad de la concesión y gestión del negocio de bingo a efectos tributarios [STS de 17 de abril de 1998; crónica XV.5.A]

– Adjudicación de administración de lotería [STS de 9 de marzo de 1998; crónica XV.5.B]

Sanidad

– Farmacia, farmacéutico sustituto e incompatibilidad de funcionario [STS de 24 de marzo de 1998; crónica XV.6.A]

Seguridad

– Incumplimiento del Derecho Comunitario por algunos preceptos de la Ley 23/1992, de Seguridad privada [STJCE de 29 de octubre de 1998; crónica XV.4.A]

– Derecho de acceso a los datos obrantes en la Oficina Europea de Policía [STPI de 17 de junio de 1998; crónica XV.4.B]

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Emplazamiento

– Régimen general. Efectuado por edictos: requisitos para su validez [STC 161/98, de 14 de julio; crónica XVI.2.A]

Inadmisión del recurso

– No planteada mediante “alegaciones previas”. Declaración mediante Auto durante la tramitación del procedimiento [ATS de 29 de mayo de 1998; crónica XVI.2.D]

– Desviación procesal: Argumentos nuevos sosteniendo la misma pretensión. Inexistencia. Admisibilidad del recurso [STS de 24 de febrero de 1998; crónica XVI.2.B]

Acumulación

– Recurso ya tramitado. Improcedencia [ATS de 22 de mayo de 1998; XVI.2.D]

Prueba

– Recurso contra Acuerdo de archivo de expediente disciplinario. Improcedencia [ATS de 31 de octubre de 1997; crónica XVI.2.E.1]

– Solicitud de recibimiento a prueba: requisitos. Fijación de puntos de hechos concretos [ATS de 19 de junio de 1998; crónica XVI.2.E.2]

- Prueba pericial: Incorporación a procedimientos distintos de aquel en que se practica: requisitos. Doctrina general [STS de 7 de abril de 1998; crónica XVI.2.E.3]

Terminación del proceso

- Desistimiento: naturaleza y efectos [ATS de 25 mayo de 1998; crónica XVI.2.F]

Costas

- Indebidas; Repercusión del IVA en minuta de Procurador: procedencia [STS de 22 de julio de 1997; crónica XVI.2.G.1]
- Repercusión del IVA en minuta de honorarios del Abogado del Estado: improcedencia [STS de 21 de noviembre de 1997; crónica XVI.2.G.2]
- Procedimiento en materia de personal: gratuidad en la instancia, no extensible a la casación. Procedencia de la condena en costas ex art. 102.3 LJ [STS de 27 de febrero de 1998; crónica XVI.2.G.2]
- Excesivas: Impugnación de los honorarios de los Procuradores. Procedimiento aplicable [ATS de 21 de mayo de 1998; crónica VI.2.G.3]

RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

Admisión

- Criterio antiformalista [ATS de 1 de abril y STS de 17 de marzo de 1998; crónica XVI.3.D]
- Cuestión de personal [ATS de 9 de febrero y 2 de marzo de 1998; crónica XVI.3.C]

Coadyuvante

- Legitimación [STS de 16 de marzo de 1998; crónica XVI.3.A]

Derecho Autonómico

- Inadmisibilidad [ATS de 10 de marzo de 1998; crónica XVI.3.F]

Desistimiento

- Nulidad [ATS de 16 de febrero de 1998; crónica XVI.3.M]
- Disposiciones de carácter general [AATS de 2 y 3 de marzo de 1998; crónica XVI.3.H]

Documentos

- Aportación [AATS de 2 de febrero de 1998 y 16 de marzo de 1998; crónica XVI.3.K]

Infracciones globales

- Inadmisibilidad [ATS de 20 de febrero de 1998; crónica XVI.3.I]
- Jurisprudencia [AATS de 16, 23 y 30 de marzo de 1998; crónica XVI.3.J]

Plazos

- Cómputo [ATS de 2 y 23 de febrero de 1998; crónica XVI.3.B]

Preparación

- Actos de Comunidad Autónoma [AATS de 30 de enero, 6 de febrero, 16, 23 y 27 de marzo de 1998; crónica XVI.3.G]

- Prueba pericial [STS de 17 de marzo de 1998; crónica XVI.3.E]

Recursos sustancialmente iguales

- Inadmisión [AATS de 9 de febrero y 23 de marzo de 1998; crónica XVI.3.L]
- Satisfacción extraprocesal [ATS de 12 de marzo de 1998; crónica XVI.3.N]

RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

- Legitimación [STS de 27 de marzo de 1998; crónica XVI.4.A]

PROCESO ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Interposición

- Casación [ATS de 9 de febrero de 1998; crónica XVI.5.A]

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

- Composición [STS de 19 de diciembre de 1997 –voto particular–; crónica XVI.6.A]

DIRECTIVA 96/61/CE DEL CONSEJO, DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1996, RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y AL CONTROL INTEGRADOS DE LA CONTAMINACIÓN

NOTA INTRODUCTORIA

Se ofrece en este lugar una directiva ya relativamente antigua de la Unión Europea pero que en este momento comienza a cobrar plena actualidad tanto en el plano de su transposición normativa como en el del debate doctrinal, de ahí la conveniencia de su publicación que trata de cooperar a su más general conocimiento.

Se trata de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, y que trata de representar una nueva fase en la política ambiental de la Unión Europea (vinculada a la aprobación del Quinto Programa Comunitario de Medio Ambiente de 1993) ahora con el acento en un control “integrado” de la contaminación, con independencia de la fuente de origen de éste y, por tanto, alejado de planteamientos sectoriales. Fácil es comprender, por tanto, que la labor de revisión de las tradicionales técnicas administrativas de intervención en este campo (autorizatoria, predominantemente), claramente orientadas en el plano de lo sectorial, obligará a profundas modificaciones normativas en el futuro.

En nuestro país existe un primer fruto que se reclama heredero de esta Directiva como es la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental (vid. en el BOE núm. 84, de 8 de abril de 1998). Muy probablemente este texto es solamente el anuncio de una pléyade de leyes autonómicas que se orientarán en el mismo sentido.

En el ínterin no vendrá mal, por último, conocer el debate doctrinal que en algún país comienza ya a darse y que se manifiesta de forma relativamente crítica con los conceptos ambientales que refleja esta Directiva. Me remito, así, a L. Kramer en Rengeling (Hrsg.) *Integrierter und betrieblicher Umweltschutz*, 1996, págs. 56 y ss. y más profundamente J. Masing, “Kritik des integrierten Umweltschutzes”, en DVBl 11, 1998, págs. 549 y ss.

En la doctrina española debe hacerse constar la aparición de algunos trabajos sobre esta Directiva, como los de F. Fuentes Bodelón, “Comentarios a la Directiva sobre prevención y control de la contaminación”, *Revista de Derecho Ambiental*, 19/1997, págs. 43 y ss. y el de G. Valencia Martín, “El régimen jurídico del control integrado de la contaminación”, en *Noticias de la Unión Europea*, 153/1997, págs. 139 y ss.

ANTONIO EMBID IRUJO

DIRECTIVA 96/61/CE, DEL CONSEJO, DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1996, RELATIVA A LA PREVENCIÓN Y AL CONTROL INTEGRADOS DE LA CONTAMINACIÓN

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, el apartado 1 de su artículo 130 S,

Vista la propuesta de la Comisión⁽¹⁾,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social⁽²⁾,

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189 C del Tratado⁽³⁾,

(1) Considerando que los objetivos y principios de la política comunitaria de medio ambiente, con arreglo a la definición del artículo 130 R del Tratado, se encaminan, en particular, a la prevención, la reducción y, en la medida de lo posible, la eliminación de la contaminación, actuando preferentemente en la fuente misma, y a garantizar una gestión prudente de los recursos naturales, de conformidad con los principios de que “quien contamina paga” y de la prevención de la contaminación;

(2) Considerando que el Quinto Programa Comunitario de Medio Ambiente, cuyo planteamiento general que adoptado por el Consejo y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo en su Resolución de 1 de febrero de 1993⁽⁴⁾, considera prioritario el control integrado de la contaminación, ya que contribuye considerablemente a avan-

zar hacia un equilibrio más sostenible entre, por una parte, la actividad humana y el desarrollo socioeconómico y, por otra, los recursos y la capacidad de regeneración de la naturaleza;

(3) Considerando que la puesta en práctica de un enfoque integrado para disminuir la contaminación exige una actuación a nivel comunitario, a fin de modificar y completar la actual legislación comunitaria sobre la prevención y el control de la contaminación procedente de las instalaciones industriales;

(4) Considerando que la Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales⁽⁵⁾, estableció un marco general en virtud del cual se requiere una autorización previa para la explotación de las instalaciones industriales que puedan ocasionar contaminación atmosférica y, asimismo, en caso de que le lleven a cabo modificaciones sustanciales de dichas instalaciones;

(5) Considerando que la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad⁽⁶⁾, ha establecido la necesidad de una autorización para el vertido de estas sustancias;

(6) Considerando que, si bien existe legislación comunitaria sobre la lucha contra la contaminación atmosférica y la prevención o la reducción al mínimo del vertido de sustancias peligrosas al agua, existe una carencia de legislación comunitaria similar cuyo objetivo sea prevenir o reducir al mínimo las emisiones en el suelo;

(1) DO n° C 311 de 17. 11. 1993, p. 6 y DO n° C 165 de 1.7.1995, p. 9.

(2) DO n° C 195 de 18. 7. 1995, p. 54.

(3) Dictamen del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1994 (DO n° C 18 de 23.1.1995), Posición común del Consejo de 27 de noviembre de 1995 (DO n° C 87 de 25.3.1996, p. 8) y Decisión del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 1996 (DO n° C 166 de 10.6.1996).

(4) DO n° C 138 de 17. 5. 1993, p. 1.

(5) DO n° L 188 de 16. 7.1984, p. 20. Directiva modificada por la Directiva 91/692/CEE (DO n° L 377 de 31.12.1991, p. 48).

(6) DO n° L 129 de 18.5.1976, p. 23. Directiva modificada por la Directiva 91/692/CEE.

(7) Considerando que el tratamiento por separado del control de las emisiones a la atmósfera, al agua o al suelo puede potenciar la transferencia de contaminación entre los diferentes ámbitos del medio ambiente, en lugar de proteger al medio ambiente en su conjunto;

(8) Considerando que la finalidad de un enfoque integrado del control de la contaminación es evitar las emisiones a la atmósfera, al agua y al suelo, siempre que sea practicable, tomando en consideración la gestión de los residuos, y, cuando ello no sea posible, reducirlas al mínimo, a fin de alcanzar un elevado grado de protección del medio ambiente en su conjunto;

(9) Considerando que la presente Directiva establece un marco general de prevención y control integrados de la contaminación; que dispone de las medidas necesarias para la puesta en práctica de la prevención y el control integrados de la contaminación a fin de alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente en su conjunto; que la aplicación de un enfoque integrado del control de la contaminación favorece un desarrollo sostenible;

(10) Considerando que las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán sin perjuicio de las disposiciones 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⁽⁷⁾; que en los casos en que deban tomarse en consideración, a efectos de la concesión de la autorización, datos o conclusiones que resulten de la aplicación de esta última Directiva, la presente Directiva no afectará a la aplicación de la mencionada Directiva;

(11) Considerando que los Estados miembros deben adoptar las disposiciones necesarias para que quede garantizado que el titular de una instalación se ajusta a los principios generales de determinadas obligaciones fundamentales; que para ello basta con que las autoridades competentes tengan en cuenta esos

principios generales en el momento en que establezcan las condiciones de autorización;

(12) Considerando que las disposiciones adoptadas de conformidad con la presente Directiva deben aplicarse a las instalaciones existentes, bien una vez que haya transcurrido un plazo determinado en el caso de algunas de estas disposiciones, o bien a partir de la fecha de puesta en aplicación de la presente Directiva;

(13) Considerando que, a fin de afrontar los problemas de contaminación del modo más eficaz y rentable, los titulares de explotaciones deben atender a consideraciones medioambientales; que dichas consideraciones deben comunicarse a la autoridad o autoridades competentes a fin de que éstas puedan cerciorarse, antes de conceder una autorización, de que se han previsto todas las medidas adecuadas de prevención o de reducción de la contaminación; que procedimientos de solicitud de autorización muy diferentes entre sí pueden dar lugar a niveles diferentes de protección del medio ambiente y de conciencia pública; y que, por ello, las solicitudes de autorización con arreglo a la presente Directiva deben incluir una serie de datos mínimos;

(14) Considerando que la plena coordinación del procedimiento y de las condiciones de autorización entre las autoridades competentes contribuirá a alcanzar el nivel máximo de protección del medio ambiente en su conjunto;

(15) Considerando que la autoridad competente únicamente deberá conceder o modificar una autorización cuando se hayan previsto medidas de protección integrada del medio ambiente, incluidos la atmósfera, el agua y el suelo;

(16) Considerando que la autorización abarca todas las medidas necesarias para cumplir las condiciones de la misma, a fin de alcanzar con ello un nivel elevado de protección del medio ambiente en su con-

(7) DO n° L 175 de 5. 7.1985, p. 40.

junto y que, sin perjuicio del procedimiento de autorización, dichas medidas podrán ser objeto además de requisitos obligatorios generales;

(17) Considerando que los valores límite de emisión, los parámetros y las medidas técnicas equivalentes deberán basarse en las mejores técnicas disponibles, sin prescribir la utilización de una técnica o tecnología específica, y tomando en consideración las características técnicas de la instalación de que se trate, su implantación geográfica y las condiciones locales del medio ambiente; que en todos los casos, las condiciones de la autorización establecerán disposiciones relativas a la minimización de la contaminación a larga distancia o transfronteriza y garantizarán un nivel elevado de protección del medio ambiente en su conjunto;

(18) Considerando que corresponde a los Estados miembros determinar el modo en que se podrán tomar en consideración, en la medida en que sea necesario, las características técnicas de la instalación de que se trate, su implantación geográfica y las condiciones locales del medio ambiente;

(19) Considerando que, en caso de que una norma de calidad medioambiental exija condiciones más rigurosas que las que puedan obtenerse con la utilización de las mejores técnicas disponibles, la autorización exigirá, en particular, requisitos complementarios, sin perjuicio de otras medidas que puedan adoptarse para respetar las normas de calidad medioambiental;

(20) Considerando que, debido a que las mejores técnicas disponibles variarán con el tiempo, especialmente a consecuencia de los avances técnicos, la autoridad competente debe estar al corriente o ser informado de dichos avances;

(21) Considerando que los cambios efectuados en una instalación pueden ser causa de contaminación y que, por consiguiente, es necesario comunicar a la autoridad competente cualquier modificación que

podiera incidir en el medio ambiente; que toda modificación sustancial de la explotación debe someterse a la concesión de una autorización previa con arreglo a la presente Directiva;

(22) Considerando que se deben estudiar periódicamente y, si fuere necesario, actualizar las condiciones de autorización; que en determinadas condiciones deberán estudiarse nuevamente en cualquier caso;

(23) Considerando que, a fin de informar al público respecto al funcionamiento de las instalaciones y a su efecto potencial en el medio ambiente, y para garantizar la transparencia del procedimiento de autorización en toda la Comunidad, el público deberá tener acceso, antes de que se adopte cualquier decisión, a la información relativa a las solicitudes de autorización de nuevas instalaciones o de modificaciones sustanciales, y a las propias autorizaciones, a sus actualizaciones y a los correspondientes datos de control;

(24) Considerando que la elaboración de un inventario de las principales emisiones y de las fuentes responsables de las mismas puede considerarse como un instrumento importante que permitirá, en particular, la comparación de las actividades contaminantes en la Comunidad; que la Comisión se hará cargo de la elaboración de dicho inventario, con la asistencia de un Comité de reglamentación;

(25) Considerando que los avances y el intercambio de información en la Comunidad sobre las mejores técnicas disponibles contribuirán a reducir los desequilibrios tecnológicos a nivel de la Comunidad, ayudarán a la divulgación mundial de los valores límite establecidos y de las técnicas empleadas en la Comunidad y, asimismo, ayudarán a los Estados miembros para la aplicación eficaz de la presente Directiva;

(26) Considerando que deberán elaborarse periódicamente informes sobre la aplicación y sobre la eficacia de la presente Directiva;

(27) Considerando que la presente Directiva hace referencia a aquellas instalaciones cuyo potencial de contaminación y, por lo tanto, de contaminación transfronteriza, sea elevado; que se organizarán consultas transfronterizas en caso de que las solicitudes de autorización se refieran a nuevas instalaciones o a modificaciones sustanciales de las instalaciones que puedan tener efectos perjudiciales significativos para el medio ambiente; que las solicitudes relativas a dichas propuestas o modificaciones estarán a disposición del público en el Estado miembro que pudiera verse afectado;

(28) Considerando que puede evidenciarse la necesidad de acción a nivel comunitario para fijar valores límite de emisión aplicables a determinadas categorías de instalaciones y de sustancias contaminantes incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva; que el Consejo fijará dichos valores límite de emisión de conformidad con las disposiciones del Tratado;

(29) Considerando que las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán sin perjuicio de las disposiciones comunitarias en materia de salud y seguridad en el lugar de trabajo,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

Artículo 1

Objeto y ámbito de aplicación

La presente Directiva tiene por objeto la prevención y la reducción integradas de la contaminación procedente de las actividades que figuran en el Anexo I. En ella se establecen medidas para evitar o, cuando ello no sea posible, reducir las emisiones de las citadas actividades en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidas las medidas relativas a los residuos, con el fin de alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto, sin perjuicio de las disposiciones de la Directiva 85/337/CEE, y de las otras disposiciones comunitarias en la materia.

Artículo 2

Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- 1) “sustancia”: los elementos químicos y sus compuestos, con la excepción de las sustancias radiactivas en el sentido de la Directiva 80/836/Euratom⁽¹⁾ y de los organismos modificados genéticamente con arreglo a la Directiva 90/219/CEE⁽²⁾ y a la Directiva 90/220/CEE⁽³⁾;
- 2) “contaminación”: la introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, calor o ruido en la atmósfera, el agua o el suelo, que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o la calidad del medio ambiente, o que puedan causar daños a los bienes materiales o deteriorar o perjudicar el disfrute u otras utilidades legítimas del medio ambiente;
- 3) “instalación”: una unidad técnica fija en la que se lleven a cabo una o más de las actividades enumeradas en el Anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquellas que guarden una relación de índole técnica con las actividades llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación;
- 4) “instalación existente”: una instalación en funcionamiento o, en el marco de la legislación existente antes de la fecha de puesta en aplicación de la

(1) Directiva 80/836/Euratom del Consejo, de 15 de julio de 1980, por la que se modifican las Directivas que establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de la población y los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes (DO n° L 246 de 17. 9. 1980, p. 1). Directiva modificada por la Directiva 84/467/CEE (DO n° L 265 de 5.10.1984, p. 4).

(2) Directiva 90/219/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (DO n° L 117 de 8. 5.1990, p. 1). Directiva modificada por la Directiva 94/51/CE de la Comisión (DO n° L 297 de 18.11.1994, p. 29).

(3) Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (DO n° L 117 de 8.5.1990, p. 15). Directiva modificada por la Directiva 94/15/CE de la Comisión (DO n° L 103 de 22.4.1994, p. 20).

presente Directiva, una instalación autorizada o que haya sido objeto, en opinión de la autoridad competente, de una solicitud completa de autorización siempre que dicha instalación se ponga en servicio a más tardar un año después de la fecha de puesta en aplicación de la presente Directiva;

5) “emisión”: la expulsión a la atmósfera, al agua o al suelo de sustancias, vibraciones, calor o ruido procedentes de forma directa o indirecta de fuentes puntuales o difusas de la instalación;

6) “valores límite de emisión”: la masa expresada en relación con determinados parámetros específicos, la concentración o el nivel de una emisión, cuyo valor no debe superarse dentro de uno o varios períodos determinados. Los valores límite de las emisiones también podrán establecerse para determinados grupos, familias o categorías de sustancias en particular para las mencionadas en el Anexo III.

Los valores límite de emisión de las sustancias se aplicarán generalmente en el punto en que las emisiones salgan de la instalación; en su determinación no se tendrá en cuenta una posible dilución. En lo que se refiere a las expulsiones indirectas al agua, el efecto de una estación de depuración podrá tenerse en cuenta en el momento de determinar los valores límite de emisión de la instalación, siempre y cuando se alcance un nivel equivalente de protección del medio ambiente en su conjunto y ello no conduzca a cargas contaminantes más elevadas en el entorno, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de la Directiva 76/464/CEE y de las Directivas adoptadas para su aplicación;

7) “norma de calidad medioambiental”: el conjunto de requisitos, establecidos por la legislación comunitaria, que deben cumplirse en un momento dado en un entorno determinado o en una parte determinada de éste;

8) “autoridad competente”: la autoridad, autoridades u organismos que, en virtud de la legislación de los Estados miembros, sean responsables del cumpli-

miento de las tareas derivadas de la presente Directiva;

9) “permiso”: la parte o la totalidad de una o varias decisiones escritas por las que se conceda autorización para explotar la totalidad o parte de una instalación, bajo determinadas condiciones destinadas a garantizar que la instalación responde a los requisitos de la presente Directiva. Tal permiso podrá ser válido para una o más instalaciones o partes de instalaciones que tengan la misma ubicación y sean explotadas por el mismo titular,

10) a) “modificación de la explotación”: una modificación de las características o del funcionamiento, o una extensión de la instalación que pueda acarrear consecuencias para el medio ambiente;

b) “modificación sustancial”: una modificación de la explotación que, en opinión de la autoridad competente, pueda tener repercusiones perjudiciales o importantes en las personas o el medio ambiente;

11) “mejores técnicas disponibles”: la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límite de emisión destinados a evitar o, cuando ello no sea practicable, reducir en general las emisiones y el impacto en el conjunto del medio ambiente. También se entenderá por:

– “técnicas”: la tecnología utilizada junto con la forma en que la instalación esté diseñada, construida, mantenida, explotada y paralizada;

– “disponibles”: las técnicas desarrolladas a una escala que permita su aplicación en el contexto del sector industrial correspondiente, en condiciones económica y técnicamente viables, tomando en consideración los costes y los beneficios, tanto si las técnicas se utilizan o producen en el Estado miembro correspondiente como si no, siempre

que el titular pueda tener acceso a ellas en condiciones razonables;

– “mejores”: las técnicas más eficaces para alcanzar un alto nivel general de protección del medio ambiente en su conjunto.

En la determinación de las mejores técnicas disponibles conviene tomar especialmente en consideración los elementos que se enumeran en el Anexo IV;

12) “titular”: cualquier persona física o jurídica que explote la instalación o posea la misma o, cuando la normativa nacional así lo disponga, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre la explotación técnica de la instalación.

Artículo 3

Principios generales de las obligaciones fundamentales del titular

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las autoridades competentes se cercioren de que la explotación de las instalaciones se efectuará de forma que:

a) se tomen todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación, en particular mediante la aplicación de las mejores técnicas disponibles;

b) no se produzca ninguna contaminación importante;

c) se evite la producción de residuos, de conformidad con la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos⁽¹⁾; si esto no fuera posible, se reciclarán o, si ello fuera imposible técnica y económicamente, se eliminarán, evitando o reduciendo su repercusión en el medio ambiente;

d) se utilice la energía de manera eficaz;

e) se tomen las medidas necesarias para prevenir los accidentes graves y limitar sus consecuencias;

f) al cesar la explotación de la instalación, se tomarán las medidas necesarias para evitar cualquier riesgo de contaminación y para que el lugar de la explotación vuelva a quedar en un estado satisfactorio.

Para ajustarse al presente artículo, bastará que los Estados miembros garanticen que las autoridades competentes tengan en cuenta los anteriores principios generales en el momento de establecer las condiciones de permiso.

Artículo 4

Concesión de permisos para instalaciones nuevas

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que no puedan explotarse instalaciones nuevas sin permiso conforme a la presente Directiva, sin perjuicio de las excepciones previstas en la Directiva 88/609/CEE del Consejo, de 24 de noviembre de 1988, sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión⁽¹⁾.

Artículo 5

Condiciones para la concesión de permisos para instalaciones existentes

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las autoridades competentes velen, mediante autorizaciones extendidas de conformidad con los artículos 6 y 8 o, de forma adecuada, mediante la revisión de las condiciones y, en su caso, su actualización, por que las instalaciones

(1) DO n° L 194 de 25.7.1975, p. 39. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 91/692/CEE (DO n° L 377 de 31.12.1991, p. 48).

(1) DO n° L 336 de 7.12.1988, p. 1. Directiva modificada por la Directiva 90/656/CEE (DO n° L 353 de 17.12.1990, p. 59).

existentes sean explotadas con arreglo a los requisitos previstos en los artículos 3, 7, 9, 10, 13, y en los guiones primero y segundo del artículo 14 y en el apartado 2 del artículo 15, a más tardar ocho años después de la fecha de puesta en aplicación de la presente Directiva, salvo si fuesen aplicables otras disposiciones comunitarias especiales.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para aplicar lo dispuesto en los artículos 1, 2, 11, 12, el tercer guión del artículo 14, los apartados 1, 3 y 4 del artículo 15, los artículos 16, 17 y el apartado 2 del artículo 18 a las instalaciones existentes a partir de la fecha de la puesta en aplicación de la presente Directiva.

Artículo 6

Solicitudes de permiso

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que toda solicitud de permiso dirigida a la autoridad competente contenga una descripción de:

- la instalación y del tipo y alcance de sus actividades;
- las materias primas y auxiliares, las sustancias y la energía empleadas en la instalación o generados por ella;
- las fuentes de las emisiones de la instalación; el estado del lugar en el que se ubicará la instalación;
- el tipo y la magnitud de las emisiones previsibles de la instalación a los diferentes medios, así como una determinación de los efectos significativos de las emisiones sobre el medio ambiente;
- la tecnología prevista y otras técnicas utilizadas para evitar las emisiones procedentes de la instalación o, si ello no fuese posible, para reducirlas;
- si fuere necesario, las medidas relativas a la prevención y valorización de los residuos generados por la instalación;

– las demás medidas propuestas para cumplir los principios generales de las obligaciones fundamentales del titular que impone el artículo 3;

– las medidas previstas para controlar las emisiones al medio ambiente;

– las solicitudes de permiso deberán contener, además, un resumen comprensible para el profano en la materia de todas las indicaciones especificadas en los guiones anteriores.

2. Cuando la información presentada con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 85/337/CEE o un informe de seguridad, elaborado en cumplimiento de la Directiva 82/501/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1982, relativa a los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales⁽²⁾, o cualquier otra información facilitada en respuesta a otras normas, cumpla alguno de los requisitos previstos en el presente artículo, podrá incluirse en la solicitud de permiso o adjuntarse a la misma.

Artículo 7

Enfoque integrado en la concesión de permisos

Al objeto de garantizar un enfoque integrado efectivo entre todas las autoridades competentes con respecto al procedimiento, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para coordinar plenamente el procedimiento y las condiciones de autorización cuando en dicho procedimiento intervengan varias autoridades competentes.

Artículo 8

Resoluciones

Sin perjuicio de cualesquiera otros requisitos basados en disposiciones nacionales o comunitarias, la

(2) DO n° L 230 de 5.8.1982, p. 1. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 91/692/CEE (DO n° L 377 de 31.12.1991, p. 48).

autoridad competente concederá para la instalación un permiso escrito, acompañado de condiciones que garanticen que ésta cumplirá los requisitos previstos en la presente Directiva; en caso contrario, denegará el permiso.

Todo permiso concedido o modificado deberá incluir las modalidades para la protección del aire, el agua y el suelo contempladas por la presente Directiva.

Artículo 9

Condiciones del permiso

1. Los Estados miembros se cerciorarán de que el permiso incluya todas las disposiciones necesarias para el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 3 y 10 para la concesión del permiso a fin de que, por medio de la protección del permiso a fin de que, por medio de la protección del aire, el agua y el suelo, se consiga un nivel de protección elevado del medio ambiente en su conjunto.

2. En el caso de una nueva instalación o de una modificación sustancial, cuando sea de aplicación el artículo 4 de la Directiva 85/337/CEE, toda información o conclusión pertinente obtenida a raíz de la aplicación de los artículos 5, 6 y 7 de dicha Directiva deberá tomarse en consideración para la concesión del permiso.

3. El permiso deberá especificar los valores límite de emisión para las sustancias contaminantes, en particular para las enumeradas en el Anexo III, que puedan ser emitidas en cantidad significativa por la instalación de que se trate, habida cuenta de su naturaleza y potencial de traslados de contaminación de un medio a otro (agua, aire y suelo). Si fuere necesario, el permiso incluirá las adecuadas prescripciones que garanticen la protección del suelo y de las aguas subterráneas, así como las medidas relativas a la gestión de los residuos generados por la instalación. En determinados casos, los valores límite de emisión podrán ser complementados o reemplazados por parámetros o medidas técnicas equivalentes.

Para las instalaciones de la rúbrica 6.6 del Anexo I, los valores límite de emisión establecidos de conformidad con lo dispuesto en el presente apartado tendrán en cuenta las modalidades prácticas adaptadas a dichas categorías de instalaciones.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10, los valores límite de emisión, los parámetros y las medidas técnicas equivalentes a que se hace referencia en el apartado 3 se basarán en las mejores técnicas disponibles, sin prescribir la utilización de una técnica o tecnología específica, y tomando en consideración las características técnicas de la instalación de que se trate, su implantación geográfica y las condiciones locales del medio ambiente. En todos los casos, las condiciones de permiso establecerán disposiciones relativas a la minimización de la contaminación a larga distancia o transfronteriza y garantizarán un nivel elevado de protección del medio ambiente en su conjunto.

5. El permiso establecerá requisitos adecuados en materia de control de los residuos, en los cuales se especificará la metodología de medición, su frecuencia y el procedimiento de evaluación de las medidas, así como la obligación de comunicar a la autoridad competente los datos necesarios para comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en el permiso.

Para las instalaciones del apartado 6.6 del Anexo I, las medidas contempladas en el presente apartado pueden tener en cuenta los costes y ventajas.

6. El permiso incluirá las medidas relativas a las condiciones de explotación distintas de las condiciones de explotación normales. Se tomarán, pues, adecuadamente en cuenta, cuando el medio ambiente pueda verse afectado, la puesta en marcha, las fugas, los fallos de funcionamiento, las paradas momentáneas y el cierre definitivo de la explotación.

El permiso podrá incluir asimismo excepciones temporales a las exigencias mencionadas en el apartado 4, en el caso de un plan de rehabilitación aprobado por la autoridad competente que garantice el respeto de estas exigencias en un plazo de seis meses, y en

el caso de un proyecto que conlleve una reducción de la contaminación.

7. En el permiso podrán especificarse cualesquiera otras condiciones específicas, a efectos de la presente Directiva, en la medida en que los Estados miembros o las autoridades competentes las consideren adecuadas.

8. Sin perjuicio de la obligación de aplicar un procedimiento de autorización conforme a las disposiciones de la presente Directiva, los Estados miembros podrán fijar obligaciones particulares para categorías específicas de instalaciones en prescripciones obligatorias generales en lugar de en las condiciones del permiso, siempre que se garantice un enfoque integrado y un nivel elevado equivalente de protección del medio ambiente en su conjunto.

Artículo 10

Mejores técnicas disponibles y normas de calidad medioambiental

Cuando alguna norma de calidad medioambiental requiera condiciones más rigurosas que las que se puedan alcanzar mediante el empleo de las mejores técnicas disponibles, el permiso exigirá la aplicación de, en particular, condiciones complementarias, sin perjuicio de otras medidas que puedan tomarse para respetar las normas de calidad medioambiental.

Artículo 11

Evolución de las mejores técnicas disponibles

Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes estén al corriente o sean informadas acerca de la evolución de las mejores técnicas disponibles.

Artículo 12

Cambios efectuados en las instalaciones por los titulares

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que el titular comunique a la autoridad competente cualesquiera cambios previstos con arreglo a lo dispuesto en la letra a) del apartado 10 del artículo 2 para la explotación de la instalación. Cuando resulte necesario, las autoridades competentes procederán a la actualización de los permisos o de las condiciones.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que no se lleve a cabo, sin contar con un permiso concedido con arreglo a la presente Directiva, ningún cambio esencial que el titular se proponga introducir en la explotación con arreglo a lo dispuesto en la letra b) del punto 10 del artículo 2 de la instalación. La solicitud del permiso y la resolución de la autoridad competente deberán referirse a las partes de instalaciones y a los aspectos del artículo 6 a los que ese cambio pueda afectar. Serán aplicables *mutatis mutandis* las disposiciones pertinentes de los artículos 3, 6 a 10 y los apartados 1, 2 y 4 del artículo 15.

Artículo 13

Revisión y actualización de las condiciones del permiso por la autoridad competente

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las autoridades competentes revisen periódicamente y actualicen, si fuere necesario, las condiciones del permiso.

2. En cualquier caso, la revisión se emprenderá cuando:

- la contaminación producida por la instalación haga conveniente la revisión de los valores límite

de emisión existentes del permiso o incluir nuevos valores límite de emisión;

- a consecuencia de importantes cambios en las mejores técnicas disponibles resulte posible reducir significativamente las emisiones sin imponer costes excesivos;
- la seguridad de funcionamiento del proceso o actividad haga necesario emplear otras técnicas;
- así lo exijan disposiciones nuevas previstas en la legislación de la Comunidad o del Estado miembro.

Artículo 14

Cumplimiento de las condiciones del permiso

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que:

- el titular cumpla las condiciones establecidas en el permiso durante la explotación de la instalación;
- el titular de la instalación informe regularmente a la autoridad competente de los resultados de la vigilancia de los residuos de la instalación y, en el más breve plazo, de cualquier incidente o accidente que afecte de forma significativa al medio ambiente;
- los titulares de las instalaciones presten a los representantes de la autoridad competente toda la asistencia necesaria para que puedan llevar a cabo cualesquiera inspecciones en la instalación, así como tomar muestras y recoger toda la información necesaria para el desempeño de su misión a los efectos de la presente Directiva.

Artículo 15

Acceso a la información y participación pública en el procedimiento de concesión de permisos

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990,

sobre libre acceso a la información medioambiental⁽¹⁾, los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las solicitudes de concesión de permisos para nuevas instalaciones o para modificaciones sustanciales se pongan, durante un período de tiempo adecuado, a disposición del público, a fin de que pueda formular su opinión antes de que la autoridad competente tome su decisión.

Tal resolución, junto con, al menos, un copia del permiso y de cada una de las actualizaciones posteriores se pondrá también a disposición del público.

2. Los resultados de la vigilancia de los residuos exigidos con arreglo a las condiciones del permiso mencionadas en el artículo 9 y que obren en poder de la autoridad competente deberán ponerse a disposición del público.

3. Cada tres años, la Comisión publicará, basándose en la información transmitida por los Estados miembros, un inventario de las principales emisiones y fuentes responsables. La Comisión fijará el formato y los datos característicos necesarios para la transmisión de la información, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 19.

Con arreglo al mismo procedimiento, la Comisión podrá proponer las medidas necesarias encaminadas a garantizar que los datos sobre las emisiones del inventario mencionado en el párrafo primero sean complementarios y comparables con los datos de los demás registros y fuentes sobre las emisiones.

4 Los apartados 1, 2 y 3 se aplicarán sin perjuicio de las restricciones previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva 90/313/CEE.

Artículo 16

Intercambio de información

1. Con miras a un intercambio de información, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias

(1) DO n° L 158 de 23. 6. 1990, p. 56.

para comunicar cada tres años a la Comisión, y por primera vez en el plazo de dieciocho meses a partir de la fecha de aplicación de la presente Directiva, los datos representativos sobre los valores límite disponibles establecidos por categorías específicas de actividades enumeradas en el Anexo I y, en su caso, las mejores técnicas disponibles de las cuales se deriven dichos valores, con arreglo, en particular, a las disposiciones del artículo 9. Para las comunicaciones posteriores, dicha información se completará de conformidad con los procedimientos previstos en el apartado 3 del presente artículo.

2. La Comisión organizará un intercambio de información entre los Estados miembros y las industrias correspondientes acerca de las mejores técnicas disponibles, las prescripciones de control relacionadas, y su evolución. La Comisión publicará cada tres años los resultados de los intercambios de información.

3. Los informes sobre la aplicación de la presente Directiva y su eficacia comparada con otros instrumentos comunitarios de protección del medio ambiente se establecerán con arreglo a los artículos 5 y 6 de la Directiva 91/692/CEE. El primer informe hará referencia al período de los tres años siguientes a la fecha de puesta en aplicación a que se refiere el artículo 21 de la presente Directiva. La Comisión someterá al Consejo dicho informe acompañado, en su caso, de propuestas.

4. Los Estados miembros crearán o designarán a las autoridades responsables del intercambio de informaciones con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, e informarán de ello a la Comisión.

Artículo 17

Efectos transfronterizos

I. Cuando un Estado miembro compruebe que la explotación de una instalación pudiera tener efectos negativos y significativos en el medio ambiente de otro Estado miembro, o cuando un Estado miembro

que pueda ser seriamente afectado así lo solicite, el Estado miembro en cuyo territorio se solicitó el permiso a que se refieren el artículo 4 o el apartado 2 del artículo 12, comunicará al otro Estado miembro los datos presentados con arreglo al artículo 6 en el mismo momento en que los ponga a disposición de sus propios nacionales. Estos datos servirán de base para las consultas que resulten necesarias en el marco de las relaciones bilaterales entre ambos Estados sobre una base de reciprocidad e igualdad de trato.

2. En el marco de sus relaciones bilaterales, los Estados miembros velarán por que, en los supuestos mencionados en el apartado 1, las solicitudes también se hagan accesibles durante un período adecuado para el público del Estado potencialmente afectado, para que éste pueda tomar posición al respecto antes de que la autoridad competente dicte resolución.

Artículo 18

Valores límite de las emisiones comunitarias

1. A propuesta de la Comisión, el Consejo fijará, de conformidad con los procedimientos previstos por el Tratado, valores límite de emisión para:

- las instalaciones que se indican en el Anexo I excepto los vertederos cubiertos por las categorías 5.1 y 5.4 de dicho Anexo, y
- las sustancias contaminantes a que se refiere el Anexo III con respecto a las cuales se evidencie la necesidad de acción comunitaria a partir, en especial, del intercambio de información que establece el artículo 16.

2. A falta de valores límite de emisión comunitarios definidos en aplicación de la presente Directiva, los valores límites de emisión pertinentes, tal como se fijan en las Directivas enumeradas en el Anexo II y otras normativas comunitarias, se aplicarán a las instalaciones enumeradas en el Anexo I en cuanto valo-

res límite de emisión mínimos con arreglo a la presente Directiva.

Sin perjuicio de los requisitos de la presente Directiva los requisitos técnicos aplicables respecto de los vertederos cubiertos por las categorías 5.1 y 5.4 del Anexo I serán fijados por el Consejo a propuesta de la Comisión, con arreglo a los procedimientos establecidos en el Tratado.

Artículo 19

Procedimiento del Comité contemplado en el apartado 3 del artículo 15

De conformidad con el apartado 3 del artículo 15, la Comisión tomará las medidas necesarias para que se establezca un inventario de las principales emisiones y fuentes responsables.

La Comisión estará asistida por un Comité compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión.

El representante de la Comisión presentará al Comité un proyecto de medidas. El Comité emitirá su dictamen sobre dicho proyecto en un plazo que el presidente podrá determinar en función de la urgencia de la cuestión de que se trate. El dictamen se emitirá según la mayoría prevista en el apartado 2 del artículo 148 del Tratado para adoptar aquellas decisiones que el Consejo deba tomar a propuesta de la Comisión. Los votos de los representantes de los Estados miembros en el seno del Comité se ponderarán de la manera definida en el artículo anteriormente citado. El presidente no tomará parte en la votación.

La Comisión adoptará las medidas previstas cuando sean conformes el dictamen del Comité.

Cuando las medidas previstas no sean conformes al dictamen del Comité o en caso de ausencia de dicta-

men, la Comisión someterá sin demora al Consejo una propuesta relativa a las medidas que deban tomarse. El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada.

Si transcurrido un plazo de tres meses a partir del momento en que la propuesta se haya sometido al Consejo éste no se hubiere pronunciado, la Comisión adoptará las medidas propuestas.

Artículo 20

Disposiciones transitorias

1. Mientras las autoridades competentes no hayan tomado las medidas necesarias contempladas en el artículo 5 de la presente Directiva, las disposiciones de la Directiva 84/360/CEE, las disposiciones de los artículos 3 y 5, las disposiciones del apartado 3 del artículo 6 y del apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 76/464/CEE así como las disposiciones pertinentes relativas a los sistemas de autorización de las Directivas enumeradas en el Anexo II, sin perjuicio de las excepciones previstas en la Directiva 88/609/CEE, serán aplicables a las instalaciones existentes que cubran las actividades contempladas en el Anexo I.

2. Las disposiciones pertinentes relativas a los sistemas de concesión de permisos de las Directivas mencionadas en el apartado anterior ya no serán aplicables a las nuevas instalaciones que abarquen las actividades contempladas en el Anexo I en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva.

3. La Directiva 84/360/CEE quedará derogada once años después de la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva.

En el momento en que se hayan tomado, con respecto a una instalación, las medidas previstas en los artículos 4, 5 o 12, la excepción prevista en el apar-

tado 3 del artículo 6 de la Directiva 76/464/CEE ya no será de aplicación a las instalaciones contempladas en la presente Directiva.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, modificará si fuere necesario, las disposiciones pertinentes de las Directivas enumeradas en el Anexo II para adaptarlas a los requisitos de la presente Directiva antes de la fecha de derogación de la Directiva 84/360/CEE, contemplada en el párrafo primero.

Artículo 21

Entrada en vigor

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar tres años después de su entrada en vigor. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 22

La presente Directiva entrará en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación.

Artículo 23

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

ANEXO I

CATEGORÍAS DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 1

1. No están incluidas en el ámbito de la presente Directiva las instalaciones o partes de las instalaciones utilizadas para la investigación, desarrollo y experimentación de nuevos productos y procesos.

2. Los valores umbral mencionados más adelante se refieren, con carácter general, a capacidades de producción o a rendimientos. Si un mismo titular realiza varias actividades de la misma categoría en la misma instalación o en el emplazamiento, se sumarán las capacidades de dichas actividades.

1. Instalaciones de combustión

1.1. Instalaciones de combustión con una potencia térmica de combustión superior a 50 MW⁽¹⁾.

(1) Las exigencias materiales de la Directiva 88/609/CEE seguirán siendo válidas para instalaciones existentes hasta el 31 de diciembre del año 2003.

- 1.2. Refinerías de petróleo y de gas.
- 1.3. Coquerías.
- 1.4. Instalaciones de gasificación y licuefacción de carbón.

2. Producción y transformación de metales

- 2.1. Instalaciones de calcinación o sintetización de minerales metálicos incluido el mineral sulfurado.
- 2.2. Instalaciones para la producción de fundición o de aceros brutos (fusión primaria o secundaria), incluidas las correspondientes instalaciones de fundición continua de una capacidad de más de 2,5 toneladas por hora.
- 2.3. Instalaciones para la transformación de metales ferrosos:
 - a) laminado en caliente con una capacidad superior a 20 toneladas de acero en bruto por hora;
 - b) forjado con martillos cuya energía de impacto sea superior a 50 kilojulios por martillo y cuando la potencia térmica utilizada sea superior a 20 MW;
 - c) aplicación de capas de protección de metal fundido con una capacidad de tratamiento de más de 2 toneladas de acero bruto por hora.
- 2.4. Fundiciones de metales ferrosos con una capacidad de producción de más de 20 toneladas por día.
- 2.5. Instalaciones:
 - a) para la producción de metales en bruto no ferrosos a partir de minerales, de concentrados o de materias primas secundarias mediante procedimientos metalúrgicos, químicos o electrolíticos;
 - b) para la fusión de metales no ferrosos, inclusive la aleación, incluidos los productos de recuperación (refinado, moldeado en fundición) con una capacidad de fusión de más de 4 toneladas para el plomo y el cadmio o 20 toneladas para todos los demás metales, por día.
- 2.6 Instalaciones para el tratamiento de superficie de metales y materiales plásticos por procedimiento electrolítico o químico, cuando el volumen de las cubetas destinadas al tratamiento empleadas sea superior a 30 m³.

3. Industrias minerales

- 3.1. Instalaciones de fabricación de cemento clinker en hornos rotatorios con una capacidad de producción superior a 500 toneladas diarias, o de cal en hornos rotatorios con una capacidad de producción superior a 50 toneladas por día, o en hornos de otro tipo con una capacidad de producción superior a 50 toneladas por día.
- 3.2. Instalaciones para la obtención de amianto y para la fabricación de productos a base de amianto.

3.3. Instalaciones de fabricación de vidrio incluida la fibra de vidrio, con una capacidad de fusión superior a 20 toneladas por día.

3.4. Instalaciones para la fundición de materiales minerales, incluida la fabricación de fibras minerales con una capacidad de fundición superior a 20 toneladas por día.

3.5. Instalaciones para la fabricación de productos cerámicos mediante horneado, en particular de tejas, ladrillos refractarios, azulejos, gres cerámico o porcelanas, con una capacidad de producción superior a 75 toneladas por día, y/o una capacidad de horneado de más de 4 m³ y de más de 300 kg/m³ de densidad de carga por horno.

4. Industria química

La fabricación, a efectos de las categorías de actividades de la presente Directiva, designa la fabricación a escala industrial, mediante transformación química de los productos o grupos de productos mencionados en los puntos 4.1 a 4.6

4.1. Instalaciones químicas para la fabricación de productos químicos orgánicos de base, en particular:

- a) hidrocarburos simples (lineares o cíclicos, saturados o insaturados, alifáticos o aromáticos);
- b) hidrocarburos oxigenados, tales como alcoholes, aldehídos, cetonas, ácidos orgánicos, ésteres, acetatos, éteres, peróxidos, resinas, epóxidos;
- c) hidrocarburos sulfurados;
- d) hidrocarburos nitrogenados, en particular, aminas, amidas, compuestos nitrosos, nítricos o nitratos, nitrilos, cianatos e isocianatos;
- e) hidrocarburos fosforados;
- f) hidrocarburos halogenados;
- g) compuestos orgánicos metálicos;
- h) materias plásticas de base (polímeros, fibras sintéticas, fibras a base de celulosa);
- i) cauchos sintéticos;
- j) colorantes y pigmentos;
- k) tensioactivos y agentes de superficie.

4.2. Instalaciones químicas para la fabricación de productos químicos inorgánicos de base como:

- a) gases y, en particular, el amoníaco, el cloro o el cloruro de hidrógeno, el flúor o fluoruro de hidrógeno, los óxidos de carbono, los compuestos del azufre, los óxidos del nitrógeno, el hidrógeno, el dióxido de azufre, el dicloruro de carbonilo;
- b) ácidos y, en particular, el ácido crómico, el ácido fluorhídrico, el ácido fosfórico, el ácido nítrico, el ácido clorhídrico, el ácido sulfúrico, el ácido sulfúrico fumante, los ácidos sulfurados;
- c) bases y, en particular, el hidróxido de amonio, el hidróxido potásico, el hidróxido sódico;
- d) sales como el cloruro de amonio, el clorato potásico, el carbonato potásico (potasa), el carbonato sódico (sosa), los perboratos, el nitrato argéntico;

e) no metales, óxidos metálicos u otros compuestos inorgánicos como el carburo de calcio, el silicio, el carburo de silicio.

4.3. Instalaciones químicas para la fabricación de fertilizantes a base de fósforo, de nitrógeno o de potasio (fertilizantes simples o compuestos).

4.4. Instalaciones químicas para la fabricación de productos de base fitofarmacéuticos y de biocidas.

4.5. Instalaciones químicas que utilicen un procedimiento químico o biológico para la fabricación de medicamentos de base.

4.6 Instalaciones químicas para la fabricación de explosivos.

5. Gestión de residuos

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva 75/442/CEE, y en el artículo 3 de la Directiva 91/689/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a los residuos peligrosos⁽¹⁾:

5.1. Instalaciones para la valorización o eliminación de residuos peligrosos de la lista, contemplada en el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 91/689/CEE, tal como se definen en los Anexos II A y II B (operaciones R1, R5, R6, R8 y R9) de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos de la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados⁽²⁾ de una capacidad de más de 10 toneladas por día.

5.2. Instalaciones para la incineración de los residuos municipales, tal como se definen en las Directivas 89/369/CEE del Consejo, de 8 de junio de 1989, relativa a la prevención de la contaminación atmosférica procedente de instalaciones existentes de incineración de residuos municipales⁽³⁾, y 89/429/CEE del Consejo, de 21 de junio de 1989, relativa a la reducción de la contaminación atmosférica procedente de instalaciones existentes de incineración de residuos municipales⁽⁴⁾ de una capacidad de más de 3 toneladas por hora.

5.3. Instalaciones para la eliminación o aprovechamiento de los residuos no peligrosos, tal como se definen en los Anexos II A y B de la Directiva 75/442/CEE en las rúbricas D8, D9, con una capacidad de más de 50 toneladas por día.

5.4. Vertederos que reciban más de 10 toneladas por día o que tengan una capacidad total de más de 25.000 toneladas con exclusión de los vertederos de residuos inertes.

(1) DO n° L 377 de 31.12.1991, p. 20. Directiva modificada por la Directiva 94/31/CE (DO n° L 168 de 2.7.1994, p. 28).

(2) DO n° L 194 de 25.7.1975, p. 23. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 91/692/CEE (DO n° L 377 de 31.12.1991, p. 48).

(3) DO n° L 163 de 14.6.1989, p. 32.

(4) DO n° L 203 de 15.7.1989, p. 50.

6. Otras actividades

6.1. Instalaciones industriales destinadas a la fabricación de:

- a) pasta de papel a partir de madera o de otras materias fibrosas;
- b) papel y cartón con una capacidad de producción de más de 20 toneladas diarias.

6.2. Instalaciones para tratamiento previo (operaciones de lavado, blanqueo, mercerización) o para el tinte de fibras o productos textiles cuando la capacidad de tratamiento supere las 10 toneladas diarias.

6.3. Instalaciones para el curtido de cueros cuando la capacidad de tratamiento supere las 12 toneladas de productos acabados por día.

6.4. a) mataderos con una capacidad de producción de canales superior a 50 T/día;

b) tratamiento y transformación destinados a la fabricación de productos alimenticios a partir de:

- materia prima animal (que no sea la leche) de una capacidad de producción de productos acabados superior a 75 T/día;
- materia prima vegetal de una capacidad de producción de productos acabados superior a 300 T/día (valor medio trimestral);

c) tratamiento y transformación de la leche, con una cantidad de leche recibida superior a 200 T/día (valor medio anual).

6.5. Instalaciones para la eliminación o el aprovechamiento de canales o desechos de animales con una capacidad de tratamiento superior a 10 T/día.

6.6. Instalaciones destinadas a la cría intensiva de aves de corral o de cerdos que dispongan de más de:

- a) 40.000 emplazamientos para las aves de corral;
- b) 2.000 emplazamientos para cerdos de cría (de más de 30 k.) o
- c) 750 emplazamientos para cerdas.

6.7. Instalaciones para el tratamiento de superficie de materiales, de objetos o productos con utilización de disolventes orgánicos, en particular para aprestarlos, estamparlos, revestirlos y desgrasarlos, impermeabilizarlos, pegarlos, enlazarlos, limpiarlos o impregnarlos, con una capacidad de consumo de más de 150 kg de disolvente por hora o de más de 200 T/año.

6.8. Instalaciones para la fabricación de carbono (carbón sintetizado) o electrografito por combustión o grafitación.

ANEXO II

**LISTA DE DIRECTIVAS CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 18
Y EN EL ARTÍCULO 20**

1. Directiva 87/217/CEE sobre la prevención y la reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto.
2. Directiva 82/176/CEE relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de mercurio del sector de la electrólisis de los cloruros alcalinos.
3. Directiva 83/513/CEE relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de cadmio.
4. Directiva 84/156/CEE relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de mercurio de los sectores distintos de la electrólisis de los cloruros alcalinos.
5. Directiva 84/491/CEE relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de hexa-clorociclohexano.
6. Directiva 86/280/CEE relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los residuos de determinadas sustancias peligrosas comprendidas en la lista 1 del Anexo de la Directiva 76/464/CEE, modificada posteriormente por las Directivas 88/347/CEE y 90/415/CEE por las que se modifica el Anexo II de la Directiva 86/280/CEE.
7. Directiva 89/369/CEE relativa a la prevención de la contaminación atmosférica procedente de nuevas instalaciones de incineración de residuos municipales.
8. Directiva 89/429/CEE relativa a la reducción de la contaminación atmosférica procedente de instalaciones existentes de incineración de residuos.
9. Directiva 94/67/CE relativa a la incineración de residuos peligrosos.
10. Directiva 92/112/CEE por la que se fija el régimen de armonización de los programas de reducción, con vistas a la supresión, de la contaminación producida por los residuos de la industria del dióxido de titanio.
11. Directiva 88/609/CEE sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, cuya última modificación la constituye la Directiva 94/66/CE.
12. Directiva 76/464/CEE relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad.
13. Directiva 75/442/CEE relativa a los residuos modificada por la Directiva 91/156/CEE.
14. Directiva 75/439/CEE relativa a la gestión de aceites usados.
15. Directiva 91/689/CEE relativa a los residuos peligrosos.

ANEXO III**LISTA INDICATIVA DE LAS PRINCIPALES SUSTANCIAS CONTAMINANTES QUE SE TOMARÁN OBLIGATORIAMENTE EN CONSIDERACIÓN SI SON PERTINENTES PARA FIJAR VALORES LÍMITE DE EMISIONES****ATMÓSFERA**

1. Óxidos de azufre y otros compuestos de azufre.
2. Óxidos de nitrógeno y otros compuestos de nitrógeno.
3. Monóxido de carbono.
4. Compuestos orgánicos volátiles.
5. Metales y sus compuestos.
6. Polvos.
7. Amianto (partículas en suspensión, fibras).
8. Cloro y sus compuestos.
9. Flúor y sus compuestos.
10. Arsénico y sus compuestos.
11. Cianuros.
12. Sustancias y preparados respecto de los cuales se haya demostrado que poseen propiedades cancerígenas, mutágenas o puedan afectar a la reproducción a través del aire.
13. Policlorodibenzodioxina y policlorodibenzofuranos.

AGUA

1. Compuestos organohalogenados y sustancias que puedan dar origen a compuestos de esta clase en el medio acuático.
2. Compuestos organofosforados.
3. Compuestos organoestánicos.

Prevención y control integrados de la contaminación

4. Sustancias y preparados cuyas propiedades cancerígenas, mutágenas o que puedan afectar a la reproducción en el medio acuático o vía el medio acuático estén demostradas.
5. Hidrocarburos persistentes y sustancias orgánicas tóxicas persistentes y bioacumulables.
6. Cianuros.
7. Metales y sus compuestos.
8. Arsénico y sus compuestos.
9. Biocidas y productos fitosanitarios.
10. Materias en suspensión.
11. Sustancias que contribuyen a la eutrofización (en particular nitratos y fosfatos).
12. Sustancias que ejercen una influencia desfavorable sobre el balance de oxígeno (y computables mediante parámetros tales como DBO, DCO).

ANEXO IV

Aspectos que deben tenerse en cuenta con carácter general o en un supuesto particular cuando se determinen las mejores técnicas disponibles definidas en el punto 11 del artículo 2, teniendo en cuenta los costes y ventajas que pueden derivarse de una acción y los principios de precaución y prevención:

1. Uso de técnicas que produzcan pocos residuos.
2. Uso de sustancias menos peligrosas.
3. Desarrollo de las técnicas de recuperación y reciclado de sustancias generadas y utilizadas en el proceso, y de los residuos cuando proceda.
4. Procesos, instalaciones o método de funcionamiento comparables que hayan dado pruebas positivas a escala industrial.
5. Avances técnicos y evolución de los conocimientos científicos.
6. Carácter, efectos y volumen de las emisiones de que se trate.
7. Fechas de entrada en funcionamiento de las instalaciones nuevas o existentes.
8. Plazo que requiere la instauración de una mejor técnica disponible.
9. Consumo y naturaleza de las materias primas (incluida el agua) utilizada en procedimientos de eficacia energética.

10. Necesidad de prevenir o reducir al mínimo el impacto global de las emisiones y de los riesgos en el medio ambiente.
11. Necesidad de prevenir cualquier riesgo de accidente o de reducir sus consecuencias para el medio ambiente.
12. Información publicada por la Comisión, en virtud del apartado 2 del artículo 16, o por organizaciones internacionales.

ACUERDO INTERPRETATIVO DEL ARTÍCULO 16.9 DE LA LEY 8/1993, SOBRE EL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRAMITADAS POR LAS CORPORACIONES LOCALES

NOTA INTRODUCTORIA

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS CORPORACIONES LOCALES ¿AUSENCIA DE DICTAMEN DE ÓRGANO CONSULTIVO?

Afirmar que la intervención consultiva, sea del Consejo de Estado o de sus réplicas en la Comunidades Autónomas, constituye una preciada garantía es algo que no necesita demostración; libera de ello la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre, al decir que “La intervención del Órgano consultivo, sea o no vinculante, es una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo.”

En los procedimientos de responsabilidad patrimonial la intervención consultiva cumple, amén del papel de cuasicontrol de la actividad administrativa, una singular función de apoyo técnico que destaca sobre otros asuntos igualmente sometidos a Dictamen preceptivo. El sistema de responsabilidad es, ciertamente, un “sistema”; un conjunto de elementos o conceptos, escasamente regulados en su mayoría, muy interdependientes e incluso solapados entre sí, cuyo correcto manejo exige del intérprete la comprensión del conjunto, la “filosofía” que le subyace, lo que ocurre en otros sistemas de responsabilidad y en otras jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa. Por ello hay que acusar una cierta desproporción o ingenuidad en el Reglamento de los procedimientos en esta materia al polarizar el objeto del Dictamen en el nexo de causalidad —símbolo del sistema de responsabilidad objetiva— y la valoración del daño (art. 12.2 del RD 429/1993, de 26 de marzo), como si estos elementos absorbieran las cuestiones relevantes o dificultosas de cualquier procedimiento de esta clase, siendo así que hay otros elementos tan decisivos como aquéllos, y acaso más sutiles, de los que depende el sentido de la decisión que deba adoptarse. En buena técnica todos ellos deben analizarse con autonomía aun sin perder de vista el conjunto, pues no resulta jurídicamente correcto subsumir todos los problemas en la relación de causalidad como se suele hacer con mucha frecuencia.

Si a todo ello se añade la enorme casuística que ofrece la realidad, bien puede entenderse la dificultad de construir una doctrina homogénea capaz de reducir o disolver la frecuente desigualdad de trato que los damnificados sufren en este ámbito. Y si tal dificultad la tienen incluso los órganos administrativos avezados en estas cuestiones por dedicarse a actividades potencialmente dañosas —paradigma de ellos, los servicios sanitarios—, y aún más, los Órganos consultivos que con tanta asiduidad dictaminan sobre

estos asuntos, no es necesario enfatizar la inquietud que provoca imaginarse en qué estado se encuentra la seguridad jurídica si se piensa, por ejemplo, en el ingente número de reclamaciones de esta clase que, esporádicamente, han de resolver los Ayuntamientos. Por ello puede afirmarse que la intervención de Órgano consultivo en estos procedimientos es una pieza indispensable para lograr la máxima unicidad posible de criterios en esta materia, debiendo apreciarse asimismo su estratégica posición en el procedimiento, o sea, su virtual función preventiva o disuasoria de ulteriores litigios ante los Tribunales. Sencillamente cabe decir, sin riesgo, que los órganos de la Administración activa, al menos en esta materia, están normalmente huérfanos de mejores razones jurídicas para decidir. La intervención de los Altos Órganos consultivos tiene aquí un sustento irrefutable.

Sin embargo, el panorama que ofrece nuestro Derecho no puede ser más incongruente con lo que se acaba de exponer. El Consejo de Estado y los Órganos homólogos creados en algunas Comunidades Autónomas asumen sin problemas la emisión del preceptivo Dictamen cuando la Administración reclamada es la del Estado o la autonómica. Pero el propio Consejo de Estado y la mayoría de los Órganos consultivos semejantes se han cerrado a intervenir en los procedimientos tramitados por las Corporaciones Locales. Simplemente, han abdicado de ejercer la garantía que ello supone para los intereses públicos y los administrados.

Por lo que atañe al Consejo de Estado ese rehúse viene de la época en la que monopolizaba la función consultiva en España; y bien que puede comprenderse su inhibición, si no desde el punto de vista jurídico —¿por qué ha de ser de peor condición el sujeto lesionado por una Administración local?— sí desde razones puramente funcionales cuya explicación es ociosa. Pero después de la Constitución ya no cabe esa comprensión hacia las dificultades logísticas del Consejo si ello es a costa de la universalidad de la garantía y la igualdad de trato de las Administraciones y administrados. Y hasta esa justificación de tipo funcional se desvanece si recordamos el sentido expansivo dado en principio al artículo 107 de la Constitución y a la Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980, desde la aspiración a consagrar al Consejo no sólo como Órgano consultivo del Gobierno sino de las Comunidades Autónomas. En otras palabras, no se puede comprender esa lucha por el crecimiento en tal dirección a la vez que el repliegue en los asuntos relativos a las Corporaciones Locales, pues ya en la época misma en la que se postuló esa posición absorbente del Consejo de Estado era bien fácil representarse la inflación de asuntos procedentes de las Comunidades Autónomas que vendría obligado a asumir, situación que no ha llegado a materializarse en buena parte por virtud del auxilio que han venido a prestar los órganos consultivos autonómicos creados.

No ha de olvidarse, tampoco, que el referido RD 429/1993, de 26 de marzo, cuando era todavía Proyecto y fue sometido a Dictamen del Consejo de Estado incluía en su artículo 11 la preceptividad de la consulta por las Corporaciones Locales en materia de responsabilidad patrimonial, y el Alto Órgano recomendó se eliminara tal previsión y se sustituyera por la fórmula que aparece en el actual artículo 12.1: “cuando sea preceptivo a tenor de

la Ley Orgánica del Consejo de Estado”, Ley que no contempla –si sólo nos atenemos a su artículo 22.13– el Dictamen en estos casos. El argumento esgrimido por el Consejo de Estado para evitar su intervención encontraba una fácil justificación formal: “su introducción por vía reglamentaria podría afectar a la delimitación de competencias del Consejo de Estado”. Pues bien, tal recomendación no tendría que haber sido formulada en términos tan absolutos, pues con ella se venía a ignorar tanto la existencia de Órganos consultivos autonómicos cuyo ámbito competencial no tenía por qué correr la misma suerte que el ya establecido para el Consejo de Estado, ni se tomaba en cuenta la entonces reciente STC 204/1992 que había reconocido la legitimidad de la alta función consultiva ejercida por órganos autonómicos, cuyas Leyes de creación no contenían el rotundo condicionante literal que sí presenta la LOCE. En suma, el Consejo de Estado dictaminó sobre dicho Reglamento como si él fuera el único llamado a intervenir en estos asuntos.

Esta inconsecuente situación es aún más llamativa, si cabe, en el ámbito de los órganos consultivos autonómicos que tampoco conocen de estos procedimientos, pues ni siquiera es posible invocar en el ámbito regional el manido argumento de la dificultad de atender cantidades ingentes de reclamaciones procedentes de Corporaciones Locales. La generalidad de las Leyes de creación de estos órganos consultivos hacen en esta materia una tan cómoda como irreflexiva remisión a “lo que establezca expresamente la Ley”, siendo así que no hay por el momento otra Ley susceptible de acoger esa remisión que la del Consejo de Estado, con su carencia ya comentada (así, Leyes de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña y de los Consejos de Canarias, Andalucía, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha); e incluso la Ley del Consejo de las Islas Baleares remite expresamente a lo que establezca la Ley del Consejo de Estado. Por excepción, remiten al “ordenamiento jurídico” o a la “legislación” los órganos consultivos de Aragón y de Galicia, dicción que facilita la superación de tal estado de cosas, sin que se quiera decir que tal superación no sea factible para los demás órganos consultivos.

Pero lo más importante a señalar es que en la práctica tampoco se percibe una reacción de los órganos consultivos autonómicos en orden a interpretar el verdadero alcance de su competencia en esta materia, quedando arrastrados por la pauta impuesta “unilateralmente” por el propio Consejo de Estado.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, desde la creación misma de su Consejo Consultivo no han sido pocas las Corporaciones Locales que han formulado consultas en esta materia con carácter preceptivo; y dicho Órgano las ha aceptado sin detectar ningún problema en ello. Mas para disipar cualquier duda sobre su competencia en estos casos, su Comisión Permanente adoptó el Acuerdo Interpretativo que se transcribe, cuyo texto constituyó una parte sustancial de la Memoria Anual del Consejo de 1997.

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

ACUERDO INTERPRETATIVO DEL ARTÍCULO 16.9 DE LA LEY 8/1993, SOBRE
EL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE
ANDALUCÍA EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
TRAMITADAS POR LAS CORPORACIONES LOCALES

**APROBADO, POR UNANIMIDAD, POR SU COMISIÓN PERMANENTE
EN LA SESIÓN DEL 9 DE ABRIL DE 1997**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

El principio general afirmado en el artículo 3.2 de la Ley 8/1993, de creación del Consejo Consultivo de Andalucía, encuentra refrendo en lo dispuesto en el artículo 16 del mismo texto legal, cuando establece los supuestos en que ha de ser consultado preceptivamente. Tratándose de expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por Administración distinta a la de la Comunidad Autónoma es de aplicación lo dispuesto en el apartado 9 de dicho artículo: “Aquellos que, por precepto expreso de una Ley, deba pedirse dictamen al Consejo Consultivo”.

La expresa mención a la Ley como único instrumento normativo capaz de atribuir competencias a los supremos Órganos consultivos goza de larga tradición en nuestro Derecho, como demuestran las sucesivas disposiciones reguladoras del Consejo de Estado y actualmente la práctica totalidad de las leyes creadoras de los Consejos Consultivos autonómicos implantados tras la Constitución. Valga señalar como excepción la Ley creadora de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, cuya invocación en este punto no a la Ley sino al “ordenamiento jurídico” [artículo 55.2 y 55.2.g), Ley 1/1995, de 16 de febrero], viene sin duda a quebrar la que pudiera calificarse como una “reserva de ley” establecida de hecho, por fuerza de la tradición, para la atribución de competencias a estos Altos Órganos Consultivos del Estado o de las Comunidades Autónomas (hoy plasmada, para el Consejo de Estado, en el artículo 107 de la Constitución).

Este Consejo ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre el sentido y alcance de dicha “reserva” (por todos, Dictamen 92/1995, de 21 de diciembre). Así, ha afirmado que la expresión “Ley” alude a la Ley en sentido formal; y ello no sólo por el uso convencional que las propias normas hacen de la expresión “Ley”, en mayúscula, para señalar a las disposiciones de tal rango, sino porque los antecedentes parlamentarios del precepto en cuestión permiten afirmar que se quiso que fuera la Ley y no las disposiciones de rango inferior a ella, la que acordara y definiera los supuestos de intervención preceptiva del Consejo. Ciertamente es que este pronunciamiento se hizo respecto de la misma expresión contenida en el apartado 8 de dicho artículo, pero es plenamente aplicable, sin duda, a su apartado 9 por existir identidad de razón.

No obstante, hay que recordar que esta doctrina quedaba matizada, evitando consecuencias maximalistas, habida cuenta de cómo, a pesar de esa teórica encomienda a la Ley, la práctica ha determinado un notable ensanchamiento de las atribuciones del Consejo de Estado realizado por vía reglamentaria, como viene a demostrar la Resolución de 3 de marzo de 1982 —y otras anteriores de la misma índole— dictada por la Presidencia del Consejo de Estado en la que se hace inventario de las disposiciones legales y reglamentarias que contemplan la intervención preceptiva de dicho Órgano, dato este de suma relevancia si se tiene en cuenta la subrogación de este Consejo Consultivo, en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma, en las funciones que ha venido ostentando el Alto Cuerpo Consultivo del Gobierno de la Nación. Como es lógico, de este fenómeno de sustitución no podría derivarse la negativa consecuencia de que por mor de una interpretación literal de las expresiones “Ley” contempladas en el citado artículo 16, apartados 8 y 9, hubieran de desaparecer, con la creación del Consejo Consultivo de Andalucía, garantías que ya se hallaban establecidas, abstracción hecha de si ortodoxamente o no, y que de hecho venían funcionando. Por todo ello, la doctrina de este Consejo no ha seguido una interpretación literalista y unívoca de dichos preceptos, declarando, por contra, que los mismos atienden fundamentalmente al ámbito del Derecho propio de Andalucía, tratándose de normas *pro futuro* en cuya *ratio* no puede de ningún modo considerarse contenida la exclusión de normas estatales por causa de su eventual rango reglamentario, habiendo de estarse a las competencias que objetivamente pertenezcan a este Consejo, de acuerdo con su Ley de creación y el resto del Ordenamiento jurídico.

II

Sobre el referido fondo doctrinal hay que situar la posible aplicación del artículo 16.9 a los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por Entidades locales.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque establece los aspectos sustantivos fundamentales del instituto de la responsabilidad administrativa [art. 139.1. y Disposición Derogatoria 2.a)], no contempla, sin embargo, la intervención del Órgano consultivo correspondiente en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, ni la regulación de estos mismos procedimientos. Los artículos 142 y 143 regulan sólo algunos de sus aspectos, señalando, en suma, que “se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurren las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley”. Tales procedimientos han sido regulados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, cuyo artículo 12.1 prescribe que: “Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano instructor propondrá que se recabe, **cundo sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado**, el dictamen de este Órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.”

Dos órdenes de cuestiones plantea dicho régimen; por una parte, el hecho mismo de que la intervención del órgano consultivo no viene establecida por la Ley, sino en una norma reglamentaria; por otra parte, la técnica utilizada por dicho precepto de no determinar por sí mismo los supuestos en los que es preceptivo el dictamen correspondiente, sino

de remitirse, por contra, a “lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado”, introduce notable confusión ya que el artículo 22 de esta última Ley, al establecer la relación de asuntos de preceptiva consulta a su Comisión Permanente, sólo se refiere en su apartado 13 a las “Reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado”. Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas hay que recordar lo dispuesto en su artículo 23 —con la interpretación dada por la STC 204/1992, de 26 de noviembre, según vimos en nuestro Dictamen 38/1997, de 20 de marzo—, a tenor del cual “El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes.”

Hay que poner de relieve que la normativa descrita ha llevado al Consejo de Estado a concluir que no es preceptiva la consulta en los expedientes relativos a la responsabilidad patrimonial de las Corporaciones locales. Así lo entendió cuando informó sobre el Reglamento citado en fase de proyecto (Dictamen 3/1993 de 11 de febrero), al no encontrar base en su propia Ley Orgánica y la Ley del Proceso Autonómico, ni en la Ley 30/1992, y ni siquiera en el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, para extender la preceptividad del dictamen a la Administración Local. Fundándose en ello y desde la consideración de que “su introducción por vía reglamentaria podría afectar a la delimitación de competencias del Consejo de Estado” este Órgano sugirió que se diera una nueva redacción al entonces artículo 11.1. del Proyecto examinado, proponiendo una fórmula que es exactamente la que figura en el artículo 12.1 del vigente Real Decreto 429/1993, transcrito anteriormente. Posteriormente, ya en sede aplicativa de esta norma a asuntos concretos, el Consejo de Estado ha ratificado su doctrina al respecto (entre otros, Dictamen 1158/1995, de 16 de junio).

III

No ha sido ésa la doctrina seguida por este Consejo Consultivo, habiendo ya conocido, con el carácter de preceptivas, las consultas que le han sido formuladas sobre estos asuntos (Dictámenes 90/1995, de 21 de diciembre; 68/1996, de 18 de junio; 100/1996, de 12 de septiembre; 135/1996, de 4 de diciembre); y ello, desde una recta interpretación del artículo 16.9 de su Ley de creación que ahora es oportuno explicitar con detalle.

Como advertencia previa debemos sentar que este Consejo no entra a valorar el acierto o no de la doctrina sostenida por el Consejo de Estado para su ámbito de actuación en esta materia. Es más, ni siquiera cabe partir de su argumentación como premisa metodológica del razonamiento que aquí hemos de hacer, pues hay que notar que el supremo Órgano consultivo del Gobierno de la Nación ha tenido que decantar su posición al respecto desde el indudable condicionante que le viene impuesto por el artículo 22.13 de su Ley Orgánica, estrictamente referido a la “Administración del Estado”, obstáculo, al menos literal, que no se encuentra en la necesidad de superar este Consejo Consultivo, ya que éste ha de enfocar su labor hermenéutica desde la base mucho más abierta que le ofrece

la mentada previsión del artículo 16.9 de su Ley 8/1993 (“aquellos que, por precepto expreso de una Ley, deba pedirse dictamen al Consejo Consultivo”). Quizás el planteamiento hubiera tenido necesariamente que traer a colación la doctrina del Consejo de Estado si éste órgano, en lugar de construir su doctrina sobre lo dispuesto en el apartado 13 del artículo 20 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, hubiese igualmente valorado la cláusula residual —análoga a la de este Consejo Consultivo— contenida en el apartado 19 de ese mismo artículo (“*Todo asunto en que por precepto expreso de una Ley haya de consultarse al Consejo de Estado...*”); mas comoquiera que este posible elemento no ha sido conjugado por la doctrina referida, no le cabe otra opción a este Consejo que la de partir puramente de lo previsto en el artículo 16.9 de su Ley de creación, interpretándolo en conjunción con el ordenamiento jurídico general; no, por tanto, con una ley en particular —así sea en este caso la del Consejo de Estado— o con interpretaciones formuladas desde ésta.

IV

Aun partiendo del hecho cierto de que la Ley 30/1992 no contempla la intervención de órgano consultivo en los procedimientos sobre responsabilidad —diríase mejor que defiere por entero la regulación de los procedimientos a un reglamento complementario— no sería concebible deducir de ese silencio la supresión de la garantía. Ésta se encontraba consolidada ya con anterioridad, no tan sólo en la Ley Orgánica del Consejo de Estado —con el alcance subjetivo que quepa dar a ésta— y en algunas Leyes de creación de Consejos Consultivos (así, artículo 10.7 de la Ley de 6 de julio de 1984, de Canarias; artículo 3.2 del Decreto Legislativo de 25 de marzo de 1991, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña —con explícita mención en este caso a los expedientes de la Administración local en la materia que nos ocupa—), sino en la propia regulación sectorial sobre responsabilidad de la Administración. Concretamente, el artículo 134.3. del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (Decreto de 26 de abril de 1957) contemplaba el trámite en cuestión, debiendo destacarse que a las normas contenidas en dicho Reglamento quedaban sujetas, además de la Administración del Estado, “*Las Corporaciones locales y Entidades institucionales*” (art. 133.2). La aplicabilidad de esta garantía a los procedimientos de las Entidades locales ha encontrado elocuente respaldo en la anteriormente citada Resolución de 3 de marzo de 1982 de la Presidencia del Consejo de Estado sobre “*Disposiciones que preceptúan la audiencia del mismo*”, en cuyo apartado titulado “*Reclamaciones de daños y perjuicios a la Administración*” figura relacionado, junto al artículo 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, referido a las reclamaciones que se formulen ante la “*Administración del Estado*”, el artículo 134.3 del citado Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, descrito con este rótulo: “*Indemnizaciones a particulares por daños causados por la Administración*” (sic). Los distintos términos empleados expresan bien la diferente amplitud de ambas menciones, relevando de mayores comentarios al respecto. Por otra parte, lo anterior viene a corroborar la afirmación sentada al principio sobre cómo en la práctica los Reglamentos han concurrido con las Leyes a la hora de delimitar las competencias del Consejo de Estado.

Pues bien, como conclusión a lo que ha quedado expuesto hay que resaltar el dato de que la Ley 30/1992 no derogó por sí el indicado artículo 134 del Reglamento de la Ley

de Expropiación Forzosa. Dicho artículo, junto con el Capítulo II, Título IV en el que se incluye, ha sido derogado después, por obra del Real Decreto 429/1993 (Disposición Derogatoria Única. 1), disposición que, sin embargo, no parece haber recogido la garantía en toda su amplitud, al menos en la estimación del Consejo de Estado.

V

A juicio de este Consejo no resulta sin embargo decisiva la dicción del artículo 12.1 de dicho Reglamento. En primer lugar hay que reparar en que la expresión “cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado” no remite estrictamente al apartado 13 de su artículo 22 —al que ni siquiera menciona—, pudiendo entenderse también aludido, como ya indicamos, el apartado 19 del mismo artículo. En puridad, no sería posible otra interpretación que ésta, es decir, la de entender que dicho artículo 12.1 no excluye por sí mismo el dictamen preceptivo en los procedimientos de responsabilidad de las Corporaciones Locales —al menos respecto de los Órganos consultivos distintos al Consejo de Estado— si se quiere evitar la insalvable contradicción que supondría admitir que la citada disposición, por su rango reglamentario, carece de virtualidad para modificar el ámbito de la garantía prefijado en el artículo 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y que en cambio sí la tendría para suprimir garantías preexistentes que han sido intocadas por la propia Ley 30/1992.

Por consiguiente, sin dejar de reconocer la singular naturaleza de dicho Reglamento como auténtico elemento normativo que, aunque desgajado de la Ley, participa de su misma condición de norma común (arts. 1, 2 y 3 del mismo), la interpretación que cabe extraer de su artículo 12.1 puede ser doble: o bien la de entender que el sentido restrictivo que resulta de su conjunción con el artículo 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado sólo afecta a la intervención del Consejo de Estado en estos expedientes, dado que sería inviable pretender que la letra de este último artículo se erigiera en pauta de la intervención de otros órganos análogos; o la más simple y quizás más razonable cual es la de estimar que el Reglamento en cuestión, dado su propio rango y la existencia de Leyes formales concurrentes que tienen prejuzgada la cuestión, ha incorporado una fórmula aséptica, de compromiso, que no arbitra sobre lo que el ordenamiento tenga ya establecido sobre el particular. Esta “neutralidad” del reglamento ante supuestos como el presente en que ha de reflejar con fórmula sintética lo dispuesto por disposiciones anteriores de superior rango —estén éstas ajustadas o no a la realidad del derecho actual— no es un hecho aislado, como lo prueba, por ejemplo, el vigente Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado (Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo), cuyo artículo 10.2 aún sigue refiriéndose en exclusiva a la intervención del Consejo de Estado, conforme originariamente fue establecida la garantía, sin dar el paso de introducir una fórmula nueva más acorde con las mutaciones normativas ya producidas. Por tanto, sólo el sentido de la neutralidad y la cautela ante el riesgo cierto de introducir fórmulas innovativas que pudieran violentar lo establecido por las Leyes explican el fenómeno descrito, como tuvimos ocasión de razonar en nuestro

Dictamen 38/1997, de 20 de marzo. Pues bien, cualquiera que sea la interpretación que se tome de las dos señaladas la conclusión es la misma, esto es, la competencia de este Consejo Consultivo para conocer de los asuntos que nos ocupan.

VI

En efecto, si se sigue la primera, es decir, que en el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993 está implícita la garantía del dictamen en los expedientes de responsabilidad tramitados por las Corporaciones locales —al menos por lo que se refiere a los Órganos consultivos distintos del Consejo de Estado— no es obstáculo el hecho de que ello venga dispuesto por una norma de rango reglamentario, si tenemos en cuenta las consideraciones ya expuestas sobre esta circunstancia, máxime si se trata de un Reglamento tan peculiar como el que estudiamos, en cuanto verdadero complemento indispensable de la Ley Común, sin el cual ésta no podría desplegar eficacia práctica alguna; en suma, un elemento esencial del sistema, si bien disgregado y sin la veste de la Ley.

La segunda interpretación exige partir de la suposición de que el mencionado artículo 12.1 no contempla el dictamen de órgano consultivo para los expedientes de las Corporaciones locales y que alude, tan sólo, a los tramitados por la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas, según resulta de la conjugación del citado artículo con el apartado 13 del artículo 22 y artículo 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Dicho en otras palabras, a partir de tal Reglamento, éste vendría a ser el *régimen general* de la garantía que representa el dictamen preceptivo, régimen del que quedarían excluidos los procedimientos seguidos por las Corporaciones Locales.

Tal supuesta quiebra de la garantía no sólo sería injustificada sino insostenible *de lege data*. Hay que recordar en este sentido cómo la disparidad de regímenes de la Administración Central y la Local que existió en el pasado en materia de responsabilidad patrimonial así como la constante lucha por su unificación constituye uno de los episodios más activos y prolongados que pueda ofrecer la evolución de nuestro Derecho público. Desde la gran separación de partida que llegó a suponer la existencia de un sistema objetivo de responsabilidad para la Administración del Estado y otro de tipo subjetivo o culposo para la Entidades locales, el punto de convergencia y fusión de ambos regímenes tuvo lugar precisamente en el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa más arriba citado, a cuyo abrigo surgió una nueva jurisprudencia que predicó la generalización del sistema de responsabilidad objetiva para todas las Administraciones Públicas (en este sentido es obligada la cita de la celebrísima STS de 12 de marzo de 1975, de los “*los novios de Granada*”), y ello aún en medio de un panorama legal en el que se hallaba vigente el Texto Refundido de Régimen Local de 1955, que contemplaba para estas entidades un sistema de responsabilidad de tipo culposo; fenómeno sin duda atípico desde un estricto principio de jerarquía normativa pero que hallaba sustento y aliento por los propios Tribunales desde consideraciones de equidad o de igualdad de trato a los ciudadanos damnificados. Esa unificación tuvo sin embargo una precaria efectividad, precisamente por la insuficiencia de rango de tal Reglamento para realizar una operación unificadora de tal calibre, y la ausencia de una ley común o aplicable a todas las Administraciones Públicas que pusiera punto final a esa larga historia de divergencias.

Ya la Ley de bases del Régimen Local, de 19 de noviembre de 1975, establecía en su Base 44 que “el Texto Articulado regulará dicha responsabilidad en la forma establecida para la Administración del Estado” dando fin de forma terminante a una dualidad de regímenes en fricción que no había cesado de producir gravísimos problemas desde tiempos ya remotos. Pero nacida dicha Ley en el término mismo del régimen político anterior a la Constitución hubo que esperar a la aparición de la Constitución y a la legislación del nuevo régimen. Con el texto constitucional y sus decisivos artículos 9.3 y 106 así como con la previsión de su artículo 149.1.18ª de que el Estado había de regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, el procedimiento común, y el sistema de responsabilidad, el proceso de unificación podía ya considerarse concluso, sólo a falta de ser materializado en las leyes correspondientes.

Es indispensable situarse en tal perspectiva histórica para valorar el alcance de lo que dispuso el vigente artículo 54 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local (*Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa*) expresión, como bien muestra su texto, de una asunción íntegra y sin fisuras del “régimen general” establecido a extramuros del propio ordenamiento local. En otras palabras, el legislador extendió al ámbito local el régimen sustantivo y procedimental —con los matices derivados de su organización respectiva— que a la sazón se hallaba establecido en la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, así como en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, lo que, naturalmente hay que entender hoy referido a la Ley 30/1992.

La norma analizada es, pues, absolutamente decisiva y no cabe soslayarla a menos que después de ella surja otra norma de su mismo rango y clase que abiertamente la contradiga, cosa que no ha ocurrido ni es presumible que se produzca en el futuro a la luz de lo que venimos de exponer. Es más, lo que debe resaltarse es que tras la aparición de dicho artículo 54 de la Ley 7/1985, hay que integrarlo en el régimen general de tal modo que las leyes preexistentes deben ser interpretadas conforme a esta nueva realidad, como formando parte de las mismas, razón por la que no cabe sostener que la garantía del dictamen preceptivo se halle polarizada sólo en las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas y que éstas tengan la virtud de acotar el concepto del “régimen general” de la institución de manera excluyente. Es más cierto, a juicio de este Consejo, que habiéndose remitido el artículo 54 de la Ley 7/1985 a ese “régimen general”, ello supone lisa y llanamente su integración en el mismo a todos los efectos.

CONCLUSIÓN

A juicio de este Órgano, y por los argumentos que anteceden, debe concluirse que, en los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.9 de su Ley de creación.

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

G. VANDERSANDER**AAVV, L'Europe et les Regions**

[Université de Bruxelles, Bruselas, 1997, 185 págs.]

El libro recoge las Actas del Congreso organizado en Bruselas a finales de 1996 por la "Association belge pour le droit européen" y por la "Association des anciens de l'Institut d'Études européennes de l'Université libre de Bruxelles". A través de las ponencias presentadas al Congreso, se reflexiona sobre la posición de las regiones en el proceso de integración europea y su participación en la toma de decisiones europeas. Asimismo, se valora la importancia de la creación del Comité de las Regiones por el Tratado de la Unión Europea, y se abordan las posibles modificaciones a introducir en los Tratados originarios para satisfacer las necesidades y aspiraciones de los entes regionales europeos.

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

A. MANGAS MARTÍN**La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam**

[Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 3, 1998]

En el artículo se analizan las reformas institucionales abordadas por la Conferencia Intergubernamental de 1996 y recogidas en el Tratado de Amsterdam. En este sentido, la autora valora positivamente la extensión y la simplificación de la codecisión, pero critica la poca importancia del resto de las reformas acordadas, que no han logrado reducir el déficit democrático de la Unión Europea, que se acrecentará con las futuras ampliaciones de la Comunidad. El Tratado de Amsterdam prueba,

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

para la autora, que el sistema de revisión de los Tratados utilizado hasta ahora, basado en una Conferencia diplomática con todos los Estados miembros, está agotado y es cada vez más inviable para hacer progresar y preparar la Unión Europea para el siglo XXI.

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA**Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione**

[Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, núms. 3-4, 1998]

El autor analiza cómo se asiste en la actualidad a la construcción de un Derecho administrativo europeo común que se impone sobre los Derechos administrativos internos y que, sin duda, afecta también a la concepción misma del Derecho administrativo. En el Derecho comunitario no existe una noción unitaria de Administración pública. Existen, en cambio, varias nociones, de origen normativo o jurisprudencial, elaboradas en función de diversos objetivos. En este sentido, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha interpretado la noción de "Estado" o de "Administración pública", se puede extraer la conclusión de que la Corte siempre trata de dar al concepto de "Estado" un "efecto útil", es decir, el contenido más adecuado para la consecución en cada caso de los objetivos de la normativa de que se trate. Así, en ocasiones el TJCE interpreta extensivamente el concepto de "Estado", por ejemplo, en relación con las ayudas del artículo 92 del Tratado CE, con el efecto directo de las directivas comunitarias o en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos. Por el contrario, en otras ocasiones la Corte opta por una interpretación restrictiva, distinguiendo según que el

JUAN MORCILLO MORENO

Estado actúe en una u otra calidad. Así ocurre, en relación con la transparencia de las relaciones entre los Estados miembros y las empresas públicas, cuando el Tribunal distingue entre el Estado según que actúe como autoridad pública o como propietario; o en relación con el acceso a los empleos públicos en los distintos países miembros de la Comunidad.

SUSANA GARCÍA COUSO

El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad

[Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 202 páginas]

El libro de Susana GARCÍA COUSO que referenciamos, es fruto de su Tesis Doctoral, dirigida por el Profesor ÁLVAREZ CONDE, y se une al elenco de investigaciones que sobre la cuestión de inconstitucionalidad existen pues, estando de acuerdo con la autora, este proceso “está llamado a erigirse en el procedimiento más eficaz de control de constitucionalidad de las leyes”.

En la obra se aborda, con rigor y complitud, sustentada en una amplia bibliografía y en un análisis pormenorizado de nuestra Jurisprudencia Constitucional y comparada –sustancialmente Italiana–, todos los problemas que se derivan de la preceptiva existencia en este procedimiento tan paradigmático de encuentro entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, del juicio de relevancia. En qué medida la interpretación y las modulaciones que se hacen del mismo, garantizan o, por el contrario, alteran en beneficio de un control abstracto, la naturaleza que como mecánica de control concreto tiene la Cuestión. Así, por ejemplo, la naturaleza incidental y prejudicial del juicio de relevancia, su análisis desde “el origen” del procedimiento de la cuestión como de su “retorno”. Igualmente, se hace eco de las diferentes posiciones que ambas jurisdicciones tienen en el procedimiento, al actuar el juicio de relevancia como punto de conexión de las mismas.

La autora dedica el último capítulo a analizar la falta de relevancia como causa de inadmisión. La definición de la relevancia, de creación jurisprudencial, como “esquema argumental del que resulta que el fallo depende de la validez de la norma cuestionada” obliga a detenerse, y así se hace en la investigación, en los supuestos concretos de las normas que pueden ser objeto de control de constitucionalidad vía Cuestión y en qué medida se despliega este requisito previo; entre otras, en el derecho transitorio, en las normas que fueron ya objeto de control vía Recurso o Cuestión, en las normas sobre la producción jurídica, en las normas procesales, en las normas comunitarias, en las normas con defectos formales o en los reglamentos parlamentarios. En las conclusiones se apuesta por que el Tribunal Constitucional siga adoptando un criterio de flexibilidad acerca del control de este requisito, pues en nada empece, como hemos dicho, a la naturaleza de control concreto de la Cuestión.

La obra de Susana GARCÍA COUSO, en definitiva, con un lenguaje ágil y nada obstruso, lo que ya es un mérito en este tipo de investigaciones, abre nuevas y sugestivas reflexiones que, sin duda, servirán para activar el conocimiento científico de los problemas que suscitan los procesos constitucionales. Y su principal virtud: es un libro que goza de utilidad.

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

La inconstitucionalidad por omisión

[Civitas, Madrid, 1998, 486 páginas]

La reflexión de FORSTHOFF, citada y reivindicada por el autor, al afirmar que la superación del positivismo no implica, en modo alguno, el abandono de la positividad del Derecho, impregna toda la obra, objeto de este comentario, la cual, por su extensión, supone un verdadero reto al abordar los problemas que se generan por la omisión del legislador a regular las normas constitucionales de obligado y concreto desarrollo.

Como afirma en su Prólogo el Profesor FERNÁNDEZ SEGADO, la escasez de estudios doctrinales sobre la inconstitucionalidad por omisión, implica centrar el tema de partida desde el conocimiento en profundidad de la dogmática constitucional. Sin duda, el autor está, en este sentido, sobrado de conocimientos, y así se traduce en la primera parte al abordar, con una encomiable brillantez literaria, la teoría general del instituto jurídico y de su justificación desde las posiciones doctrinales que se reconocen en el concepto de Constitución dirigente y Constitución abierta.

Fernández Rodríguez se aparta decididamente de cuestiones aparentemente analógicas como son los problemas derivados de las lagunas, la inactividad de la administración, de los conflictos negativos de competencia, de la inejecución de las leyes existentes, de la omisión aplicativa, de la omisión de la regulación de la legislación básica, etc. Para el autor, la omisión se vincula en exclusividad a la existencia de unas normas constitucionales que requieren la *interpositio legislatoris* y que la dejación del órgano encargado trae como consecuencia la ineficacia o eficacia minimizada de las normas.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al entrar a valorar las consecuencias de la aceptación o rechazo, se pregunta acerca de si, entre otros problemas derivados de su no reconocimiento (fortalecimiento del ejecutivo, utilización abusiva de la legislación de urgencia) se resentiría la normatividad constitucional y, en definitiva, su supremacía, al desplegarse una panoplia de trastornos constitucionales, como pueden ser los fraudes y las mutaciones, lo que justificaría la puesta en marcha de un instituto no reconocido constitucionalmente. El autor, en el ánimo de resolver esta paradoja, se posiciona, y éste podría ser un elemento de debate crítico si los límites de esta crónica no lo impidieran, por una defensa de una menor proyección del ejecutivo aunque no se signifique por una vuelta a los esquemas clásicos del parlamentarismo.

La segunda parte de la monografía está dedicada al análisis del derecho extranjero, con la originalidad de abordar diversas culturas jurídicas (Portugal, Brasil, Costa Rica y Argentina) así como alguna categoría

histórica, como es el fenecido ordenamiento fundamental yugoeslavo. En la tercera y última parte se aborda el ordenamiento español, donde se pasa revista a las normas constitucionales, distinguiendo los típicos encargos de desarrollo legislativo de las meras remisiones a la ley. En lo que respecta a las posibilidades de la articulación del instituto en España, rechazada la posibilidad de encuadrarlo en el recurso, se posiciona de modo restrictivo en lo que respecta a la cuestión. Sólo ve la posibilidad en el amparo y también a través de la reforma de la LOTC, dentro del margen que permite la cláusula abierta contenida en el artículo 161.1. d) de la Constitución. Finalmente, se analizan las Sentencias que, de una u otra forma, abordan la inconstitucionalidad por omisión (Objeción de Conciencia y TV por cable).

L. PAREJO ALFONSO

La potestad normativa local

[Diputació de Barcelona-Marcial Pons, Madrid, 1998]

JAVIER BERMÚDEZ/ANA DE MARCOS

En esta obra se recoge la ponencia presentada por el profesor PAREJO ALFONSO en la tercera sesión (9 de febrero de 1998) del Seminario desarrollado en la Universidad Carlos III de Madrid bajo el patrocinio de la Diputación de Barcelona. A partir de la garantía constitucional de la autonomía local, se analiza la potestad normativa local, tanto *ad intra*, el Reglamento Orgánico, como *ad extra*, para la ordenación social, así como la vinculación entre la técnica de la reserva de ley y el alcance de la potestad normativa local.

Al final del libro se recogen tres comunicaciones sobre la potestad normativa de los entes locales presentadas por los profesores, Joaquín García Morillo, Juan Manuel Bandrés Sánchez Cruz y Tomás de la Quadra-Salcedo.

notas bibliográficas

T.R. FERNÁNDEZ**De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional**

[Civitas, Madrid, 1998]

JAVIER BERMÚDEZ/ANA DE MARCOS

La Constitución de 1978 regula en su art. 9.3 el principio de interdicción de la arbitrariedad de todos los poderes públicos. Tras abordar este tema en relación con la Administración Pública en una serie de trabajos recogidos en el volumen "De la arbitrariedad de la Administración", 2ª edición ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 1997, que dieron lugar a una intensa polémica doctrinal, el autor plantea la exigencia de controlar la arbitrariedad del legislador, que debe impulsar la tarea de "reconstruir" la teoría de la Ley.

En esta obra se analiza la jurisprudencia constitucional sobre la arbitrariedad del legislador, el mito del Legislador soberano y su influencia en el ámbito jurídico-constitucional y jurídico-administrativo, así como "el ejemplo de un ordenamiento sin soberano y su benéfica influencia en los ordenamientos nacionales", el Derecho Comunitario.

ELISEO AJA**Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual**

[Ariel, Barcelona, 1998]

JAVIER BERMÚDEZ/ANA DE MARCOS

El Tribunal Constitucional constituye un elemento clave en los sistemas constitucionales contemporáneos como instrumento de control del respeto a la Constitución por parte de los poderes públicos. A partir de Kelsen el Tribunal Constitucional se ha reconocido como "Legislador negativo" debido a sus fun-

ciones relativas al control de constitucionalidad de las leyes. Junto a esta función tradicional los Tribunales Constitucionales desarrollan en la actualidad una labor de protección de los derechos ciudadanos —que parece ser en estos momentos su principal dimensión— y que determina tensiones con el legislador en la medida que origina sentencias interpretativas, apelaciones al legislador a realizar determinadas regulaciones, etc.

En esta obra se analiza esta problemática en Austria, Alemania, Italia, Francia, Portugal y España por los profesores Schäffer, Weber, Romboli, Bon, Nunes de Almeida y Jiménez Campo, y se concluye con un análisis general elaborado por profesores del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona dirigido por el profesor Eliseo Aja.

A. NIETO y T.R. FERNÁNDEZ**El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre Leyes, abogados y jueces**

[Ariel, Barcelona, 1998]

JAVIER BERMÚDEZ / ANA DE MARCOS

En esta obra se recoge la relación epistolar entre los profesores Alejandro NIETO y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ desde el verano de 1997 hasta el de 1998. Se analiza desde una perspectiva crítica y en ocasiones polémica, la utilidad de la ciencia jurídica, la discrecionalidad, la arbitrariedad, la justicia, el concepto de Ley, la argumentación de las sentencias, cuestiones metodológicas, etc. A través de planteamientos que pueden resultar atípicos desde los estrictos esquemas académicos, se aborda el análisis de la Ley, el Derecho y la Justicia, realidades con las que —como destacan los autores en el Prólogo del libro— "estamos trabajando cada día y no hay modo de entender con claridad y de describir con precisión".

MARÍA JOSÉ ALONSO MAS

La solución justa en las relaciones administrativas

[Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, 1998, 686 páginas]

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

Tras analizar la calificación jurídica de los hechos o presupuestos fácticos de los actos administrativos por los operadores jurídicos y la incidencia que ello presenta en la ubicación de la discrecionalidad en la estructura de la norma jurídica (elección de la consecuencia jurídica o apreciación del presupuesto de hecho), la autora se decanta por considerar que la discrecionalidad es un juicio sobre la valoración del presupuesto fáctico del acto que se manifiesta en la elección de la consecuencia jurídica, no existiendo, por tanto, la denominada discrecionalidad volitiva. Desde este posicionamiento se rechaza la posibilidad de considerar que la discrecionalidad permita a la Administración optar por una pluralidad de soluciones igualmente justas (indiferentes jurídicos), ya que no será indiferente el que la Administración opte por una u otra de las consecuencias jurídicas dada su posición institucional de servicio a los intereses generales. Si sólo existe una única solución justa de las resoluciones administrativas, los Tribunales de lo contencioso serán los encargados de fiscalizar dicha solución, siempre de acuerdo a criterios jurídicos y con los límites marcados por las pretensiones de las partes.

J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

Los Convenios entre Administraciones Públicas

[Marcial Pons, Madrid, 1997, 434 páginas]

J. M.^a MAGÁN PERALES

El libro comentado tiene su origen en la tesis doctoral del autor, reelaborada y enriquecida para su publicación. En la obra se realiza un análisis exhaustivo de la figura del Convenio celebrado entre Administraciones públicas. Precisamente una de las primeras tareas abordadas en la obra es la de atajar la multivocidad del término convenio y ubicar correctamente dicha figura.

El interés del libro viene dado precisamente por el enfoque que se da al tema objeto de estudio, estamos ante convenios celebrados entre distintas Administraciones, escapando por tanto de la clásica aplicación de esta figura a las relaciones entre Administración y Administrado. El tema estudiado tiene unas indudables consecuencias prácticas, máxime en un Estado descentralizado como el español y en las relaciones existentes entre el propio Estado central y las Comunidades Autónomas, en el que todas las Administraciones intervienen en un plano de igualdad. Una segunda vertiente es la utilización del convenio como modo de distribución de competencias entre dos Administraciones públicas. Y finalmente, se aborda el estudio del tema desde el punto de vista de la cooperación entre Administraciones, elemento este que resulta esencial para el funcionamiento de todo el sistema administrativo.

El libro cuenta con un capítulo de Derecho comparado que muestra el dominio del autor de la regulación de los convenios en el Derecho alemán, del que merece ser destacado el estudio de los convenios entre el Estado federal y los *Länder*, así como su posible transposición al modelo autonómico español. Ello

notas bibliográficas

se hace precisamente en la segunda parte de la obra, donde tiene lugar el estudio de la figura en Derecho español desde el doble punto de vista subjetivo y objetivo.

La obra demuestra el profundo conocimiento que RODRÍGUEZ DE SANTIAGO tiene del tema. Dada la importancia que la figura del Convenio ha adquirido en la actualidad, cabe destacar el acierto y la oportunidad que supone la aparición de esta obra en lo que respecta al concreto ámbito del Derecho español.

A. EMBID IRUJO

**El nuevo Derecho de aguas.
Las obras hidráulicas y su financiación**

[Civitas, Madrid, 1998, 411 páginas]

Desde hace algún tiempo, es objeto de preocupación en la sociedad española el hallazgo de fórmulas de financiación de obras hidráulicas, por las cuales los beneficiarios directos de la nueva construcción puedan contribuir con fondos en su ejecución. Una muestra de ello es lo que se prevé en el art. 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales), y las sociedades estatales que como ACESA están siendo objeto de constitución en las distintas cuencas hidrográficas con el fin señalado.

Este libro, que recoge las ponencias y comunicaciones que tuvieron lugar al hilo de las VIII Jornadas de Derecho de las Aguas, celebradas en Zaragoza los días 12 y 13 de marzo de 1998, contiene reflexiones y novedades sobre la problemática apuntada, de indispensable consulta para todo aquel que desee aproximarse a dichas cuestiones.

ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA

**Plazo para exigir la responsabilidad
extracontractual de las Administraciones
públicas**

[Civitas, Madrid, 1998, 172 páginas]

“El elemento temporal en el ejercicio del derecho a reclamar por el funcionamiento de los servicios públicos, constituye un aspecto que siempre me ha preocupado por su indudable importancia, pues la extemporaneidad de la reclamación hará innecesario entrar en el fondo de la reclamación. Su trascendencia es, por tanto, incuestionable, y sin embargo en ocasiones el plazo para reclamar es abordado como una cuestión menor.” Con esta reflexión, que da cuenta de la importancia de la cuestión a analizar, comienza E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA su trabajo, en el que hace gala de la necesaria combinación entre el análisis teórico y el casuismo de la práctica diaria, reflejo sin duda de su propia condición de Letrado del Consejo de Estado y Profesor de Derecho Administrativo.

El autor parte de dos principios que marcan su acercamiento al tema objeto de su estudio, esto es, la naturaleza del plazo de un año establecido por el artículo 142 de la Ley 30/1992 para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas. De una parte, de la modulación que las categorías jurídicas generales, como el instituto de la prescripción, reciben en el Derecho administrativo en razón del propio sujeto –la Administración pública– y de los intereses generales por ésta perseguidos. De otra, de la consideración de la prescripción como un instituto encaminado a la preservación de la seguridad jurídica y del rechazo consiguiente a su oposición maniquea a los postulados de la “justicia material”. A la luz

EMILIO GUICHOT REINA

ELOY COLOM PIAZUELO

de estas dos premisas llevará a cabo su aproximación a los aspectos claves del tema de su estudio.

De este modo, sobre la interrogante acerca de la propia naturaleza del plazo para la exigencia de responsabilidad, el autor concluye en su efectiva consideración como plazo de prescripción, tal y como lo define la propia Ley; y ello en tanto que susceptible de interrupción, nota considerada por el autor como diferencial de dicho instituto y distintiva respecto de la caducidad. Sin embargo, precisamente como consecuencia de las dos premisas que impregnan su acercamiento, que antes mencionamos, E. GARCÍA-TREVIJANO concluye en la existencia, respecto del plazo de exigencia de responsabilidad administrativa, de dos notas características del concepto clásico de la caducidad y opuestas a la configuración tradicional de la prescripción: su apreciación de oficio por parte de los tribunales contencioso-administrativos, y la inadmisibilidad de la renuncia por la Administración a la prescripción ya producida.

Tras apuntar los límites constitucionales que se imponen al legislador y al aplicador del Derecho, tal y como han sido precisados por el TC, el grueso del trabajo se dedica al análisis del régimen del cómputo del plazo. El autor no se constituye desde luego en “abogado de parte” y trata de salvaguardar el equilibrio entre los imperativos del principio de legalidad y de seguridad jurídica, de una parte —con las consecuencias antes expuestas— y la procedencia de una “interpretación flexible” del plazo para reclamar, a la que han aludido reiteradamente tanto el TS como el propio Consejo de Estado. Este segundo criterio-guía se halla omnipresente en su análisis de los diversos problemas que plantea la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo. Se analizan detalladamente las diversas hipótesis, y se apunta en todos los casos, junto a la jurisprudencia del TS y del TC, en su caso, y a la doctrina del Consejo de Estado, las propias reflexiones personales, en algún caso discrepantes.

Siguiendo esta línea expositiva que trata de desentrañar analítica y desglosadamente todas las cuestiones que encierra la previsión aparentemente simple del artículo

142 de la Ley 30/1992, E. GARCÍA-TREVIJANO se adentra igualmente en las reglas de la interrupción del plazo, con un estudio que incide particularmente en la eficacia interruptiva de las actuaciones judiciales. Dentro de este tema, se da cuenta de la polémica introducida por la previsión del artículo 146.2 de la Ley 30/1992, según la cual “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”. El autor da cuenta de cómo la Administración se está “beneficiando” de dicha regla, novedosa respecto a la anterior regulación de la LRJAE, y cómo, a su vez, pueden darse problemas de duplicidad de indemnizaciones, por mucho que el artículo 121 del Código Penal las proscriba. En su opinión, y en línea con la doctrina del Consejo de Estado, ha de estarse a una interpretación laxa del precepto: el plazo habrá de entenderse interrumpido cuando la determinación de los hechos sea necesaria “o pueda razonablemente serlo (aunque finalmente se demuestre que no ha sido así)”. En todo caso, apunta E. GARCÍA-TREVIJANO, y caso de no admitirse esta interpretación en la mayoría de los casos, podría fácilmente llegarse a una conclusión similar, por cuanto el archivo de actuaciones indica la inexistencia de negligencia, la cual, sin ser un requisito en nuestro sistema de responsabilidad objetiva, sí constituye “un elemento importante a tener en cuenta”. Todo ello, por supuesto, con la salvedad de que ha de tratarse de acciones penales que guarden una conexión directa con lo que posteriormente será el objeto de la pretensión indemnizatoria, y de que en ningún caso las acciones penales pueden servir para reabrir plazos ya fenecidos por haber transcurrido más de un año desde el *dies a quo* para reclamar la indemnización.

El autor termina apuntando que el plazo de un año se impone también inexorablemente a la propia Administración a la hora de incoar el procedimiento de oficio, contra cierta doctrina y en coherencia con las premisas de la que parte y que impregnan todo su razonar.

VVAA

III Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión Universitaria

[Lex Nova-Universidad de Zaragoza-Ibercaja, Valladolid 1998, 847 páginas]

BEATRIZ SETUÁN MENDÍA

Con una oportunidad fuera de toda duda, habida cuenta la escasez de material jurídico existente sobre la cuestión, acaba de aparecer en el panorama editorial de nuestro país una obra que, bajo el título “III Seminario sobre aspectos jurídicos de gestión universitaria”, publica de forma conjunta las ponencias presentadas en el foro de idéntico nombre celebrado en la Universidad de Zaragoza los días 6, 7 y 8 de mayo de 1998. En esta ocasión, es a la prestigiosa editorial jurídica Lex Nova a la que hay que agradecer la iniciativa, sin olvidar, por supuesto, las inestimables colaboraciones de la propia Universidad de Zaragoza y de Ibercaja. Con la publicación de este libro, los asesores jurídicos de las Universidades españolas –artífices en gran medida de los trabajos que integran el mismo– aportan un material de primer orden para el estudio y reflexión acerca de los temas que preocupan a diario en la gestión de estas Administraciones independientes encargadas del servicio público de la educación superior.

La peculiaridad de los trabajos que integran la obra de la que en estos momentos se da noticia radica en partir de la experiencia práctica del aplicador de la norma y de quienes tienen por misión la defensa de las instituciones universitarias en la vía jurisdiccional, de modo que informes jurídicos, pronunciamientos judiciales –con aportación de los incidentes más destacados que han existido en el proceso judicial–, etc., son tenidos en cuenta de manera preeminente en la redacción de los mismos.

Como no podía ser de otro modo, habida cuenta la amplitud y complejidad de la problemática en juego, son muchas y muy variadas las cuestiones que son objeto de tratamiento en el libro comentado. De este modo, los aspectos más reseñables de la regulación de la educación superior en derecho comparado, el régimen jurídico de las Universidades privadas, el ordenamiento internacional en la materia, la potestad reglamentaria de las Universidades públicas, el peculiar régimen electoral universitario, el régimen jurídico del alumnado universitario, el acceso a la educación superior en nuestro país, la permanencia y el traslado de los estudiantes universitarios, la normativa sobre su matriculación, el régimen jurídico de su evaluación, el complejo sistema actual de elaboración de Planes de estudio, el análisis de algunos de los órganos de gobierno universitario, la problemática de la carrera docente, de la asignación de docencia y de la investigación, la gestión de inmuebles universitarios, aspectos relacionados con el personal de Administración y servicios, las figuras atípicas de prestación de servicios, y la incidencia en el ámbito universitario de la reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, coexisten en las páginas de esta obra colectiva pero unidisciplinar a la que no cabe negar el carácter de instrumental de primer orden para el desenvolvimiento de una labor complicada pero inexcusable.

F.A. CASTILLO BLANCO

Situación actual y tendencias a la función pública española

[Comares, 1998, Granada, 634 páginas]

JOSÉ LUIS GAMERO ZORITA

La presente obra recoge una serie de conferencias pronunciadas por diversos autores en el marco de la Maestría sobre Dirección y Gestión Pública Local que, en su especialidad de Recursos Humanos en el sector público, tuvieron lugar en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional

bajo la coordinación del Profesor Federico A. CASTILLO BLANCO. El fin último de estas intervenciones se concretaba en el análisis y valoración de la regulación sobre la función pública y, asimismo, y lo que a mi juicio reviste un mayor interés, la comparación de ésta con los diferentes proyectos y anteproyectos del nuevo Estatuto de la Función Pública.

La obra se estructura en cuatro capítulos que contienen diversas intervenciones de reconocidos Profesores y técnicos de la Administración. En el primer capítulo, se diserta sobre el régimen jurídico actual de la función pública y el futuro Estatuto de la Función Pública; en el segundo capítulo, se tratan diversos aspectos de la selección y carrera administrativa de los funcionarios públicos, tales como el acceso al empleo público, el procedimiento selectivo en la administración local y el sistema de carrera administrativa; en el tercer capítulo, las diversas intervenciones versan sobre el contenido del Estatuto Funcionario; en el cuarto y último, los intervinientes tratan diferentes aspectos sobre los derechos colectivos en la función pública y prevención de riesgos laborales.

La adaptación de la futura legislación de la Función Pública a los continuos cambios de la Administración es el punto fundamental sobre el que se proyecta esta obra. Esta Administración está en un proceso de profesionalización, donde en la prestación de los servicios se busca la eficiencia y ello exige implementar en la misma nuevas técnicas de recursos humanos con el fin de obtener una administración más gerencial, tal y como señala el coordinador en la presentación de la obra. La adopción de aquellas técnicas redundará en una mejor prestación de los servicios a los ciudadanos por parte de los servidores públicos. No obstante, esta transformación —necesaria en cualquier caso— no puede suponer una flexibilización de los principios rectores sobre los que se asienta la Función Pública, incluidos los consagrados por la propia Constitución. Este libro expone de manera clara las

vicisitudes de un sistema de Función Pública de carácter mixto, en el que perviven elementos de un sistema cerrado propios de otra sociedad con otros de un sistema abierto, cuyo origen se encuentra en la reforma de 1984.

Esta obra aborda las cuestiones fundamentales que habrá de afrontar el Estatuto de la Función Pública futuro, como son el modelo organizativo del empleo público, que siempre deberá respetar los principios constitucionales y la aplicación de un único régimen jurídico a la totalidad del personal, ya sea laboral o funcionario. Este régimen deberá presentar un carácter homogéneo que, sin embargo, haga posible el establecimiento de regulaciones específicas de acuerdo con las diferentes circunstancias y funciones a desarrollar por cada funcionario.

La elaboración del nuevo Estatuto no constituirá una labor fácil. Antes bien, la existencia de un Estado fuertemente descentralizado y la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias normativas en materia de función pública son dificultades que no es preciso obviar. Otra dificultad añadida vendrá determinada, sin duda, por la doctrina que sobre la supletoriedad ha diseñado el Tribunal Constitucional a raíz del dictado de la conocida sentencia sobre la Ley del Suelo.

Realizada esta crónica informativa sobre el contenido de este libro, no queda más que resaltar lo completo del mismo, en cuanto afronta un valiente y pormenorizado análisis de los más notables problemas y vicisitudes que rodean a la Función Pública en la actualidad y proporciona al lector una visión *pro futuro* acerca del contenido necesario del Estatuto de la Función Pública. Sólo resta animar a su lectura. Tanto la importancia y el tratamiento del tema como la reconocida categoría de los disertantes nos invita a ello.

notas bibliográficas

M. MOLINA GARCÍA / F.J. IZQUIERDO

La laboralización de los funcionarios públicos

[Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 106 páginas]

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

La monografía aborda el espinoso tema de la denominada laboralización de la función pública. Ahora bien, el análisis de esta materia se circunscribe básicamente al estudio de los numerosos problemas que se plantean cuando, en virtud de una decisión legal o reglamentaria, se produce una reorganización en un sector determinado de la Administración Pública, que pasa a regirse íntegramente por el Derecho Privado, y a resultados de la cual, se les ofrece a los funcionarios públicos la posibilidad de optar entre seguir manteniendo su condición funcional o pasar directamente a regirse por el Derecho del Trabajo.

A partir de este fenómeno privatizador que ha sido calificado por la doctrina como “la huida del Derecho Administrativo”, la monografía pretende ofrecer soluciones a los problemas que desde la óptica del Derecho del Trabajo genera la laboralización a partir del momento en que el funcionario opta por la conversión del acto unilateral del nombramiento en un contrato de trabajo. Para ello, parten los autores de la descripción del marco normativo y organizativo en el que se encuadra el fenómeno de la laboralización para después pasar al estudio pormenorizado y práctico de todos y cada uno de los problemas jurídicos que plantea la aplicación a los funcionarios del nuevo régimen privado. Así, por ejemplo, se dedican varias páginas al estudio de la aplicación a los funcionarios laboralizados del convenio colectivo correspondiente, al régimen de denuncia del mismo, a la incidencia de la laboralización en los órganos de representación de los traba-

jadores y de los funcionarios, al estudio de los problemas que plantean ciertas cuestiones como, por ejemplo, el reconocimiento de la antigüedad, la clasificación profesional, la regulación salarial y los derechos pasivos de los funcionarios laboralizados, etc.

EVA DESDENTADO DAROCA

Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica

[Civitas, Madrid, 1997, 160 páginas]

BLANCA RODRÍGUEZ CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

Este libro consta de dos partes. En la primera la autora realiza un estudio de la relación entre la discrecionalidad administrativa y las valoraciones técnicas. En él se recogen las principales teorías sobre la naturaleza de las apreciaciones técnicas, y se ofrece una respuesta al problema de si la Administración dispone de un ámbito de decisión propio en la realización de este tipo de valoraciones. La segunda parte se dedica a realizar un estudio crítico de la postura de la doctrina científica y jurisprudencial sobre el control por parte de los Tribunales de la denominada “discrecionalidad técnica”, para ello, la autora analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta el primer semestre de 1997.

V. AGUADO I CUDOLÁ

La certificación de acto presunto ante la reforma de la Ley 30/1992

[Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2, 1998, páginas 351 a 387]

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

En este trabajo se realiza un examen de los principales problemas que plantea la figura de la certificación de acto presunto, que son básicamente: a) si la Administración puede o no resolver durante el término de 20 días después de solicitada la certificación; b) si subsiste la denuncia de mora en algunos procedimientos sectoriales, y c) si es exigible dicha certificación en determinados supuestos, como es en vía de recurso administrativo o en vía de procedimiento de la Ley 62/1978.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA

La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación

[REDA, núm. 98, 1998, páginas 231 a 249]

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

En este trabajo el autor aborda, sobre esta materia, un estudio de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, proponiendo nuevas vías de control contencioso-administrativo a las estimaciones jurídico-administrativas materiales que, cada vez con mayor frecuencia, hacen los jueces penales.

V. AGUADO I CUDOLÁ

Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado Constitucional

[RAP, núm. 149, 1998, páginas 329 a 363]

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

El autor en este trabajo realiza un examen de la exigencia de celeridad en la actuación administrativa a través de las diversas concepciones del Estado de Derecho, para seguir analizando la formación del Estado Constitucional español y su influencia en el nacimiento del silencio administrativo, y concluye afirmando que el silencio administrativo surgió como una técnica al servicio de la Administración Pública.

J. GONZÁLEZ PÉREZ

El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997

[REDA, núm. 97, 1998, páginas 17 a 35]

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

El artículo confronta la regulación de la Ley de 1956 con la establecida en el proyecto, respecto de la cual delimita los supuestos de inactividad material. Además, ofrece un estudio de las especialidades del régimen procesal en esta materia.

A. HUERGO LORA

La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo

[RAP, núm. 149, 1998, páginas 89 a 117]

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

El autor analiza la aportación de nuevos motivos por la jurisprudencia y los problemas relacionados con los mismos, como el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos y la *reformatio in peius*, junto con la irrelevancia de la falta de motivación y la consiguiente lesión de un interés particular tutelado por el legislador, para concluir proponiendo como posible solución, la condena en costas a la Administración, a pesar de que se desestime el recurso contencioso-administrativo.

M. TIMÓN HERRERO

La revocación de los actos presuntos desestimatorios. Comentario de la STS de 30 de enero de 1997 (Ar. 1340)

[RAP, núm. 149, 1998, páginas 225 a 241]

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

En este trabajo se realiza un estudio del régimen establecido en la Ley 30/1992, en orden a la certificación del acto presunto negativo, las resoluciones tardías y extemporáneas, además del recurso a la técnica de la revocación del acto presunto desfavorable, y la incidencia de ésta en los intereses de terceros.

V. TENA PIAZUELO

Las licencias municipales en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales

[RJC, núm. 1, 1998, páginas 83 a 127]

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES / JOSÉ A. CHINCHILLA

Este artículo estudia la licencia como mecanismo de intervención administrativa en la actividad de los particulares, ofreciendo una explicación sistemática de su régimen jurídico, en el que se trata la naturaleza jurídica de la licencia, los principios generales que han de presidir la intervención, al mismo tiempo que el régimen general aplicable, adaptado a la regulación contenida en la Ley 30/1992.

A. NIETO

Bienes comunales de los montes de Toledo II. Reforma agraria vecinal y reforma capitalista

[Civitas, Madrid, 1997, 327 páginas]

ELOY COLOM PIAZUELO

Los problemas jurídicos en torno a la discusión entre el Ayuntamiento de Los Yébenes y unos particulares sobre la propiedad de los Montes de Toledo han dado lugar a la aparición de varios dictámenes de especialistas en la materia, que han sido objeto de publicación, y a un pleito iniciado hace ya varios años. El autor, que publicó un estudio anterior en la misma editorial (*Bienes comunales de los Montes de Toledo*, Civitas, Madrid, 1991), reexamina la situación enriquecida por la polémica levantada por las monogra-

fias publicadas hasta estos momentos [A. GALLEGO ANABITARTE, *La desamortización de los Montes de Toledo*, Marcial Pons, Madrid, 1993, y *Jurisdicción, propiedad y desamortización (redención de censos y ventas en los montes de Toledo)*, Marcial Pons, Madrid, 1993] y termina generalizando los planteamientos para ejemplificar en este supuesto la inicial suplantación de una reforma social originaria por una desamortización realizada el siglo pasado.

J. GONZÁLEZ PÉREZ

Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)

[Civitas, Madrid, 1998]

Inmediatamente posterior a la Ley 6/1998 ha visto la luz la obra de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ que, como viene siendo ya tradicional, engrosa el saber de la ciencia jurídica con otra aportación lúcida, fresca y realista del panorama urbanístico que nos circunda.

Puede encontrar el lector en dicha obra un estudio exhaustivo y serio de la Ley 6/1998, desde su Exposición de Motivos hasta su Disposición Final, pasando por cada uno de los 44 artículos, 5 Disposiciones Adicionales, 5 Transitorias y 1 Derogatoria, con abundante cita doctrinal, jurisprudencial, precedentes normativos y situación actual que la convierten en una obra extremadamente útil para el aplicador del Derecho.

CARMEN AGOUES MENDIZÁBAL

La responsabilidad del arquitecto municipal (Especial referencia a los informes urbanísticos)

[IVAP, Oñati, 1998, 117 páginas]

La profesora AGOUES nos ofrece un completo estudio de las responsabilidades que, desde diferentes perspectivas jurídicas (penal, civil, disciplinaria, administrativa), son exigibles a los profesionales (arquitectos, aparejadores, ingenieros) que asumen el ejercicio técnico de informar los planes y licencias urbanísticas, declaraciones de ruina, etc.

La trascendencia de estos informes en la adopción de las decisiones por parte de las autoridades municipales tiene un reflejo muy claro en el llamado “delito urbanístico” (art. 320 Código Penal). Este trabajo trata de aclarar y articular el variado entramado de responsabilidades exigibles al arquitecto municipal, ofreciendo una respuesta a los interrogantes que se plantean (v. gr. juego del *non bis in idem*, prejudicialidad administrativa). Tampoco escatima la autora sus personales tesis, por ejemplo para defender la necesidad de activar la “vía de regreso” y de admitir la vía civil, para evitar la impunidad de actuaciones negligentes.

Previamente se aborda el problema de la inserción orgánica de estos profesionales en la Administración municipal (funcionarios interinos, contratados laborales, arrendamiento de servicios) que les priva muchas veces de independencia de criterio técnico y puede ser fuente de connivencias.

Sin menoscabo de la actualidad e interés práctico del tema tratado, el acertado enfoque de los problemas y su indudable calidad científica, hacen de ésta una obra de ineludible referencia para entender las cuestiones dogmáticas que suscita la responsabilidad patrimonial de la Administración.

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

N O T A S