



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.
TELÉFONO	General Solchaga, 48 47008 Valladolid 902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
IMPRESIÓN	Simancas Ediciones
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

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

Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

DOCTRINA:

[5] **Libertad informática y datos accesibles al público**

JESÚS LEGUINA VILLA

[17] **Prescripción, caducidad y perención administrativas**

MARCOS GÓMEZ PUENTE

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[41] **I. DERECHO COMUNITARIO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ

[55] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**
J. GARCÍA ROCA

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

[73] **IV. FUENTES DEL DERECHO**
A. MENÉNDEZ REXACH

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

[107] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**
M. SÁNCHEZ MORÓN

[115] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**
M. REBOLLO PUIG

[127] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**
F. LÓPEZ MENUDO

[137] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**
F. LÓPEZ MENUDO

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

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

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

[189] **XIII. MEDIO AMBIENTE**
A. EMBID IRUJO

[203] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**
J. TORNOS MAS

[219] **XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

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

[243] **ÍNDICE DE MATERIAS**

DOCUMENTACIÓN:

[273] **Legislación sobre modos alternativos de resolución de conflictos administrativos en los Estados Unidos de America**

JESÚS DEL OLMO ALONSO

[297] **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**

Libertad informática y datos accesibles al público^(*)

JESÚS LEGUINA VILLA

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Alcalá

Sumario:

I. Introducción. II. Las excepciones a la regla del consentimiento del afectado: los datos obtenidos de fuentes accesibles al público. III. Los ficheros regulados por la legislación electoral. IV. El artículo 39.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista: alcance y finalidad del precepto legal. V. Efectos jurídicos derivados del artículo 39.3 de la LOCOM. VI. Relación entre el artículo 39.3 de la LOCOM y el artículo 41 de la LOREG.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 18.4 de la CE obliga al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. En cumplimiento de este mandato constitucional, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD), se propone como objetivo primordial, en palabras de su Exposición de Motivos, “delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes”. Se trata con ello de evitar, de un lado, la obtención de información, susceptible de ser registrada en soportes magnéticos, sobre las circunstancias o sobre la conducta de las personas, sin su previo conocimiento o sin su consentimiento; y de otro, se trata también de controlar que los datos registrados sólo se utilicen para alcanzar los fines o los objetivos previstos en el suministro de la información, prohibiendo tanto los usos ilícitos como los que se aparten de aquellos objetivos.

(*) Trabajo elaborado para el Libro Homenaje al Prof. Ramón Martín Mateo, con ocasión de su jubilación académica.

Se protege así, en el marco de los derechos fundamentales de la tercera generación, la llamada “libertad informática” o el derecho a la protección de datos (*Datenschutz, data protection*) y de autodeterminación sobre la información (*informationelle Selbstbestimmung*), esto es, “el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona” o “el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos” (STC 254/1993, de 20 de julio, FFJJ 6º y 7º).

Dentro del catálogo de principios que ordenan el sistema de protección de datos personales obtenidos para su tratamiento automatizado, cobra singular importancia, siendo el eje de todos los demás, el consentimiento del interesado, que es imprescindible tanto para la obtención de la información como para su eventual cesión a terceros, salvo en algunos supuestos tasados previstos en la propia Ley (arts. 6, 11 y concordantes de la LORTAD). Al servicio de este principio esencial del consentimiento del afectado por informaciones recogidas en ficheros automatizados, la LORTAD reconoce a los interesados el ejercicio de un conjunto de derechos, entre los que destacan los de información, acceso, rectificación, cancelación y reclamación ante la Agencia de Protección de Datos frente a las actuaciones contrarias a lo dispuesto en dicha Ley (arts. 12 y siguientes).

II. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DEL CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO: LOS DATOS OBTENIDOS DE FUENTES ACCESIBLES AL PÚBLICO

La libertad informática que la Constitución y la LORTAD garantizan no es ni puede ser un derecho absoluto, sino que su ejercicio debe ser compatible con el respeto a otros derechos fundamentales que puedan entrar en colisión con aquélla y con la satisfacción de otros bienes o valores asimismo protegidos por la norma constitucional. Es necesario encontrar un punto de equilibrio entre el derecho de autodeterminación informativa de cada persona y los intereses generales y de terceros, evitando crear trabas exageradas al uso de la informática que podrían vulnerar o incidir negativamente en otras exigencias constitucionales, como son las libertades de información y de empresa, singularmente de los agentes económicos que utilizan sistemas informáticos, o el deber que a los poderes públicos incumbe de satisfacer con eficacia los intereses colectivos.

Importa destacar la excepción relativa a los datos obtenidos de fuentes accesibles al público. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.3 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, que desarrolla determinados aspectos de la LORTAD, *los datos accesibles al público* son aquellos “que se encuentran a disposición del público en general, no impedida por cualquier norma limitativa, y están recogidos en medios tales como censos, anuarios, bases de datos públicos, repertorios de jurisprudencia, archivos de prensa, repertorios telefónicos o análogos, así como los datos publicados en forma de listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los nombres, títulos, profesión, actividad, grados académicos, dirección e indicación de su pertenencia al grupo”. Se trata, por tanto, de datos libres o no sensibles que se encuentran recogidos en docu-

mentos abiertos o accesibles de modo permanente a la disponibilidad de cualquier persona sin necesidad de acreditar derecho o interés jurídico alguno que justifique el acceso a la información.

En tal supuesto ni hay razón para proteger la intimidad o la libertad informática de las personas ni sería posible hacerlo, y por ello se excluye la regla del previo consentimiento y se autoriza la libre utilización de tales datos para fines lícitos.

Así el art. 6.2 de la LORTAD dispone genéricamente que “no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público”; y el art. 11.1.b) autoriza asimismo la cesión sin consentimiento del afectado “cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público”. Más concretamente, en la regulación de los ficheros de titularidad privada, el art. 29 dispone que “quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, utilizarán listas tratadas automáticamente de nombres y direcciones y otros datos personales, cuando los mismos figuren en documentos accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios afectados u obtenidos con su consentimiento”.

Desde el punto de vista de los interesados o afectados por los datos accesibles al público, las empresas incluidas en el art. 29 de la LORTAD están legalmente facultadas para formar su propio banco de datos, hacer uso libremente para sus propios fines de toda la información que figure en los documentos descritos en el citado art. 1.3 del Real Decreto 1332/1994, completar los datos de unas listas con los que obren en otras también accesibles al público y, finalmente, ceder tales datos a terceras personas.

El art. 29.1 de la LORTAD es taxativo al autorizar la utilización de este tipo de datos públicos –“*utilizarán* listas tratadas automáticamente”, reza el precepto en términos imperativos– por aquellas empresas cuyo objeto social consista en la publicidad o venta directa, limitando en tal caso el derecho de los afectados “a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como a ser dados de baja de forma inmediata del fichero automatizado, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud” (art. 29.2 de la LORTAD).

**NO ES PRECISO EL
CONSENTIMIENTO DEL
AFECTADO PARA OBTENER
O CEDER DATOS
PERSONALES CONTENIDOS
EN FUENTES ACCESIBLES
AL PÚBLICO**

III. LOS FICHEROS REGULADOS POR LA LEGISLACIÓN ELECTORAL

El apartado 3 del art. 2 de la LORTAD se remite a las disposiciones específicas por las que se rigen determinados tipos de ficheros automatizados, entre ellos “los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral” [letra a)]. Ese grupo de ficheros enunciado en el apartado 3 del art. 2 no está excluido del ámbito de aplicación de la LORTAD, como sí lo están, en cambio, los ficheros mencionados en el apartado 2 de ese mismo art. 2. Ello significa que, sin perjuicio de su régimen jurídico singular o específico, que se aplica en todo caso, a tales ficheros les son también aplicables los principios y las normas de protección de datos personales que, en desarrollo del art. 18.4 de la Constitución, se contienen en la LORTAD.

Los arts. 31 y siguientes de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) regulan el Censo Electoral, cuya confección y revisión anual por la Oficina del Censo Electoral se lleva a cabo a partir de los datos suministrados por los Ayuntamientos y en coordinación con los Padrones municipales de habitantes. El Censo Electoral es permanente y único para toda clase de elecciones (arts. 31.3 y 34 de la LOREG), la inscripción es obligatoria (art. 32 de la LOREG) y su finalidad consiste en tener al día el fichero nacional de electores, esto es, la relación de personas residentes en España o residentes-ausentes en el extranjero que reúnen los requisitos para ser electores.

Para proceder a la revisión anual del Censo y a su rectificación en período electoral, la LOREG prevé la apertura de un período de exposición al público de las listas electorales. En concreto, el art. 39 de la LOREG obliga a los Ayuntamientos a la exposición de las listas electorales vigentes de sus respectivos Municipios durante el plazo de ocho días, a partir del sexto día posterior a la convocatoria de elecciones, con el fin de que cualquier persona pueda formular reclamación administrativa ante la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral sobre sus datos censales. La resolución que adopte la citada Delegación habrá de ser asimismo expuesta al público el decimoséptimo día posterior a la convocatoria electoral. Finalmente, debe señalarse que, además del Documento Nacional de Identidad (art. 32.1 de la LOREG), los datos que han de constar para cada elector en el fichero nacional de electores, que recoge en soporte magnético toda la información del censo electoral, vienen indicados en el Real Decreto 411/1986, de 10 de febrero, a saber: nombre y apellidos; provincia y municipio de residencia; domicilio: vía pública, número, escalera, piso, puerta y distrito postal; sexo; lugar de nacimiento: provincia y municipio; fecha de nacimiento: día, mes y año; grado de escolaridad: certificado de escolaridad o titulación académica o profesional.

El apartado 2 del art. 41 de la LOREG prohíbe “cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial”; y el apartado 5 de este mismo precepto (en la redacción de la Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo, que modifica determinados artículos de la LOREG) puntualiza que el soporte informático que contenga una copia del censo que se entregue a los representantes de cada candidatura o a los representantes generales de los

partidos políticos, federaciones o coaliciones electorales “podrá ser utilizado exclusivamente para los fines previstos en la presente Ley”.

No obstante, debe recordarse que en el procedimiento de rectificación del Censo en período electoral hay un trámite, ya señalado, en el que los datos de los electores son expuestos al público y, por tanto, son susceptibles de ser conocidos por cualquier persona. Durante ese período de tiempo los datos electorales son, por tanto, datos accesibles al público, en el sentido técnico-jurídico de la expresión, puesto que “se encuentran a disposición del público en general, no impedida por cualquier norma limitativa” (art. 1.3 del citado Real Decreto 1332/1994) lo que significa que les serían, en principio, aplicables las normas de la LORTAD que autorizan el uso de tales datos sin necesidad de obtener el consentimiento previo de los afectados. La LOREG prohíbe suministrar copias del fichero nacional de electores, pues se ha entendido (seguramente con no poca exageración) que sólo mediante esa prohibición se respeta el principio general de adherencia de los datos personales a las finalidades para las que fueron recogidos, a que se refiere el art. 4.2 de la LORTAD. Pero lo que la legislación electoral no prohíbe es la obtención de esos mismos datos de unas fuentes –las listas electorales– que durante un período de tiempo legalmente determinado son accesibles al público.

Esta evidente imposibilidad de hacer “secreto” lo que es inevitablemente “público” (y cuyo conocimiento y utilización no afecta en modo alguno, por lo demás, a la intimidad y libertad informática de los individuos) es sin duda la razón que ha inclinado a otras legislaciones, más ceñidas en este punto a la realidad de las cosas y más respetuosas de otros valores constitucionales (es el caso, por ejemplo, del Reino Unido), a excluir el censo electoral del régimen jurídico de protección de datos personales y a permitir, en consecuencia, la cesión a terceros de copias informatizadas de dicho censo.

IV. EL ARTÍCULO 39.3 DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA (LOCOM): ALCANCE Y FINALIDAD DEL PRECEPTO LEGAL

A tales ideas responde el art. 39.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996, de 15 de enero), que, en relación con las propuestas comerciales a distancia, dispone textualmente lo siguiente:

“En todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores, considerándose solamente el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al público en los términos establecidos por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales.”

Según se infiere de los trámites parlamentarios, el citado apartado 3 del art. 39 fue el resultado de una enmienda que el Grupo Parlamentario Popular presentó durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Senado y que fue aceptada unánimemente por los demás grupos parlamentarios. La finalidad de la enmienda y del precepto legal aprobado es inequívoca: *permitir* que las empresas dedicadas a la contratación a distancia puedan *acceder libremente a ciertos datos no sensibles* (nombre, apellidos y domicilio) *del censo electoral y disponer de ellos para su actividad comercial*, a cuyo efecto tales datos se califican expresamente como datos accesibles al público, acogidos, por tanto, al régimen jurídico que para tales datos públicos o accesibles al público se contempla en la LORTAD.

Para comprobar que ésta fue, en efecto, la única finalidad del nuevo texto legal, nada mejor que reproducir las intervenciones habidas en la Comisión del Senado. En defensa de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular, la Senadora SÁNCHEZ GARCÍA dijo textualmente lo siguiente:

“Me voy a detener en la enmienda número 122, al artículo 39.3, que espero que la apoyen. El artículo señala: ‘3. En todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores.’

Nosotros presentamos una *propuesta de adición*. Se trata de añadir un último inciso en este apartado con el siguiente contenido: ‘(...) considerándose solamente el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al público en los términos establecidos por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación de los Datos de Carácter Personal y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales’.

Señorías, hoy día todo tipo de empresas, bancos, seguros, grandes almacenes, empresas de publicidad directa, empresas de venta por correo, editoriales, realizan sus promociones por correo sobre la base de las direcciones que aparecen en el censo electoral. En una aplicación estricta de la Ley del Censo Electoral estas actuaciones tendrían que cesar, lo que afectaría gravemente a todos los sectores anteriores y no protegería realmente los datos de carácter personal.

Hay determinados datos del censo que no debieran utilizarse, pero hay otros, *como el nombre y la dirección, que podrían ser considerados fuentes accesibles al público, ya que se publican y son de acceso a los ciudadanos en todos los ayuntamientos de España*. Lo que sí habría que respetar es el derecho de los ciudadanos a oponerse a la utilización de estos últimos con fines promocionales, como sucede –y sus señorías lo saben– con las guías de teléfonos donde cualquier abonado puede negarse a que aparezca su número de teléfono y su dirección.

Además, hay que tener en cuenta que *en Europa hay países en los que está permitido utilizar el nombre y dirección de las personas provenientes del censo electoral por cualquier organización comercial*, y lo gestiona, además, el Instituto Nacional de Estadística correspondiente.

Señorías, *si no conseguimos que ustedes apoyen esta enmienda desaparecerá el sector de la publicidad directa* con cinco mil puestos de trabajo –tenemos un estudio–; el sector de las artes gráficas con treinta y un mil puestos de trabajo, y quedaría gravemente afectado pues significarían unos ingresos de casi cincuenta mil millones de pesetas, amén de lo que supondría para el Organismo Autónomo de Correos con todo lo que conlleva y, aparentemente, se produciría un ochenta por ciento del déficit de Correos.

Creo que hay buena disposición; nos avalan incluso cartas que hemos recibido de la Agencia de Protección de Datos y demás, que no viene ahora al caso comentar, pero que las presentaremos en el debate del Pleno.

A mí me gustaría que ésta, como otras de las muchas enmiendas que hemos presentado, fuera estudiada con cariño, con sentido y pensando que es en vías de mejorar esta Ley”.

La enmienda del Grupo Parlamentario Popular y la filosofía que la inspiraba fueron, en efecto, aceptadas sin reserva alguna por los demás grupos parlamentarios. En concreto el Grupo Parlamentario Socialista dejó constancia de su posición, a través del Senador Sr. CERCOS PÉREZ, en los siguientes términos:

“Señor Presidente, voy a leer las enmiendas que vamos a aceptar de los otros grupos. *Aceptamos la número 122, del Grupo Parlamentario Popular, de la que se ha hecho una oportuna defensa*, quizá hablando de cifras y datos que no compartimos, pero quiero poner de manifiesto que *a nosotros también nos preocupa que ese sector de la publicidad y del marketing pueda tener acceso a unos elementos básicos, como son el nombre, el apellido y el domicilio*, todo ello siempre que no se desborde este aspecto. Queremos dejarlo muy claro, puesto que la propia Ley Electoral, que es una ley orgánica, establece todas las garantías para la privacidad. Reiterar aquí también esa referencia a la LORTAD nos parece correcto. Lo que sí pediríamos al Letrado es que corrija el título de la Ley de Regulación de los Datos de Carácter Personal, porque creo recordar que falta la palabra ‘tratamiento’. La Ley se conoce como LORTAD; simplemente es una corrección en el título de dicha Ley.

Nosotros aceptaríamos la enmienda por la declaración que incluye, porque creemos que es un derecho que la propia

**LA LOCOM CONSIDERA DATOS
ACCESIBLES AL PÚBLICO,
DE LOS RECOGIDOS EN EL
CENSO ELECTORAL,
EXCLUSIVAMENTE EL
NOMBRE, APELLIDOS Y
DOMICILIO**

LORTAD contemplaba, que cualquier persona se pueda negar a recibir comunicaciones comerciales. Son claras las expresiones de muchos ciudadanos que están realmente molestos y preocupados por la invasión de escritos que se reciben en los buzones particulares. En este sentido, *nosotros nos solidarizamos con la preocupación que pudiera tener este sector del marketing y de la publicidad, y estamos por ello dispuestos a aceptar la enmienda del Grupo Parlamentario Popular en sus propios términos.*”

De este modo, el texto de la enmienda fue aprobado tanto en el Senado como, con carácter definitivo, en el Congreso, sin añadir ni quitar nada a su redacción original, aceptándose, por tanto, la finalidad perseguida por el nuevo precepto y los motivos invocados en su defensa, así como los novedosos e importantes efectos jurídicos que su incorporación al ordenamiento jurídico había de producir.

V. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL ARTÍCULO 39.3 DE LA LOCOM

En primer lugar, el art. 39.3 declara inequívocamente que *el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral son datos accesibles al público*. El precepto viene ante todo a confirmar lo que, como se ha visto más arriba, era ya una incontestable evidencia, puesta de relieve por la Senadora proponente de la enmienda: que esos datos “se publican y son de acceso a los ciudadanos en todos los ayuntamientos de España”, o lo que es igual, que esos datos del censo electoral eran y son accesibles al público en general durante los períodos en que tales datos son objeto de exposición de las listas electorales, con el fin de proceder a la rectificación del censo en período electoral.

Pero el art. 39.3 de la LOCOM no se limita a ese elemental recordatorio, sino que da un paso más, congruente con la inesquivable publicidad de los datos personales que figuran en las listas electorales. Ese paso consiste —y en ello radica la novedad y la trascendencia del precepto— en afirmar que esos datos personales que figuran en el censo electoral, pero sólo esos (el nombre, los apellidos y el domicilio), *tienen siempre y en todo caso el carácter de datos accesibles al público*, y no sólo durante el mencionado período de exposición para su rectificación en período electoral. Ello equivale a establecer que el censo electoral, en lo que atañe a tales datos de los electores, es siempre y en todo caso una fuente accesible al público, aun cuando siga sin serlo en lo que concierne a los demás datos (lugar y fecha de nacimiento, grado de escolaridad, etc.) que también constan en el fichero nacional de electores.

La *voluntas legis* no es ni puede ser otra que la de excluir esos datos censales no sensibles (nombre, apellidos y domicilio) del ámbito de protección de datos personales para incluirlos en el régimen de libertad de utilización de las fuentes y datos accesibles al público a que se refiere la LORTAD en sus artículos 19.3 y, muy especialmente, 29.1. Éste es el único sentido posible de la referencia del art. 39.3 a “los términos establecidos” por la LORTAD “y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales”.

En consecuencia, los datos del censo electoral relativos al nombre, apellidos y domicilio de las personas son públicos o accesibles al público y quedan fuera de la regla del consentimiento del afectado (art. 6.2 de la LORTAD), pudiendo “quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas” (art. 29.1 de la LORTAD) utilizar listas tratadas automáticamente de nombres, apellidos y direcciones obtenidos a partir del censo electoral o fichero nacional de electores, tanto durante el período de exposición del censo como fuera del mismo, habida cuenta de que por decisión de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista son *siempre* datos accesibles al público, a los cuales debe aplicarse el régimen de libre utilización previsto en el citado art. 29.1 de la LORTAD.

El único límite que el art. 39.3 pone a esta libertad de utilización de los datos censales públicos es el derecho de los afectados a “oponerse a recibir comunicaciones comerciales”, límite que, en fórmula legal más sintética, coincide con el que figura en el art. 29.2 de la LORTAD (y de ahí el sentido de la remisión de la LOCOM a la LORTAD), en virtud del cual “los afectados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal (en este caso, el censo electoral o fichero nacional de electores), así como a ser dados de baja de forma inmediata del fichero automatizado, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”.

VI. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 39.3 DE LA LOCOM Y EL ARTÍCULO 41 DE LA LOREG

En una dirección contraria a la interpretación que se acaba de mantener, podría argüirse que el art. 39.3 de la LOCOM, que es una Ley ordinaria, no tendría fuerza normativa bastante para modificar el art. 41 de la LOREG, que es una Ley Orgánica. Como ya se ha visto, el apartado 2 del citado precepto orgánico prohíbe “cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial”; y el apartado 5 de esta misma norma orgánica señala que el soporte informático del censo que se entregue a los representantes de las candidaturas, partidos políticos, federaciones o coaliciones electorales “podrá ser utilizado exclusivamente para los fines previstos en la presente Ley”. Según este modo de razonar, tales medidas de prohibición o limitación en el manejo de datos de las listas electorales no podrían ser desconocidas o cambiadas por una ley ordinaria y, en consecuencia, todos los datos del censo electoral, sin excepción, seguirían siendo inaccesibles al público, en general, y a las empresas de publicidad o venta directa, en particular.

A mi juicio, no hay contradicción entre uno y otro precepto. Si se examinan a la luz de las normas de la LORTAD y se atiende al principio de concordancia práctica entre todos los derechos en juego, el art. 39.3 de la LOCOM y el art. 41 de la LOREG tienen su propio y específico campo de aplicación.

Es cierto que, según el art. 2 .3.a) de la LORTAD, los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral están, en principio, sujetos a sus disposiciones específicas. Pero ya sabemos que, a diferencia de los casos previstos en el apartado 2 de este mismo art. 2, aquéllos (los ficheros electorales) no quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LORTAD, cuyas normas tuitivas de la intimidad personal les son también aplicables bajo la supervisión y vigilancia de la Agencia de Protección de Datos.

Pues bien, siendo esto así, es claro que no es designio ni cometido propio de la legislación electoral indicar cuáles son los datos del censo electoral que, desde la perspectiva de la intimidad personal, deben recibir protección, y cuáles no por tratarse de datos públicos o accesibles al público. La frontera jurídica entre unos y otros datos no corresponde trazarla a la ley electoral general, sino a las normas que protegen la intimidad y la libertad informática de las personas. La materia reservada a la Ley Orgánica electoral es estrictamente “el régimen electoral general” (art. 81.1 de la Constitución), no la definición y clasificación de los datos de las personas que figuran en el censo que deben considerarse como datos accesibles al público y excluidos, por tanto, del régimen de protección de la intimidad y libertad informática. En consecuencia, el artículo 41 de la LOREG mantiene toda su vigencia y su fuerza prohibitiva en lo que atañe al suministro de aquellos datos personales contenidos en el censo electoral que, con arreglo a la legislación sectorial reguladora del tratamiento automatizado de datos personales, no sean datos accesibles al público y no estén excluidos, por tanto, de sus específicas normas de protección.

Como ya hemos visto, la definición de los datos accesibles al público y la utilización que de ellos pueda hacerse por terceros es objeto de regulación en la LORTAD, singularmente en los artículos 29.1 y 19.3. El primero de tales preceptos legales autoriza el tratamiento automatizado de datos personales que figuren en documentos accesibles al público, sin necesidad del consentimiento de los afectados; y el segundo exige dicho consentimiento para ceder a ficheros de titularidad privada datos recogidos de fuentes accesibles al público, salvo que una Ley prevea otra cosa, esto es, exima de tal consentimiento previo.

Importa destacar que, con arreglo a lo previsto en la Disposición Final Tercera de la LORTAD, los dos mencionados preceptos –arts. 19 y 29– tienen el “carácter de Ley ordinaria”, lo que significa que, aun cuando formen parte del articulado de una Ley Orgánica, pueden ser complementados, modificados o derogados por normas posteriores con rango de ley ordinaria. Y esto es justamente lo que ha ocurrido con el art. 39.3 de la LOCOM. Este precepto legal ha venido a especificar, de un lado, que entre los datos y documentos accesibles al público a que se refiere el art. 29.1 de la LORTAD, hay que entender incluidos “el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral”; y, de otro, que esos datos pueden ser cedidos para ser objeto de tratamiento informático en ficheros de titularidad privada, con el solo límite de dar “la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales”.

Esta intervención legislativa, con rango de ley ordinaria, que califica como datos públicos los arriba citados del censo electoral para permitir el acceso a los mismos y su utilización comer-

cial sin previo consentimiento de los afectados, es sin duda una medida perfectamente constitucional que respeta el sistema de fuentes normativas y las opciones del constituyente sobre materias reservadas a Ley Orgánica y a Ley ordinaria, y a cuya luz, por tanto, debe interpretarse y aplicarse el artículo 41 de la LOREG.

Quiere decirse con ello que, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, las prohibiciones del art. 41 LOREG hay que entenderlas referidas al suministro del soporte magnético del censo electoral, en la medida en que dicho soporte registra también datos personales no accesibles al público. Pero la prohibición no alcanza al nombre, apellidos y domicilio de los electores, pues tales datos censales, por voluntad del legislador ordinario en materia no reservada a Ley Orgánica, son públicos y, por tanto, accesibles y disponibles libremente, con el único límite de la oposición expresa de los interesados.

Cualquier otra interpretación del art. 41 de la LOREG, contraria a la que se acaba de sostener, llevaría derechamente al vaciamiento de contenido y a la inaplicación pura y simple del art. 39.3 de la LOCOM. Pues, en efecto, si no se pudiera obtener ni suministrar el nombre, los apellidos y el domicilio de los electores, ¿en qué quedaría la calificación legal de tales datos del censo electoral como datos accesibles al público?, ¿cuál sería la aplicación que habría de darse al último inciso del art. 39.3? La respuesta es bien sencilla: la calificación legal quedaría en nada y la aplicación del art. 39.3 de la LOCOM sería literalmente nula por imposible.

Todo ello permite reiterar que el art. 41 LOREG prohíbe sólo que se suministren íntegramente los datos censales en soporte magnético, ya que tal información incluiría datos protegidos, lo que no es legalmente posible. Pero al propio tiempo debe afirmarse que el citado precepto no impide que se puedan suministrar en soporte papel los datos del censo que el art. 39.3 de la LOCOM ha calificado *erga omnes* como datos públicos o accesibles al público; del mismo modo que la mencionada norma de la Ley Electoral tampoco impedía (aun antes de la entrada en vigor de la LOCOM) que cualquier interesado pudiera obtener aquellos datos por sus propios medios durante el tiempo de su exposición al público para la rectificación del censo electoral.

Es más, la calificación legal del nombre, apellidos y domicilio de los electores como datos abiertos al acceso público y, en concreto, a la disponibilidad de las personas y empresas dedicadas a la publicidad o venta directa (art. 29.1 de la LORTAD)

**LA APLICACIÓN DE TODAS
LAS DISPOSICIONES SOBRE
PROTECCIÓN DE DATOS,
CUALQUIERA QUE SEA EL
TEXTO LEGAL EN QUE SE
ENCUENTREN, CORRESPONDE
A LA AGENCIA DE
PROTECCIÓN DE DATOS**

o a la contratación a distancia (art. 39 de la LOCOM) obliga a concluir que, en términos técnico-jurídicos, la ley está reconociendo a estas empresas el derecho a obtener de la Oficina del Censo Electoral aquellos datos no protegidos que resultan imprescindibles para el desarrollo de su lícita actividad económica, como quiere el art. 38 de la Constitución y así se admitió unánimemente durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de ordenación del comercio minorista, siendo éste el motivo determinante de la aprobación de la enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Senado.

La aplicación del grupo normativo (art. 39.3 de la LOCOM, arts. 19 y 29 de la LORTAD y art. 41 de la LOREG) que regula los datos accesibles al público del censo electoral (nombre, apellidos y domicilio) cae bajo la directa responsabilidad de la Agencia de Protección de Datos. Es la Agencia la que debe extraer las consecuencias permisivas que, en cuanto a la obtención y utilización de aquellos datos por las empresas del sector en cuestión, se infieren de su calificación legal como datos accesibles al público.

Si la ley quiere que determinados datos del censo electoral sean públicos (y es evidente que lo quiere respecto del nombre, apellidos y domicilio de los electores) y que a ellos puedan acceder las empresas de publicidad o venta directa, la Agencia está obligada a velar por su cumplimiento y sólo a ella corresponde “controlar su aplicación” [art. 36. a) de la LORTAD]. Esta competencia de la Agencia no sólo es irrenunciable (art. 12 de la Ley 30/1992), sino que su ejercicio tampoco puede compartirse con ningún otro organismo público, habida cuenta de su estatuto de ente público “que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones” (art. 34.2 de la LORTAD).

En particular, la Agencia de Protección de Datos debe actuar en este campo con plena independencia de la Administración Electoral, pues es la Agencia —y sólo ella— la que tiene como cometido institucional la aplicación de todas las normas —tanto las prohibitivas como las permisivas— de la legislación sobre protección de datos, cualquiera que sea el texto legal en que se contengan, trátase, pues, de la propia LORTAD, la LOREG o la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

Según su ley general reguladora, la Administración Electoral debe ocuparse de garantizar “la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad” (art. 8.1 de la LOREG). Ése es su único cometido institucional y, por ello, su actividad está siempre ligada al desarrollo de los procesos electorales que la LOREG regula. Es verdad que para la mejor ordenación de los procesos electorales la LOREG atribuye a las Juntas Electorales, en particular a la Junta Electoral Central, un importante elenco de poderes, entre los que cabe destacar, la potestad de cursar instrucciones y de resolver consultas. Pero no es menos cierto que tales poderes tienen carácter vinculante sólo para las Juntas Electorales territorialmente inferiores, de ningún modo para los demás organismos públicos y mucho menos todavía para un ente público como la Agencia de Protección de Datos que goza de un estatuto de independencia, incompatible con cualquier tipo de instrucción, directiva o consulta vinculante alguna.

Prescripción, caducidad y perención administrativas

MARCOS GÓMEZ PUENTE

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de La Rioja

Sumario:

1. Delimitación conceptual. 2. Prescripción, caducidad y perención: pautas para su distinción. 3. La prescripción. 4. La caducidad de derechos (o acciones).

5. La perención (o caducidad) de la instancia. A) Perención por causa imputable al interesado. B) Perención por causa no imputable al interesado.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Si algo hay verdaderamente indisociable de la existencia humana lo es el correr del tiempo. Y como el Derecho es un producto social, una creación humana, no puede ser indiferente o ajeno a dicho transcurso.

El paso del tiempo, en efecto, es un hecho natural que por sí solo o unido a otras circunstancias produce numerosos efectos jurídicos. El Derecho otorga relevancia jurídica al tiempo convirtiéndole en hecho jurídico de variada trascendencia del que depende, por ejemplo, la vigencia misma de las normas, su aplicabilidad, el tratamiento o protección jurídica de que se hacen meritorios determinados intereses (*prior tempore, potior iure*) o la adquisición, ejercicio o pérdida de algunos derechos y acciones; dicho sea, la creación, alteración o extinción de algunas situaciones jurídicas.

Este último es, justamente, el supuesto propio de la prescripción y de la caducidad.

De la prescripción suele decirse que es la transformación de una situación de hecho en una situación de derecho por el transcurso del tiempo y con los requisitos legalmente establecidos. Esa transformación lo mismo puede consistir en la adquisición de derechos –se habla entonces de prescripción adquisitiva o usucapión– que en su pérdida o extinción –prescripción extintiva–. Alguien que posee una cosa como si fuera su dueño (situa-

ción de hecho) acaba siéndolo por el transcurso del tiempo (situación de derecho que surge de la prescripción adquisitiva), lo mismo que se pierde el derecho a exigir el pago de una deuda o a castigar una infracción (situación de derecho resultante de la prescripción extintiva) cuando transcurre el tiempo sin que se aprecie o reconozca su existencia (situación de hecho). En estos casos, pues, el transcurso del tiempo tiene relevancia jurídica, pero es un hecho meramente circunstancial que no forma parte de la situación jurídica sobre la que incide por voluntad legal.

No sucede lo mismo, en cambio, con los supuestos de caducidad. En ellos el tiempo es elemento constitutivo de la situación jurídica. La caducidad apela a la existencia de derechos temporales, sometidos a un plazo extintivo fijado por la ley o por la voluntad de los particulares. Aquí el tiempo forma parte de la propia situación jurídica que el derecho entraña: no es algo externo a él, sino una condición inherente a su existencia, contenido y ejercicio que son de este modo limitados o, mejor, delimitados. La caducidad, por eso, no es más que la expresión de los confines temporales de un derecho o situación jurídica.

Así, pues, la teoría de la prescripción difiere de la del vencimiento, decadencia o caducidad de derechos. No sólo por tener más amplio alcance (la prescripción puede ser adquisitiva mientras que la caducidad es sólo extintiva), sino también por la diferente consideración que del transcurso del tiempo se hace en uno y otro caso. Sin embargo, cuenta con larga tradición la discusión acerca de los criterios para la distinción de ambas figuras, en parte provocada por el confuso empleo legislativo de uno y otro término, sin que la jurisprudencia ni la doctrina hayan llegado a establecerlos de modo rotundo.

Ningún problema debe ofrecer, en cambio, por su radical diferencia, la distinción entre la prescripción extintiva o la caducidad de los derechos y la perención.

Aunque la expresión “caducidad del expediente”, utilizada habitualmente para designarla, induce a error, la perención ninguna relación conceptual guarda con la prescripción o caducidad mencionadas. A diferencia de éstas, la perención no atañe a situaciones jurídicas sustantivas sino adjetivas: afecta a los procedimientos por los que se hacen efectivos o se tutelan esas situaciones sustantivas no a los derechos mismos.

El propio contenido semántico del concepto lo revela: según el Diccionario de la Real Academia, perimir significa prescribir un procedimiento por transcurrir el término fijado por la ley sin que las partes hayan hecho las gestiones necesarias.

La perención es, por tanto, un instituto netamente procesal o procedimental. Y el procedimiento —la cadena o sucesión de actos jurídicos que conduce a la formación o ejecución de otro acto jurídico— es, en esencia, un fenómeno lineal o dinámico y, por tanto, temporal. Por ello mismo, repugna a su esencia la existencia de procedimientos paralizados o incompletos; como repugna al principio de seguridad jurídica la pendencia larvada de declaraciones o ejecuciones inconclusas y de contenido o resultado jurídico incierto que dichos procedimientos entrañan. De ahí que el ordenamiento promueva su desaparición.

Se trata, pues, de la extinción o terminación anticipada o anormal de esos procedimientos cuando están paralizados o detenidos, a falta de un trámite o acto pertinente, durante un determinado lapso de tiempo. Cumplido éste, los procedimientos así detenidos perimen o mueren, caduca la instancia (no los derechos que se pretenden hacer valer) y pierden su eficacia los actos de trámite efectuados, archivándose estas actuaciones sin ulterior trámite. En esto consiste la perención.

Pues bien, aún siendo conceptualmente distintas la prescripción, la caducidad y la perención, su común apelación al transcurso de un plazo de tiempo y el hecho de que puedan actuar de forma conjunta o simultánea (la prescripción o la caducidad con la perención) han contribuido a su confusión. Una confusión de la que, como he dicho antes, es paradigma, y también causa, el erróneo empleo de estos términos (incluso por el legislador). A reiterar la importancia de su distinción, en el ámbito del Derecho Administrativo, vienen pues las siguientes reflexiones.

2. PRESCRIPCIÓN, CADUCIDAD Y PERENCIÓN: PAUTAS PARA SU DISTINCIÓN

Como he dicho anteriormente, prescripción y caducidad son instituciones relacionadas con el transcurso del tiempo, pero conceptualmente distintas. Los criterios para distinguir la prescripción (extintiva) de la caducidad, sin embargo, han sido largamente discutidos: ciertamente existen algunos comúnmente aceptados, pero este consenso ha sido roto frecuentemente por leyes o decisiones judiciales que califican de prescripción lo que según aquellos criterios sería caducidad o que atribuyen a la prescripción caracteres o efectos propios de la caducidad (por ejemplo, el art. 67 LGT al ordenar aplicar de oficio la prescripción a pesar de que, a diferencia de la caducidad, tradicionalmente se ha entendido aplicable sólo a instancia de parte).

Interesa, no obstante, apuntar los criterios de distinción más extendidos.

Está, en primer lugar, el criterio dogmático o institucional: el fundamento de la extinción de un derecho por caducidad es su propia temporalidad. Caducan los derechos o acciones tem-

**LA PRESCRIPCIÓN,
LA CADUCIDAD Y LA
PERENCIÓN SON
INSTITUCIONES QUE
CONCRETAN LA RELEVANCIA
JURÍDICA OTORGADA POR EL
DERECHO AL DEVENIR
DEL TIEMPO**

porales que *tienen necesariamente* que extinguirse en un momento dado –si no se ejercitan antes– porque están limitados en el tiempo desde su nacimiento. Prescriben, en cambio, los derechos o acciones de duración indefinida, los que no tienen un límite natural o existencial; derechos o acciones que no tienen que, pero que *pueden* extinguirse, dándose determinadas circunstancias, por el paso del tiempo.

Por esa misma razón resulta, en segundo lugar, que la caducidad está vinculada al paso del tiempo antes que a la falta de ejercicio del derecho, mientras que la prescripción se debe sobre todo a la falta de ejercicio del derecho antes que al paso del tiempo. El tiempo de prescripción puede prolongarse indefinidamente haciendo valer el derecho o acción; el derecho sujeto a caducidad, en cambio, se extingue indefectiblemente con el tiempo, tanto da que se reconozca o no. El de caducidad, pues, es siempre un plazo perentorio, improrrogable, mientras que la prescripción puede ser reiniciada una y otra vez.

Se ha dicho, en tercer lugar, que la prescripción es renunciable y la caducidad no. El fundamento de esta diferencia sería que la prescripción se orienta a la protección de intereses individuales y que, por ello, sólo es eficaz cuando la invoca quien puede aprovecharse de ella, quien también puede renunciar o disponer de esta ventaja, incluso tácitamente. La caducidad, en cambio, obedecería a razones de interés u orden público, operaría por sí misma y por eso debe apreciarse de oficio, indiferentemente del interés o alegación de parte.

En cuarto lugar se apunta que la caducidad no admite otra causa de suspensión o interrupción que el ejercicio mismo del derecho, mientras que la prescripción puede interrumpirse también por el reconocimiento del obligado.

Y en quinto lugar suele diferenciárseles por el cómputo del tiempo: la cuenta de la prescripción puede ser interrumpida, reiniciándose el plazo con cada interrupción. El cómputo de la caducidad, en cambio, no se interrumpe, todo lo más se suspende reanudándose la cuenta por donde quedó suspendida.

De la prescripción y caducidad debemos diferenciar también la perención que, según quedó dicho, se refiere al procedimiento para hacer efectivos los derechos, no a los derechos mismos. De modo que la caducidad y la prescripción tienen eficacia sustantiva: inciden sobre los derechos determinando su extinción o constitución (esta última sólo en casos de prescripción adquisitiva). Pero la perención, en cambio, deja incólumes los derechos (y acciones) para hacerles efectivos o tutelarlos: nada impide iniciar un nuevo procedimiento siempre que aquéllos no se hayan extinguido por otros motivos.

No resulta difícil, por consiguiente, distinguir la perención de las otras dos instituciones. Pero ¿cuál es el alcance de cada una de ellas en el ordenamiento administrativo?

3. LA PRESCRIPCIÓN

No parece arriesgado afirmar que en el ordenamiento jurídico administrativo la prescripción nunca tiene carácter adquisitivo.

Ciertamente, la capacidad de la Administración para adquirir bienes por prescripción está reconocida por ley [arts. 25 LPE; 10.d) y 14.1 RB; o 49.1.d) LP Aragón, por ejemplo], pero no por ello cabe hablar de una autónoma usucapación administrativa. Como para los particulares, la prescripción de bienes en favor de la Administración tiene lugar en las condiciones previstas en la legislación civil (arts. 609, 1940 a 1960 CC). Pueden verse, en este sentido, las SSTs de 11 de julio de 1988 (Ar. 5887), 23 de marzo de 1993 (Ar. 1914), 18 de diciembre de 1995 (Ar. 9406) y 6 de marzo de 1997 (Ar. 2290), aunque todas ellas concluyen la falta de concurrencia en cada caso de los requisitos propios de la usucapación y la consideran no producida en favor de la Administración.

Son también reglas civiles las que regulan la prescripción adquisitiva de bienes o derechos reales en contra de la Administración, aunque limitada, en este caso, a los bienes de carácter patrimonial. Los bienes de dominio público, en efecto, están protegidos constitucionalmente por un principio de imprescriptibilidad (art. 132.1 CE) que impide su usucapación, aunque la jurisprudencia, respetando una vieja tradición, admite la “patrimonialización” de dichos bienes por su tácita desafectación y ulterior usucapación de acuerdo con la legislación común [por ejemplo, STS de 25 de mayo de 1995 (Ar. 4264)]. Pero seguiría tratándose, en cualquier caso, de una usucapación o prescripción adquisitiva de Derecho Civil, no de Derecho Administrativo.

Y por lo que se refiere a la adquisición de otra clase de derechos de naturaleza específicamente administrativa, ninguna previsión legal contempla que pueda producirse por prescripción. La autorización administrativa para el ejercicio de una actividad, por ejemplo, no puede considerarse obtenida por prescripción por prolongado que haya sido dicho ejercicio [SSTS de 1 de octubre de 1992 (Ar. 7743) o 18 de febrero de 1993 (Ar. 555)]. Ni debe confundirse la prescripción, con el efecto autorizante que pueda tener el instituto del silencio administrativo al que, a diferencia de la prescripción, debe preceder una previa solicitud o petición del interesado que impone a la Administración el deber de resolver (arts. 42 y ss. LRJPAC).

La que sí goza de propio régimen jurídico en el ordenamiento administrativo es la prescripción extintiva; esto es, la que tiene por efecto la pérdida de derechos o acciones de quien se ve alcanzado por ella y la consecuente liberación de quien hubiera de soportar su ejercicio cuya responsabilidad también queda, así, prácticamente extinguida.

Desde un punto de vista material, la prescripción extintiva puede tener por objeto derechos reales (a los que me he referido antes y que, circunscrita a los bienes de carácter patrimonial o privado, sigue la legislación común) y derechos de carácter personal.

Entre estos últimos, sean de titularidad pública o privada, tienen especial importancia los de contenido pecuniario cuya prescripción normalmente cuenta con previsiones especí-

ficas en la legislación administrativa especial (por ejemplo, arts. 64 y ss. LGT; o el art. 57 Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que regula la prescripción del derecho a exigir el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social) o general (arts. 40 y 46 LGP), dependiendo del origen de la deuda contraída con o por la Administración. En defecto de ellas, o para los demás derechos de carácter personal, parece que la prescripción ha de producirse de acuerdo con lo previsto en la legislación común (arts. 1930 y ss. CC).

Con sujeción al ordenamiento administrativo prescriben también las acciones para exigir la responsabilidad de la Administración o de su personal (como en el caso de la responsabilidad patrimonial, arts. 142.5 y 145 LRJPAC) y, en algún caso, de los administrados, como sucede en el ámbito sancionador que merece mayor comentario.

Hoy está admitida la prescripción de las infracciones, que libera al infractor de su responsabilidad frente al poder público. Pero, importada del ordenamiento penal, este tipo de prescripción no tuvo general reconocimiento en el ordenamiento administrativo hasta la reciente LRJPAC (art. 130.1). A falta de ella, la jurisprudencia adoptó básicamente tres posiciones:

– Que a falta de previsión expresa, general o especial, en el ordenamiento administrativo, la prescripción de las infracciones no era admisible y que, en consecuencia, subsistía indefinidamente la responsabilidad del infractor [así, SSTs de 22 de febrero de 1969 (Ar. 709) y 28 de octubre de 1974 (Ar. 3828)].

– Que a falta de previsión expresa, general o especial, en el ordenamiento administrativo sobre la prescripción de una infracción determinada podían aplicarse analógicamente las reglas administrativas especiales referidas a la prescripción de otras infracciones [SSTs de 27 de septiembre de 1969 (Ar. 4047) y 30 de abril de 1970 (Ar. 2354)].

– Que a falta de previsión expresa, general o especial, en el ordenamiento administrativo eran aplicables las normas penales relativas a la prescripción de delitos y faltas, por razones de analogía y seguridad jurídica y por la común filiación del ordenamiento penal y el administrativo sancionador referidos, ambos, al ejercicio del *ius punendi* del Estado [entre otras muchas, SSTs de 9 de marzo de 1972 (Ar. 1291), 26 de octubre de 1973 (Ar. 4557), 13 de octubre de 1978 (Ar. 3209) y 14 de diciembre de 1988 (Ar. 9390)]. Mas en esta línea aún era posible distinguir, de un lado, fallos que consideraban la gravedad de la infracción para establecer el plazo de prescripción aplicable [el de los delitos, para las infracciones graves; el de las faltas, para las leves –STs de 15 de junio de 1988 (Ar. 4386)–]; y fallos que, de otro lado, negando que pudieran ser equiparadas a delitos las infracciones administrativas, entendían que prescribían en el plazo previsto para las faltas [STs de 2 de febrero de 1988 (Ar. 1164)].

No tiene ya interés práctico el estudio de los argumentos y justificaciones de cada una de las líneas apuntadas, toda vez que la LRJPAC ha dispuesto con carácter general la prescripción de las infracciones administrativas que se producirá, de no estar previstos otros

plazos en las leyes especiales, a los tres años para las muy graves, a los dos años para las graves y al año para las leves (art. 132.1).

En cuanto al cómputo de estos plazos resulta claro que será día inicial de la cuenta (*dies a quo*) “el día en que la infracción se hubiera cometido” (art. 132.2. párr.1º). El plazo de prescripción de las infracciones comienza a contar, pues, desde el día en que pudo ejercitarse el *ius punendi*, criterio común de la prescripción de acciones (arts. 1969 CC y 132.1 CP) del que no se aparta la LRJPAC. Debe advertirse, sin embargo, que para las infracciones de carácter continuado o permanente (prolongadas en el tiempo), dicho término inicial equivale al día en que la infracción termina o deja de cometerse, fecha en la que aquélla queda concretada y determinada en toda su extensión y puede ser castigada en su integridad. Tal ha sido el criterio de nuestra jurisprudencia que hoy encuentra apoyo en el art. 132.1 CP [SSTS de 24 de marzo de 1941 (Ar. 433), 30 de septiembre de 1958 (Ar. 2981), 30 de octubre de 1990 (Ar. 8402) y 11 de marzo de 1991 (Ar. 2018)].

Aunque la LRJPAC establece con claridad el *dies a quo* del cómputo de la prescripción, alguna jurisprudencia mantiene un criterio distinto que parece difícilmente aceptable. Paradigmática es la STS de 21 de mayo de 1997 (Ar. 4376) donde puede leerse que:

“El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente [SSTS de 7 de abril de 1981, 25 de octubre de 1983, 31 de diciembre de 1983 y 22 de febrero de 1985, entre otras], que el inicio del plazo de prescripción está en el momento de comisión de los hechos, pero si la Administración no tiene conocimiento hasta un momento posterior, éste es el que constituye el ‘*dies a quo*’(...)”.

Mayor problema ofrece, en cambio, el funcionamiento y cómputo de la prescripción. Porque la LRJPAC dispone la interrupción de la prescripción cuando se notifica la incoación del procedimiento sancionador (art. 132.2 párr. 2º), pero añade, a renglón seguido, que se “reanudará” el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. Una regla que admite dos posibles interpretaciones:

**TRAS LA REFORMA
DE LA LRJ-PAC,
SI EL PROCEDIMIENTO
SANCIONADOR SE PARALIZA
DURANTE MÁS DE UN MES
SE REINICIARÁ EL CÓMPUTO
DE LA PRESCRIPCIÓN DE
LAS INFRACCIONES
ADMINISTRATIVAS**

– Que cuando media dicha paralización, la notificación de la incoación no interrumpe, antes bien suspende, el cómputo de la prescripción que continuará por donde se dejó (que se “reanudará”, pues) transcurrido un mes.

– Que el cómputo de la prescripción interrumpida se iniciará de nuevo si el expediente está paralizado por tiempo superior al mes. Transcurrido un mes y un día, pues, este día será el nuevo *dies a quo* del cómputo de la prescripción.

Parece que esta última lectura es la que debe prevalecer considerando el régimen tradicional y general de la prescripción: los actos de ejercicio o reconocimiento (la incoación, en este caso) del derecho prescriptible (el *ius punendi*) provocan la interrupción del cómputo, no su suspensión [por ejemplo, STS de 11 de julio de 1997 (Ar. 5818)]. Cuestión que con idéntica claridad resuelve el ordenamiento penal (antes art. 114 y hoy 132.2 CP) en el que, por la común naturaleza punitiva, se inspira el art. 132.2 LRJPAC. Siendo esto así, la cuenta del plazo debe “reiniciarse” y no “reanudarse”, como desacertadamente dispone la LRJPAC. A menos que se haya querido alterar o excepcionar el régimen ordinario del instituto prescriptivo, lo que no parece probable a la luz de los trabajos parlamentarios y de su exposición de motivos.

De todas formas, la inclusión en el ordenamiento administrativo sancionador de la mencionada regla, importada del ordenamiento penal, resulta un tanto desconcertante.

De acuerdo con la legislación penal y superado el plazo correspondiente, la prescripción de delitos y faltas puede producirse bien por la falta de incoación o persecución del ilícito, bien por la paralización del proceso penal. En efecto, la prescripción interrumpida con el inicio del procedimiento comienza de nuevo cuando se paraliza (art. 132.2 CP) para evitar que una indefinida detención burle los objetivos de aquella y para sancionar la falta de actividad.

Pero dicha medida no sería necesaria si estuviera contemplada expresamente la perención o caducidad del proceso penal paralizado que, una vez producida, dejaría sin efecto los anteriores trámites y acuerdos y levantaría, por tanto, el efecto interruptor de la prescripción que hubieran podido tener dejándola operar de modo normal. Sin embargo, la legislación procesal penal no contempla expresamente la perención o caducidad del procedimiento paralizado. Y esta omisión legal, que repugna al principio de seguridad jurídica, se compensa recurriendo al instituto de la prescripción, probablemente por la tradicional confusión entre la prescripción o caducidad de los derechos y de la instancia. Dicho de otro modo, se entiende que el proceso penal paralizado “perime” o termina porque antes “prescribe” la infracción que constituye su objeto, lo que constituye un error de concepto, en el que incurre el legislador penal, pues es tanto como afirmar que en este orden perención y prescripción son una misma cosa; o que “el instituto de la prescripción del delito tiene una doble naturaleza, sustantiva y procesal”, según lo dicho por la jurisprudencia [por ejemplo, STS de 11 de febrero de 1997 (Ar. 1773)], que no ha podido escapar a esta confusión legal de las instituciones.

Prescripción, Caducidad y Perención Administrativas

Pero el tratamiento conjunto o identificación de la prescripción con la perención o paralización del procedimiento parece inapropiado por la diferente naturaleza y eficacia de aquélla (sustantiva) y ésta (adjetiva); y porque se subordina la prescripción al ritmo de tramitación del procedimiento, lo que puede suponer el aplazamiento reiterado de aquélla y, por tanto, su negación o exclusión.

De hecho, no es infrecuente la realización de trámites o actuaciones, muchas veces superfluos, que prolongan la duración del procedimiento —con vulneración incluso del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas— por tiempo muy superior al legalmente previsto para la prescripción y que la postergan largamente o impiden que se produzca. Tan es así, que la jurisprudencia se ha visto obligada a reaccionar desconociendo eficacia interruptora de la prescripción a las actuaciones meramente formales sin contenido sustantivo con finalidad simplemente dilatoria [STS de 9 de mayo de 1997 (Ar. 4502), entre otras].

Objetable o no, ésa es la regulación que ofrece el ordenamiento penal y que la LRJPAC parece querer reproducir miméticamente en el ordenamiento administrativo sancionador. Y es también la que se ha venido aplicando, antes por la supletoriedad del Derecho Penal y ahora por el referido mimetismo legal, en sede contencioso-administrativa [por todas, STS de 24 de mayo de 1994 (Ar. 4317)].

Pero en el ámbito administrativo sucede que, gracias a esa misma Ley, la perención de los procedimientos desfavorables paralizados está expresamente prevista (art. 44.2), razón por la que resulta superflua la regla penal descrita. El art. 132.2 párr. 2º LRJPAC, sin embargo, recurre a ella, oscureciendo la relación entre la prescripción de las infracciones y la perención o caducidad de los expedientes sancionadores.

Porque si la paralización del expediente conduce por sí sola a la perención (art. 44.2 LRJPAC) y ésta determina la ineficacia y archivo de las actuaciones y deja franco el cómputo de la prescripción, ninguna necesidad hay de señalar un nuevo término para iniciar su cuenta (transcurrido el mes de paralización a que se refiere la LRJPAC). Estando prevista la perención, el juego de la prescripción queda garantizado aunque se paralice el procedimiento que interrumpió su cómputo. Por eso en el procedimiento administrativo, a diferencia del penal, no es preciso ordenar, como lo hace el art. 132.2 párr. 2º LRJPAC, que la prescripción comience de nuevo cuando aquél se paraliza.

Y lo paradójico es que esta regla de origen penal, si bien orientada a garantizar la operatividad de la prescripción, se vuelve en contra de ella en el ámbito sancionador administrativo. La perención es un instituto meramente formal o adjetivo, no incide sobre el *ius punendi* sino sobre el procedimiento. Mientras aquél subsista, pues, nada impedirá incoar nuevo expediente después del perimido. Pero si, como señala el art. 132.2.párr. 2º LRJPAC, la prescripción comienza de nuevo cuando un expediente se paraliza, nada impediría a la Administración inactiva evitar, para siempre, el juego de la prescripción: paralizado un expediente (lo que haría comenzar de nuevo la prescripción), aunque éste perimiera, podría incoar luego otro; y si éste, a su vez, se detuviera (comenzando una vez más la prescripción) incoar otro después; y así sucesivamente.

Por eso resulta difícil entender y aceptar la aplicación de la regla que nos ocupa. Sin ella, cuánto más sencillas y lógicas serían las relaciones entre la perención y la prescripción. Producida aquélla, el cómputo de ésta se tendría por no interrumpido. Porque el efecto interruptor de la prescripción que tiene la incoación del expediente desaparece con éste cuando termina por perención (o sea, cuando la incoación no conduce a una resolución). Esto supone, en la práctica, que la cuenta de la prescripción ha de hacerse como si no hubiera habido interrupción; que sigue por donde estaba al producirse la incoación “improductiva”. Algo de lo cual parece querer decir la propia LRJPAC que, recordémoslo, dispone la “reanudación” del cómputo después de la paralización, aunque es evidente la confusión conceptual en que incurre al ligar la prescripción con la paralización.

Tal es, pues, el principal problema que ofrece la regulación actual de la prescripción de las infracciones administrativas que no ha sido objeto de la reciente reforma de la LRJPAC.

Lo mismo que se extingue la responsabilidad por la prescripción de la infracción, desaparece por su falta de exigencia una vez establecida. La falta de ejecución de las sanciones que no sean voluntariamente cumplidas puede conducir, con el transcurso del tiempo, a su prescripción. Como sucedía con las infracciones, la prescripción de las sanciones era asunto que carecía de regulación general expresa en el ordenamiento administrativo siendo habitual, a falta de otra normativa especial, la aplicación supletoria o analógica de las reglas penales sobre prescripción de las penas (hoy arts. 130.6, 133 y 134 CP).

La LRJPAC cubrió esta laguna haciendo de la prescripción de las sanciones principio general. Su art. 132.1, en efecto, contempla la prescripción de las sanciones impuestas por infracciones muy graves a los tres años, a los dos años para las sanciones deducidas de faltas graves y al año para las impuestas por faltas leves. Estos plazos comienzan a contarse “desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción” (art. 132.3 LRJPAC); esto es, cuando la sanción no sea ya recurrible en la vía administrativa ni en la judicial (quiere esto decir, si se interpuso recurso contencioso-administrativo, que la prescripción comienza una vez firme la sentencia que confirma la sanción).

4. LA CADUCIDAD DE DERECHOS (O ACCIONES)

Al igual que sucede con la prescripción, la caducidad determina la extinción de los derechos o acciones por el transcurso del tiempo y su falta de ejercicio. Pero en este caso, la temporalidad es un rasgo esencial de los derechos o acciones y la caducidad no hace más que expresar la naturaleza temporal o preteritoria de un derecho o situación jurídica.

La caducidad tiene, pues, eficacia sustantiva y no es cosa distinta de la decadencia de derechos o la preclusión de acciones que tienen el mismo valor extintivo.

La decadencia se refiere a la extinción de derechos de contenido material o sustantivo: a la caducidad, por ejemplo, del derecho de reversión expropiatoria [a que apelan las SSTs de 5 de julio de 1995 (Ar. 5526) y 24 de septiembre de 1997 (Ar. 6481)]; o de concesiones administrativas y ciertas autorizaciones que tienen una naturaleza esencialmente temporal, se hayan otorgado por un período determinado –caducidad *sensu stricto* [de la que conocen, por ejemplo, las SSTs de 7 de junio y 27 de septiembre de 1988 (Ar. 4599 y 8016) y 1 de marzo y 29 de junio de 1990 (Ar. 2123 y 5755)]– o por el tiempo que subsistan o se cumplan las condiciones determinantes de su otorgamiento –caducidad modal [SSTs de 30 de junio de 1988 (Ar. 5188 y 5189)]–.

El término preclusión, en cambio, se asocia con la caducidad de derechos de contenido reaccional o formal, esto es, referidos a una facultad jurídica de obrar, de realizar un acto con eficacia jurídica, que está limitada en el tiempo. Se dice así, por ejemplo, que en el plazo *preclusivo* de dos meses caduca el derecho a interponer el recurso contencioso-administrativo [SSTs de 11 de mayo 1960 (Ar. 1876), 26 de diciembre de 1995 (Ar. 9360) y 28 de junio de 1996 (Ar. 5826), entre otras]; que caduca a los veinte años la acción administrativa de desahucio sobre viviendas de protección oficial [STS de 7 de octubre de 1988 (Ar. 7443)]; o que caduca el derecho a realizar alegaciones en el trámite de información pública vencido el plazo establecido para éste (art. 86.2 LRJPAC).

Preclusivo es también el plazo de caducidad –no de prescripción– a que está sometido en ocasiones el *ius punendi* de la Administración. En efecto, independientemente de la prescripción de las infracciones, la acción para exigir la responsabilidad del infractor puede estar sometida a plazo y perjudicarse de no ejercitarse a tiempo; esto es, de no incoarse oportunamente el procedimiento sancionador una vez conocidos los hechos eventualmente constitutivos de la infracción [por ejemplo, SSTs 26 de diciembre de 1989 (Ar. 9647) y 14 de octubre de 1997 (Ar. 7052)].

La eventual caducidad de la acción para perseguir las infracciones se contempla en algunas regulaciones sectoriales, no así en la LRJPAC, pero por la vocación generalista de ésta nada parece oponerse a su admisión siempre que esté prevista en normas de rango legal (de un lado, por referirse a la extinción de facultades o derechos; y de otro, en este caso, por referirse

LA CADUCIDAD TIENE EFICACIA SUSTANTIVA Y NO ES COSA DISTINTA DE LA DECADENCIA DE LOS DERECHOS DE CONTENIDO SUSTANTIVO O DE LA PRECLUSIÓN DE DERECHOS DE CONTENIDO FORMAL O REACCIONAL

a la potestad sancionadora –arts. 25 y 127 LRJPAC). Esta reserva de ley, no obstante, no se proyecta retroactivamente sobre los reglamentos sancionadores anteriores a la Constitución (como el D 2530/1976, sustituido luego por el RD 1945/1983, ambos sobre disciplina de mercado y consumo) que contemplaran este supuesto de caducidad (véanse las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 15/1981, de 7 de mayo, 42/1987, de 7 de abril, entre otras; y sobre los reglamentos citados, la STC 29/1989, de 6 de febrero). Ejemplo legal de la caducidad que nos ocupa nos lo ofrece el art. 111.2 de la Ley del Medicamento (Ley 25/1990, de 20 de diciembre):

“Caducará la acción para perseguir las infracciones cuando conocida por la Administración la existencia de una infracción y finalizadas las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, hubiera transcurrido un año sin que la autoridad competente hubiera ordenado incoar el oportuno procedimiento.”

Por consiguiente, no debe confundirse esta clase de caducidad, cuyo plazo comienza con la práctica de diligencias para esclarecer la eventual existencia de una infracción, con la prescripción, cuyo cómputo se inicia con la comisión de aquélla, ni con la perención, que presupone la existencia de un expediente sancionador ya incoado.

5. LA PERENCIÓN (O CADUCIDAD) DE LA INSTANCIA

La perención es una forma de terminación anticipada o anormal de los procedimientos que se hallan paralizados por falta de impulso, trámite o resolución. Es un instituto que viene a poner fin a la situación de pendencia e incertidumbre jurídica que la prolongada duración de un procedimiento entraña y que contradice la naturaleza esencialmente temporal o finita del procedimiento y el principio de seguridad jurídica.

En estos presupuestos objetivos encuentra la perención, pues, su fundamento [SSTS de 12 de abril de 1978 (Ar. 1319) y 2 de octubre de 1981 (Ar. 3966)] y no en un presuntible abandono del procedimiento por las partes que la perención vendría a sancionar [STS de 2 de julio de 1987 (Ar. 5479)]. A esta última fundamentación, subjetiva, se oponen, de un lado, el principio de irrenunciabilidad de la competencia (art. 12 LRJPAC) y el deber de resolver (art. 42 LRJPAC) que impiden a la Administración “abandonar” el procedimiento; y de otro, la existencia de cauces procedimentales específicos (el desistimiento o la renuncia) para que el particular interesado exprese su voluntad de abandono. Por eso parece posible prescindir de esta fundamentación subjetiva [SSTS de 24 de marzo de 1986 (Ar. 2330) y 22 de marzo de 1993 (Ar. 1629)].

Los efectos de la perención se agotan, pues, en el procedimiento administrativo: es una institución netamente procedimental o adjetiva que no incide sobre los derechos o situaciones jurídicas que son objeto del procedimiento, aunque al igual que éste guarde relación con ellos. La perención sólo pone fin al expediente inconcluso y paralizado y tiene

por efecto propio y normal el archivo de las actuaciones habidas en él [STS de 16 de enero de 1996 (Ar. 298)], quedando éstas desprovistas de su eficacia anterior. Así deviene ineficaz, por ejemplo, la incoación misma del expediente y debe tenerse por inexistente la interrupción del cómputo del plazo de prescripción (del derecho subyacente) que hubiera podido tener [STS de 21 de mayo de 1991 (Ar. 4336)]. Un ejemplo que nos permite apreciar la autonomía conceptual de ambas figuras pero también su cercana relación: si el procedimiento es cauce del ejercicio de derechos no extraña la relación entre una institución sustantiva (la prescripción) y otra procedimental (la perención) que hacen del tiempo, y de la seguridad jurídica, común objeto.

No está de más insistir en el carácter meramente adjetivo o procedimental de la perención, pues con alguna frecuencia se deducen de la paralización del expediente, erradamente, efectos sobre los derechos o situaciones jurídicas objeto de él. Dicho carácter adjetivo lo impide, lo mismo que permite, cambiando de perspectiva, que puedan tener carácter retroactivo las normas relativas a la perención [STS de 26 de febrero de 1991 (Ar. 1089)].

La terminación de los expedientes por perención ha tenido una regulación desigual en nuestro ordenamiento. Siendo el procedimiento de carácter contradictorio, la paralización del expediente tanto puede ser imputable a la Administración, a quien compete su tramitación, como al interesado, cuando su intervención resulta indispensable para la instrucción y resolución del mismo.

Tradicionalmente, sin embargo, sólo para los supuestos de paralización imputable al interesado estuvo legalmente prevista la perención o caducidad del expediente (art. 2, base 8ª Ley Azcárate de 19 de octubre de 1889 —y correspondientes de sus reglamentos de desarrollo—, art. 99 LPA de 1958). Para los procedimientos paralizados por causa administrativa, en cambio, esta forma anormal de terminación careció de reconocimiento legal o incluso se consideró excluida [“la inactividad de la Administración no produce la caducidad del expediente (...)”, art. 61 LPA de 1958], razón por la que la jurisprudencia negó durante mucho tiempo la posibilidad de que dichos expedientes perimieran.

Pero esa actitud cambiaría con el tiempo. La comprobación de que la falta de perención de los expedientes sancionadores paralizados por causa de la Administración privaba a la prescripción de las infracciones de su finalidad (pues el cómputo quedaba interrumpido con la incoación del expediente aunque éste se detuviera *sine die*) abrió paso a la perención en este ámbito sancionador. Y alguna legislación sectorial (disciplina de mercado, patrimonio histórico) también reguló la perención de los expedientes paralizados por causa no imputable al interesado, esto es, paralizados por causa de la Administración (a quien corresponde darles impulso y resolución). De modo que la jurisprudencia se sumó a esta tendencia aceptando la existencia genérica de una perención por causa administrativa paralela a la perención de causa particular, la única que contaba con tradición normativa y conocida como “caducidad del expediente”.

Así, pues, haciéndose también eco de esa tendencia, la LRJPAC es la primera norma de procedimiento que regula con carácter general ambas clases de perención cuyo ámbito

y régimen difiere —no así su naturaleza y fundamento— en atención a la causa de la paralización (que sea o no imputable al interesado) y al carácter favorable o desfavorable del procedimiento. De la certidumbre que la perención reporta, haciendo prevalecer la seguridad jurídica sobre la legalidad, no puede beneficiarse quien provoca la paralización del expediente: la perención no es un modalidad de terminación alternativa (como el desistimiento, la renuncia o la convencional), dejada al poder dispositivo de las partes, sino una modalidad excepcional o anormal que sólo puede hacer valer quien se vea perjudicado por una paralización que no le es imputable. De ahí la necesidad de considerar el carácter favorable o desfavorable del expediente para apreciar dicho perjuicio, aunque sea potencial, y limitar el ámbito objetivo de la perención.

Tal es el sentido en que la jurisprudencia advierte la diferencia entre la caducidad del expediente por causas imputables al interesado y la caducidad del mismo por causas imputables a la Administración [SSTS de 31 de diciembre de 1996 (Ar. 9803) y 20 de enero de 1997 (Ar. 535)], distinción que se refiere a la existencia de un régimen jurídico diferenciado sin poner en duda la unidad conceptual de la perención.

Así, pues, no todos los expedientes paralizados perimen, ni la perención sobreviene siempre de igual forma. Todo depende del origen o causa de la paralización y por eso es obligado un estudio diferenciado de la institución.

A) Perención por causa imputable al interesado

Cuando la paralización de un expediente es imputable al interesado, la perención sólo puede tener lugar en los procedimientos iniciados a instancia de parte (art. 92 LRJPAC). Ahora bien, esta afirmación merece algún comentario.

Cuando la LRJPAC regula este supuesto de caducidad o perención no tiene en cuenta el carácter favorable o desfavorable del procedimiento. Aunque lo habitual es que los particulares insten el procedimiento para obtener alguna ventaja por medio de él, no puede descartarse la existencia de procedimientos desfavorables iniciados también a instancia de parte (declaraciones tributarias, autoinculpaciones, solicitudes de declaración de ruina o del interés cultural de inmuebles, por ejemplo). Pues bien, si en el primer caso nada parece oponerse al juego de la perención cuando el expediente se paraliza por causa imputable al interesado, en el segundo resulta más que dudoso que el afectado pueda evitar las consecuencias negativas del procedimiento que él mismo instó provocando su paralización y posterior perención. Cuesta admitir que la legalidad ceda ante la seguridad jurídica en beneficio de quien, obstaculizando la prosecución del expediente, causa la situación de incertidumbre y pendencia. Por eso, aunque la LRJPAC no la descarte expresamente (el art. 92 se refiere a los procedimientos, de cualquier clase, iniciados a instancia de parte), es dudoso que puedan perimir los expedientes desfavorables iniciados a instancia de parte y paralizados por su causa. Y es posible que, como explicaré más adelante, éste sea el supuesto que el legislador tiene en mente cuando otorga a la

Administración la facultad de mantener vivo el expediente incurso en caducidad (art. 92.4 LRJPAC). El destino de los mencionados expedientes, en cualquier caso, es dudoso, sin que de la ley vigente y la jurisprudencia (inexistente) pueda deducirse una solución definitiva.

Donde con toda seguridad se produce la perención es en los procedimientos iniciados de oficio cualquiera que sea su carácter. Si son desfavorables, la paralización del expediente por causa imputable al interesado determina la interrupción *sine die* del cómputo del plazo para resolver; el deber de resolver queda en suspenso y el procedimiento se detiene indefinidamente sin que la seguridad jurídica prevalezca sobre la legalidad, pues la situación de pendencia o incertidumbre puede ser atajada por quien la padece. A esta solución nos conduce hoy, tras su reciente reforma por Ley 4/1999, de 14 de enero, la LRJPAC (art. 44.2 *in fine*). Se evita así que los afectados, obstaculizando la tramitación del procedimiento desfavorable, puedan eludir sus posibles consecuencias negativas y disponer del interés público subyacente. Ésta parece ser la razón por la que también la jurisprudencia venía considerando irrelevante, a efectos de la perención, la paralización de un expediente sancionador por inactividad del interesado [STS de 14 de noviembre de 1990 (Ar. 8929)].

Si son de carácter favorable la cuestión se complica un poco. Después de su reforma, la LRJPAC dispone que los interesados pueden entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo (art. 44.1). Pero esta disposición sólo puede referirse a los procedimientos paralizados por causa de la Administración, pues si el propio interesado es responsable de la paralización o demora no puede invocar el silencio negativo por sí mismo. De lo contrario, quedaría a su disposición la propia competencia administrativa: podría sustraer del ámbito administrativo la capacidad de resolver o decidir el expediente y trasladarla al ámbito judicial sin que la Administración pueda hacer nada para evitarlo. Se resentiría, pues, el fundamento y finalidad de esta institución concebida como una garantía –tras la reforma de la LRJPAC (art. 43.3), de nuevo como una garantía impugnatoria (con la que se hace frente al privilegio de la decisión previa, expresivo de la autotutela)– ante la falta de resolución imputable a la Administración, no al interesado.

No siendo aplicable el silencio negativo a este supuesto, la situación de pendencia provocada por el interesado bien

**LA TRADICIONALMENTE
CONOCIDA COMO CADUCIDAD
EN LA INSTANCIA NO ES
OTRA COSA QUE LA
PERENCIÓN DE LOS
PROCEDIMIENTOS
FAVORABLES INICIADOS A
INSTANCIA DE PARTE Y
PARALIZADOS POR CAUSA
IMPUTABLE AL INTERESADO**

podría atajarse con la perención. Pero la LRJPAC no prevé expresamente esta solución ni ninguna otra. A pesar de ello, considerando que en este caso la paralización es imputable al interesado, que el procedimiento es favorable y que ambas circunstancias son presupuesto del art. 92 LRJPAC, no parece descabellado proponer la aplicación analógica de este precepto aunque aquí se trate de expedientes iniciados de oficio. También cabría equiparar la paralización imputable al interesado con un tácito desistimiento o renuncia que pondría fin al expediente (art. 90.1 LRJPAC), pero esta solución tiene mayores objeciones: Por un lado, mal puede desistir de un procedimiento quien no lo ha emprendido por sí mismo o renunciarse a derechos que no están enteramente definidos. Y desistimiento y renuncia, por otro lado, son el contenido de una voluntad que requiere algún medio de constancia (art. 91.1 LRJPAC), sin que a este efecto parezca concluyente la mera inactividad o desidia del interesado. Por eso me parece más idónea la aplicación analógica del art. 92 al supuesto que nos ocupa.

Mas como señalé al principio, el ámbito normal de esta clase de perención, tradicionalmente conocida y regulada bajo la expresión “caducidad de la instancia”, son los procedimientos favorables iniciados a instancia de parte y paralizados por causa imputable al interesado (art. 92 LRJPAC).

La paralización supone que la Administración, a quien compete la ordenación e impulso del procedimiento, no puede proseguir su tramitación y dictar resolución. Ahora bien, es necesario que esta imposibilidad de continuar el expediente obedezca a causas imputables al interesado, porque si responde a causas sobrevenidas, ajenas a su voluntad o debidas a fuerza mayor, lo que procede es declarar la terminación del procedimiento por imposibilidad material de resolver o pérdida de su objeto (art. 87.2 LRJPAC). En este sentido, la jurisprudencia viene subordinando la caducidad a la existencia de una “conexión entre la inactividad culpable del interesado y la detención del curso de las actuaciones”, porque “si ésta es obra de otra causa, aquélla no puede producirse” [entre otras, SSTs de 2 de julio de 1987 (Ar. 5479) y 21 de enero de 1991 (Ar. 665)].

La paralización debe ser imputable al interesado a cuya solicitud se inició el procedimiento y no a cualesquiera otras personas que pueda tenerse por interesadas a tenor del art. 31 LRJPAC. Así se desprende del art. 92.1 LRJPAC que se refiere a la caducidad de los “procedimientos iniciados a solicitud del interesado cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo” [en el mismo sentido, la STS de 29 de enero de 1994, FJ 4º (Ar. 348)].

Y además de ser imputable al interesado, la paralización debe ser real, esto es, motivada por la falta de elementos (actos, documentos, datos...) que sean esenciales para dictar resolución (DDCdE núms. 47465 y 47586, de 5 de junio y 19 de septiembre de 1985). Quiere esto decir que los defectos de tiempo, alegación, aportación o trámite imputables al interesado no paralizan el expediente, ni conducen a su caducidad, a menos que sean de carácter esencial. Lo dice con claridad el art. 92.2 LRJPAC: No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites que no

sean indispensables para dictar resolución. Aunque el interesado, obviamente, perderá el derecho al trámite y, propiciando una instrucción defectuosa del expediente, puede ver reducidas sus posibilidades de obtener una resolución acorde con sus pretensiones.

Ése ha sido, por lo demás, el criterio tradicional en nuestro ordenamiento: No se considerará imputable al interesado la paralización cuando se deba a la falta de aportación por él de documentos o datos innecesarios [STS de 11 de mayo de 1993 (Ar. 3739)] o que ya obren en poder de la Administración (DCdE 1426/93, de 3 de febrero de 1994). Y la Administración “no puede utilizar el mecanismo de la perención o caducidad para atribuir consecuencias extintivas del procedimiento a cualquier inactividad del particular, sino sólo a aquella que realmente impida entrar en el fondo del asunto” [SSTS de 18 de noviembre de 1986 (Ar. 898/1987) y 21 de enero de 1991 (Ar. 665)].

Para que la perención tenga lugar es necesario, además, que la Administración intime o requiera al interesado para que ponga fin a la causa determinante de la paralización —para que actúe, en definitiva—, advirtiéndole que de persistir aquella causa se producirá, transcurridos tres meses, la caducidad del expediente [art. 92.1 LRJPAC; STS de 29 de enero de 1994 (Ar. 348)].

Dicho plazo se computará de acuerdo con las reglas generales (art. 48 LRJPAC), resultando discutible que pueda ser objeto de ampliación (en los términos del art. 49.1) o que pueda suspenderse su cómputo durante el tiempo que, por causas ajenas a su voluntad o de fuerza mayor (esto es, no imputables), al interesado le sea imposible atender el requerimiento. Sobre esto último nada hay previsto en la LRJPAC ni la jurisprudencia ha dado su parecer. Sin embargo, ante situaciones de fuerza mayor, auténtica y debidamente acreditada, los tribunales suelen acomodar la legalidad a exigencias de equidad o justicia material en las que podría sustentarse una respuesta afirmativa [aunque se trate de la caducidad de un derecho, no de un procedimiento que es lo que ahora nos ocupa, puede verse como ejemplo la STS de 18 de octubre de 1991 (Ar. 8098)].

Pero no basta que la paralización persista por el tiempo señalado. Aún es preciso que la Administración declare caducado el procedimiento. Esto es, la caducidad no se produce automáticamente, *ope legis*, sino que requiere una declaración previa (constitutiva) de la Administración. Es posible diferenciar, pues, el expediente caducado del que simplemente está incurso en caducidad (STS 17 de octubre de 1959 y las que cita). Pero no estamos ante una conclusión pacífica.

Un sector minoritario de la doctrina y de la jurisprudencia [SSTS de 20 de febrero de 1982 (Ar. 1517) y 17 de marzo de 1993 (Ar. 1993)], por influencia de la doctrina procesal civil, considera que la caducidad sobreviene por el solo ministerio de la ley y que la “declaración de caducidad” a que alude la LRJPAC es un acto meramente declarativo, que se limita a reconocer o constatar la caducidad ya acaecida. Su principal argumento es que la caducidad debe tener lugar sin intervención alguna de las partes, pues las normas de procedimiento son de *ius cogens* y están fuera de su poder de disposición. Pero aunque así sea en el orden procesal no parece posible compartir este criterio en el ámbito administrativo.

Por grande que sea la afinidad formal entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo, éste tiene sus propias peculiaridades entre las que destaca el hecho de que la Administración sea a un tiempo “juez” y parte. A este respecto, resulta paradigmática la potestad reconocida a la Administración de continuar el expediente, aun cumplidas las condiciones de la caducidad, si lo considera conveniente por razones de interés general o para sustanciar y esclarecer la cuestión suscitada [art. 92.4 LRJPAC; STS de 18 de marzo de 1992 (Ar. 3107)].

Ciertamente, el presupuesto y alcance de esta potestad, análoga a la que otorga el art. 90.3 LRJPAC para los casos de renuncia o desistimiento, resulta confuso y se ha sostenido por ello que constituye un débil argumento en favor del carácter constitutivo de la declaración administrativa de caducidad: Si el expediente está *paralizado* por causa imputable al interesado –se dice–, aunque existan razones de interés general que aconsejen su conclusión, ¿cómo podría la Administración proseguirlo? Si por culpa del interesado el expediente carece de los elementos esenciales para dictar resolución ésta no podrá adoptarse; y si puede adoptarse no será imputable al interesado la paralización.

Desde luego, no le falta rigor a esta conclusión. Pero sin negar que el precepto es oscuro y que el presupuesto y finalidad de la potestad que reconoce resulta incierto y deja traslucir una cierta confusión legal del desistimiento con esta clase de caducidad o perención –error en el que igualmente caen quienes consideran que el defecto de subsanación (art. 71.1 LRJPAC) conduce a la caducidad– parece posible encontrarle algún sentido.

En realidad, el art. 92.4 LRJPAC no dice que la Administración deba *proseguir* y resolver el expediente paralizado por causa particular, lo que, en efecto, le resultaría imposible. Lo que dice es que la Administración puede mantener vivo el expediente, esto es, no declarar la caducidad, por motivos de interés general; que la Administración puede hacer prevalecer razones de interés general sobre las razones de seguridad jurídica que animan la caducidad. Y la finalidad o sentido de esta facultad podría ser preservar la capacidad decisoria de la Administración cuando existe la posibilidad de que un expediente paralizado por causa del interesado pueda dejar de estarlo, cambiar de estado, con el paso del tiempo o por la concurrencia de nuevas circunstancias (cambio de actitud del interesado, aparición de documentos, personación de terceros...) que permitan su prosecución. Una posibilidad que, enlazada con la idea del interés general, hace pensar que el ámbito normal de esta potestad es el de los procedimientos desfavorables iniciados a instancia de parte, pues cuesta aceptar que puedan también caducar o perimir por su causa, lo que sería tanto como dejar el interés público al antojo o disponibilidad del particular.

En cualquier caso, aun siendo incierto su significado, el precepto legal evidencia la voluntad legislativa de otorgar a la Administración una cierta capacidad o margen de decisión para declarar (mejor dicho, para decidir o constituir) la caducidad.

Por otra parte, el carácter constitutivo de la declaración de caducidad cuenta con otros argumentos. Entre los actos que ponen fin al procedimiento el art. 87.1 LRJPAC mencio-

na la “declaración de caducidad” y del art. 92.1 y 2 LRJPAC se infiere que la caducidad se “acuerda”, expresiones ambas de las que se deduce que la caducidad es resultado de un acto o decisión administrativos de carácter constitutivo. Este carácter resulta, además, de la propia posición institucional de la Administración, investida del privilegio de la autotutela, en la que se fundamentan, de un lado, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y, de otro, el deber legal de resolver. La exigencia legal de que la caducidad sea declarada constituye una manifestación de dicho deber y una garantía para la revisión jurisdiccional de las circunstancias y motivos por los que la Administración se considera liberada, frente al administrado, de la obligación de dictar un pronunciamiento de fondo (art. 42.1 con relación al 89 LRJPAC). Por eso mismo, el art. 92.1 *in fine* advierte que “contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes”.

Éstos han sido también los argumentos tradicionalmente esgrimidos por la jurisprudencia al concluir el carácter constitutivo de la declaración de caducidad [por ejemplo, SSTs de 26 de junio de 1951 (Ar. 1812), 13 de diciembre de 1952 (Ar. 2464), 26 de septiembre de 1975 (Ar. 3870) o 29 de enero de 1994 (Ar. 348)], entendiéndose además que hasta la notificación de ésta —que es condición de su eficacia (hoy art. 57.2 LRJPAC)— el procedimiento sigue vivo y el interesado puede aportar los documentos o realizar los trámites requeridos para que, reactivado el procedimiento, la Administración cumpla con su deber de resolver sobre el fondo [STS 16 de marzo de 1988 (Ar. 2171)].

A la discusión apuntada, en fin, no parece que la reciente reforma de la Ley 30/1992 haya hecho ninguna aportación relevante. La nueva redacción del art. 42 LRJPAC señala que “En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud..., la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”. Pero de su lectura, tanto puede concluirse que la Administración debe *declarar* la caducidad (por tratarse de una mera circunstancia, una situación que se alcanza *ope legis*) como que debe *decidir* sobre ella (a la vista de los “hechos producidos” y las “normas aplicables”).

El efecto principal de la declaración de caducidad es la terminación del procedimiento (art. 87.1 LRJPAC) que libera a la

PARA QUE SE PRODUZCA LA PERENCIÓN NO BASTA QUE LA PARALIZACIÓN (IMPUTABLE AL INTERESADO) PERSISTA EN EL TIEMPO SEÑALADO; ADEMÁS ES PRECISO QUE LA ADMINISTRACIÓN DECLARE CADUCADO EL PROCEDIMIENTO

Administración de su obligación de dictar una resolución sobre el fondo (art. 42.1 LRJPAC) y le permite archivar las actuaciones (escritos y documentos aportados, informes, pruebas y demás diligencias efectuadas) sin ulterior trámite (art. 92.1 LRJPAC).

Como consecuencia de ella, pierden también eficacia las actuaciones precedentes hasta la propia incoación. Esta pérdida de eficacia retroactiva resulta especialmente interesante en lo que respecta a la prescripción de los derechos o acciones objeto del procedimiento. En efecto, el ejercicio de acciones o derechos que la solicitud o instancia lleva implícito interrumpe el cómputo de su plazo de prescripción. Pero si la solicitud deviene ineficaz, por efecto de la caducidad, también desaparece el efecto interruptor que tuvo sobre el referido cómputo. A esto se refiere el art. 92.3 LRJPAC cuando advierte que “los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”, después de resaltar la diferente naturaleza de la perención y la prescripción (“La caducidad –dice– no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración”).

B) Perención por causa no imputable al interesado

Cuando la paralización de un expediente no es imputable al interesado, la perención sólo está prevista para algunos procedimientos iniciados de oficio (los de carácter desfavorable, más exactamente).

En efecto, los procedimientos iniciados a instancia de parte que, por causas ajenas al interesado, se hallen paralizados no perimen, pero puede ponerse fin a esa situación de pendencia o incertidumbre jurídica haciendo valer, una vez que ha vencido el plazo máximo de resolución previsto, los efectos del silencio administrativo. A esta institución, cuyo régimen ha sido nuevamente alterado en la reciente reforma de la LRJPAC (Ley 4/1999), cabe recurrir también cuando la paralización por causa no imputable al interesado se refiera a procedimientos iniciados de oficio “de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas” (nuevo art. 44.1 LRJPAC).

De este modo la reforma ha venido a cubrir el vacío existente, pues la Ley de 1992 no daba respuesta a la paralización de este tipo de procedimientos. Advertida esa laguna que dejaba a los interesados inermes frente al incumplimiento del deber de resolver, el proyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1994 contempló la posibilidad de deducir recurso contencioso, caso de no ser atendida una previa reclamación, contra esta falta de resolución (art. 28.2). Pero el proyecto de 1997, del que surgió la Ley 29/1998, ya no incluyó un precepto así, probablemente porque ya estaba anunciada y en ciernes la reforma de la LRJPAC (aunque el proyecto de ley correspondiente tardaría varios meses en presentarse), texto legal que parecía más idóneo para resolver este asunto.

Así, pues, sólo en los procedimientos iniciados de oficio “en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir actos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad” (nuevo art. 44.2 LRJPAC).

Prescripción, Caducidad y Perención Administrativas

La reforma ha simplificado notablemente la regulación de esta clase de perención antes recogida en el art. 43.4. Era éste un precepto muy ambiguo que oscurecía el régimen de la perención pues cabían al menos tres posibles interpretaciones:

- Primera, que la perención se producía, *ope legis*, transcurridos treinta días del vencimiento del plazo en que debió dictarse la resolución. A la Administración correspondería únicamente certificar o declarar dicha circunstancia.
- Segunda, que la perención se producía transcurridos treinta días del vencimiento del plazo en que debió dictarse la resolución, si la acordaba la Administración de oficio o a solicitud del interesado. La declaración de caducidad tendría carácter constitutivo, pues.
- Y tercera, que la perención se producía, *ope legis*, transcurridos treinta días desde que, vencido el plazo para resolver, el interesado solicita su declaración. Requeriría una previa intimación, por tanto, una especie de denuncia de mora, a partir de la cual sobrevendría la perención de no ser atendida aquélla. La declaración administrativa de la caducidad vendría sólo a reconocer esa circunstancia y no tendría carácter constitutivo.

De las tres interpretaciones expuestas, la primera era la que se aproximaba más al tenor literal del antiguo art. 43.4 LRJPAC y por eso fue suscrita por otras normas de desarrollo (art. 20.6 RD 1398/1993, por ejemplo). También la segunda se acercaba mucho a la literalidad del ambiguo precepto, pero su validez era más que dudosa al deducirse de ella el carácter constitutivo de la declaración de caducidad: si lo que persigue la perención es poner fin a un procedimiento paralizado, a la falta de resolución de la Administración, no tiene sentido hacerla depender de una nueva decisión (o eventual omisión) de la Administración. Y la tercera alternativa, aunque bastante más alejada de la letra de la ley, tenía apoyos normativos, jurisprudenciales, doctrinales e incluso de política legislativa que permitían cabalmente defenderla.

Que la perención dependiera de una previa intimación o denuncia del interesado era lo normal en nuestra tradición jurisprudencial [generalmente se consideraba imprescindible la intimación para que la perención se produjera –por ejemplo, SSTS de 22 de noviembre y 22 de diciembre de 1988 (Ar. 9154 y 10221), 19 de julio y 19 de noviembre de 1989 (Ar. 6034 y 8514) o 12 de diciembre de 1990 (Ar. 10389)–, hasta que las SSTS de la Sala Especial de Revisión de 16 de febrero de 1990 (Ar. 7491) y 30 de junio y 10 de julio de 1990 (Ar. 5759 y 5846) sentaron el criterio contrario] y normativa (la LPHE, único precedente legal de esta clase de perención lo preveía, art. 9.3). De otro lado, también la perención provocada por causas imputables al interesado requería la previa advertencia de éste (art. 92.1 LRJPAC). E igualmente el silencio administrativo –que tenía con esta modalidad de perención común causa (la falta de resolución en plazo), finalidad (la seguridad jurídica) y sede normativa (el viejo art. 43 LRJPAC)– requería la previa solicitud de una certificación de actos presuntos para ser efectivo, solicitud que cumplía una función similar a la de una denuncia de mora o intimación al cumplimiento. Y si tenemos en cuenta que el requisito de la intimación protege el interés público, que padece cuando la Administración (aunque sea por negligencia suya) se ve sorprendida por la perención, y es, para el interesado, una carga escasamente gravosa, no es difícil encontrarle justificación legal en el marco de la LRJPAC.

Todas estas razones avalaban suficientemente la interpretación mencionada, a pesar de la literalidad del art. 43.4 LRJPAC, y por ella parecía razonable inclinarse hasta la reciente reforma legal, pues con ésta cambia por completo el régimen de la perención (y del silencio administrativo, institución cercana).

Conviene no olvidar, sin embargo, las interpretaciones que admitía el viejo art. 43.4, porque pueden sernos útiles para comprender mejor cuál es, tras la Ley 4/1999, el régimen de la perención de los procedimientos iniciados de oficio de carácter desfavorable paralizados por causa no imputable al interesado.

Hay que advertir que la no imputabilidad al interesado de la paralización no presupone, necesariamente, la indolencia de la Administración. Lo normal es que así sea, que la paralización se deba a la inactividad administrativa y que a la Administración sea imputable la paralización o tardanza. Pero ésta también puede obedecer a otras causas ajenas a la Administración y a los interesados. Mas incluso en este caso la perención tendrá lugar, aunque la paralización obedezca a causas de fuerza mayor (para eso está el art. 87.2 LRJPAC, que permite poner fin al expediente “declarando la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas”), pues es suficiente que la paralización no sea imputable al interesado aunque tampoco lo sea a la Administración. De modo que la perención puede desempeñar una función coactiva y punitiva frente a la inactividad de la Administración —que suele ser la causa de paralización más frecuente— pero no es ésta su finalidad principal; lo que persigue no es sancionar al causante de la paralización, sino poner fin a la inseguridad jurídica inherente a toda situación de pendencia. De ahí la necesidad de reconocer el fundamento objetivo de la perención.

Deteniéndonos ya en el régimen de esta modalidad, en primer lugar es necesario que haya vencido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado la resolución.

En lo que respecta al plazo son de aplicación las reglas generales tanto en lo que se refiere a la duración del mismo (art. 42 LRJPAC), como a su cómputo (art. 48 LRJPAC) que se interrumpirá cuando la Administración no pueda proseguir la tramitación por causa imputable al interesado (art. 44.2 LRJPAC) impidiendo así que la perención se produzca.

Respecto de la notificación, la Ley 4/1999 corrige la errada formulación que la LRJPAC hacía del deber de resolver. El viejo art. 42 consideraba cumplido dicho deber simplemente con dictar resolución. Pero el deber de resolver, que hunde sus raíces en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por tanto, en el privilegio administrativo de la autotutela del que se deduce y en el que encuentra su fundamento, lo es de dictar una resolución expresa y ejecutiva. De modo que cuando la notificación sea condición de la ejecutividad del acto, no puede considerarse cumplido este deber hasta que dicha notificación se practica. Tal es el criterio de nuestra tradición jurídica, del que se separó la LRJPAC en 1992, que acertadamente retoma la Ley 4/1999 (nuevo art. 42 párr. 1º: “La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla...”; y párr. 5º: “El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución...”).

En segundo lugar, debe tratarse de procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración “ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir actos desfavorables o de gravamen”. Por consiguiente, no importa tanto el contenido favorable o desfavorable de la resolución, por lo demás incierto, cuanto la naturaleza o carácter de la potestad o función administrativa de que se trate. Así, por ejemplo, tienen carácter desfavorable los procedimientos de gestión tributaria aunque eventualmente terminen con una decisión favorable al interesado (de devolución, por ejemplo). También caducan, si no se hubiera dictado resolución en el plazo de tres meses, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos viciados de nulidad que se hubieran iniciado de oficio (nuevos arts. 102.5 y 103.3 LRJPAC). No perimen, en cambio, los procedimientos de ejecución forzosa (art. 96 y ss. LRJPAC), referidos como están no al deber de resolver sino al de ejecutar la resolución como consecuencia de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos (arts. 57 y 94 LRJPAC). En este caso, la falta de ejecución puede ser atajada por medio del recurso contra la inactividad que contempla el art. 29.2 de la nueva Ley Jurisdiccional.

Cumplidas estas condiciones, dice el nuevo art. 44.2 LRJPAC, “se producirá la caducidad”. Nada impide aquí afirmar que el efecto extintivo de la perención se produce *ope legis*, automáticamente, sin que sea necesaria su previa declaración por la Administración ni un requerimiento previo del interesado.

Si lo que persigue la perención es poner fin a la incertidumbre que genera la falta de resolución, es lógico que no se le haga depender de una nueva decisión administrativa máxime cuando el procedimiento no está paralizado por causa suya sino, normalmente, por la falta de actividad administrativa. La declaración por la Administración de la caducidad carecerá, pues, de carácter constitutivo, limitándose a constatar las circunstancias en que la perención se produjo. Recordemos en este punto que la ambigüedad del art. 42.1 LRJPAC tanto permite afirmar que la Administración sólo *declara* la caducidad, como sucede en este caso, como que *decide* sobre ella, como sucedía en los procedimientos iniciados a instancia de parte.

Más criticable resulta la supresión del requisito de la previa intimación, condición tradicional de la perención y aún necesaria cuando la paralización es imputable al interesado. Desde luego, esto constituye una ventaja para los interesados afectados y

**CUANDO LA PARALIZACIÓN
DE UN EXPEDIENTE NO ES
IMPUTABLE AL INTERESADO,
SÓLO PERIMEN LOS
PROCEDIMIENTOS
DESFAVORABLES
INICIADOS DE OFICIO**

desde el punto de vista particular resulta difícil formular objeciones. Pero con ello se resiente el interés público, aunque sea por la torpeza administrativa. Siendo numeroso el volumen de expedientes que tramita la Administración, por grandes que sean sus medios y prerrogativas, que hubiera de prevenirse de la perención dándole una última oportunidad de dictar resolución no parece carga muy grave. Es más, podría incluso considerarse una exigencia de buena fe en las relaciones propias del tráfico administrativo, del principio de contradicción (pues si cuando el expediente se paraliza por causa del interesado es necesario advertirle, no se ve por qué razón debe hacerse a la Administración de peor condición que al particular) y del principio de economía procesal (pues si la perención no ha dejado expedito el juego de la prescripción, la Administración no renunciará, probablemente, a incoar y reproducir un nuevo expediente). Pero son argumentos que el legislador de 1999 parece no haber tenido en cuenta.

Los efectos de la perención en estos procedimientos son idénticos a los que entraña la caducidad de los paralizados por causa del interesado; de hecho, el art. 44.2 nos remite al art. 92 LRJPAC. La perención, por consiguiente, consiste en la terminación del procedimiento (art. 87.1 LRJPAC) que libera a la Administración de su obligación de dictar una resolución sobre el fondo (art. 42.1 LRJPAC) y le permite archivar las actuaciones (escritos y documentos aportados, informes, pruebas y demás diligencias efectuadas) sin ulterior trámite (art. 92.1 LRJPAC).

Como consecuencia de ella, pues, perderán eficacia las actuaciones precedentes incluida la incoación. Una pérdida de eficacia retroactiva que puede interesar el juego de prescripción pues quedará expedito su cómputo al cesar el efecto interruptivo propio de la incoación (a ello se refiere el art. 92.3 LRJPAC).

Nada dice la LRJPAC acerca de la posibilidad de reiniciar los expedientes perimidos, pero nada parece impedirlo mientras subsistan los presupuestos jurídicos sustantivos en que la incoación deba sustentarse. Ninguna limitación genérica existe, pues, aunque puede haberlas de carácter especial (el art. 9.3 *in fine* LPHE, por ejemplo, dispone que caducado un expediente de declaración de bienes de interés cultural no podrá volver a iniciarse de oficio en los tres años siguientes).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La caducidad del procedimiento administrativo*, Montecorvo, Madrid, 1998.
GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.
PUIG BRUTAU, J., *Caducidad y prescripción extintiva*, Bosch, Barcelona, 1988.
RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, Montecorvo, Madrid, 1993.
SAINZ MORENO, F., “Caducidad del procedimiento”, voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

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) Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Servicios económicos de interés general.**

1. INTRODUCCIÓN

A partir de esta crónica de Derecho comunitario, incorporamos a su contenido el comentario de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con los servicios de interés general, sin duda una de las cuestiones más trascendentes a las que se enfrenta el Derecho administrativo en la actualidad.

2. PRINCIPIOS GENERALES

En relación con la interpretación del Derecho comunitario en materia de devolución de cantidades indebidamente pagadas, el Tribunal de Justicia ha señalado en su **Sentencia de 9 de febrero de 1999 (Asunto C-343/96)**, que dada la inexistencia de una normativa comunitaria en materia de devolución de tributos nacionales indebidamente percibidos, 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).

En base al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia reconoce 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 interesados. 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, cuando se trata de un mismo tipo de tributos o exacciones. 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 (véanse al respecto las Sentencias de 15 de septiembre de 1998, Edis, C-231/96 y de 17 de noviembre de 1998, Asunto C-228/96). De todo lo anterior, concluye la Corte en su Sentencia de 9 de febrero de 1999 “que el Derecho comunitario no se opone a que disposiciones nacionales supediten la devolución de derechos de aduana o de tributos contrarios al derecho comunitario a requisitos de plazo y de procedimiento menos favorables que los previstos para la acción de repetición de cantidades indebidamente pagadas entre particulares, siempre que tales requisitos se apliquen del mismo modo a las acciones de devolución basadas en el derecho comunitario y a las basadas en el Derecho interno y no hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a devolución” (FJ 33°).

3. FUENTES

Pocas novedades se han de destacar en la reciente jurisprudencia del TJCE acerca de las fuentes del Derecho Comunitario. Los distintos pronunciamientos del Alto Tribunal no han hecho sino reafirmar sus anteriores postulados sobre el tema.

Especial atención merece la **STJCE de 23 de febrero de 1999, Asunto C-63/97**, que resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 5 a 7 de la Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988). En su fundamento 22° contiene una norma de interpretación, por lo demás evidente, al indicar que:

“(…) sea cual fuere la Ley nacional aplicable, ésta debe interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva (...)”.

Además, en su fundamento 23°, amplía esa obligación a las disposiciones transitorias del Derecho nacional. En efecto:

I. Derecho Comunitario

“(…) esta obligación también se aplica a las disposiciones transitorias del Derecho nacional. En consecuencia, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar, en la medida de lo posible, esas normas de forma que asegure la plena eficacia (…) de la Directiva (…)”.

Ahora bien, lo anterior no obsta a que, como se expresa en el fundamento 23º, exista una disposición transitoria nacional según la cual un recurso de casación, interpuesto contra una resolución recaída antes de la fecha de puesta en vigor tardía de las normas de adaptación del Derecho nacional a la Directiva, deba resolverse conforme a las normas aplicables con anterioridad a dicha fecha, aunque la sentencia se dicte con posterioridad.

De otro lado, la **STJCE de 25 de febrero de 1999, Comisión/Bélgica, Asunto C-319/998**, declara el incumplimiento del Reino de Bélgica al no haber adoptado dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994. Lo cual no supone variación alguna en su doctrina ya referida en otros números anteriores de esta revista.

Finalmente, la **STJCE de 25 de marzo de 1999, Comisión/Italia, Asunto C-112/97**, indica que la armonización legislativa que, en su caso, hayan de realizar los Estados miembros debe limitarse a aquellos extremos necesarios para cumplir las exigencias imperativas y esenciales de la Directiva, de modo que tales exigencias sustituyan a las prescripciones nacionales en la materia, ya que son “esenciales” (FJ 3º).

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se suscribe la presente crónica se han sucedido un gran número de sentencias sobre las cuales se centra nuestro comentario. Así en primer lugar, la Sentencia C-390/95 P, de 11 de febrero de 1999, determina cómo hay que entender la especial relación jurídica existente entre los países y territorios de ultramar y la Comunidad, pues aunque se encuentren especialmente vinculados a la Comunidad, no forman, sin embargo, parte de ella ni existe en la actualidad una libre circulación de mercancías sin restricciones entre ellos y la Comunidad en virtud del artículo 132 del Tratado.

Hay que destacar la Sentencia C-86/97, de 25 de febrero de 1999, por medio de la cual el Tribunal de Justicia se pronunció sobre dos cuestiones prejudiciales planteadas relativas a la equidad en un recurso de anulación alemán sobre la percepción de derechos de aduana. Por otro lado, la Sentencia C-42/97, de 23 de febrero de 1999, Parlamento Europeo/Consejo, el Tribunal de Justicia enjuició la base jurídica de una decisión del Consejo: “en el marco del sistema de competencias de la Comunidad, la elección de la base jurídica de un acto debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre dichos elementos figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto” (FJ 36º).

En la Sentencia de 21 de enero de 1999, asuntos acumulados T-185/96, T-189/96 y T-190/96, se estableció en el marco de un recurso de anulación contra unas decisiones de la Comisión de desestimación de denuncias que imputaban infracciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, que la Comisión puede estar legitimada para indicar a los denunciantes que acudan ante los órganos jurisdiccionales en cuanto que les corresponda a éstos resolver, conforme a su propio derecho, sobre la responsabilidad en que puedan haber incurrido las partes en el contrato como consecuencia de la negativa de venta que hayan opuesto a los revendedores externos a la red con base a un contrato de concesión del que determinadas cláusulas estén viciadas de nulidad (FJ 51º). Es decir, cuando la Comisión no dispone de competencia exclusiva para determinar la incompatibilidad de cláusulas contractuales con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, —pues los órganos jurisdiccionales nacionales son también competentes para conocer en la materia en virtud del efecto directo de dicha disposición—, un denunciante no tiene el derecho a obtener de la Comisión una Decisión, a efectos del artículo 189 del Tratado CE, relativa a la existencia o no de las infracciones alegadas.

Tal y como lo determinó la Sentencia T-156/94, de 11 de marzo de 1999, *el Tratado no es un acto de la Comisión* y, por tanto, no puede ser controlado por el Juez comunitario en virtud de los artículos 33 ó 36 del Tratado CECA (la lengua francesa constituye la única lengua auténtica de este Tratado), así como tampoco no resulta contrario a las garantías del procedimiento previstas por el derecho comunitario que la Comisión en materia de represión de las prácticas colusorias acumule las funciones de investigación, de acusación y de decisión; y es más, dichas garantías del procedimiento no obligan a la Comisión a dotarse de una organización interna que impida que un único funcionario pueda actuar en un mismo asunto en calidad de investigador y de ponente. (FFJJ 97º y ss). La sentencia T-141/94, de 11 de marzo de 1999, señaló que nunca la tolerancia o un laxismo administrativo puede afectar a la naturaleza de la infracción de un comportamiento contrario a lo dispuesto en los Tratados (FJ 554º).

Respecto a los plazos para recurrir en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia T-14/96, de 28 de enero de 1999, se señala que si bien la publicación de las decisiones finales en los procedimientos de examen de ayudas estatales no constituye un requisito para su aplicación, en este supuesto concreto en el que el demandante no tuvo conocimiento de esta decisión con anterioridad, fue a partir de la fecha de esta publicación cuando empezó a correr el plazo de interposición del recurso. En concreto, por medio de esta sentencia, en primer lugar, se anuló la decisión de la Comisión de 7 de junio de 1995 por medio de la cual se archivó el procedimiento previsto por el artículo 93.2, y, en segundo lugar, se determinó que las subvenciones concedidas por la Diputación Foral de Vizcaya y el Gobierno Vasco a Ferries Golfo de Vizcaya S.A. constituyen una ayuda estatal. Así lo señala el Tribunal en el fundamento jurídico 76º:

“En efecto, el expediente presentado ante el Tribunal de primera Instancia no permite llegar a la conclusión de que el número de vales de viaje objeto del acuerdo de 1995 obedeciera a un incremento de las necesidades reales apreciadas por los poderes públicos que

I. Derecho Comunitario

hiciera necesaria la compra de un total de 46.500 vales de viaje utilizables en la línea Bilbao-Portsmouth a lo largo de los años 1995-1998, cuando dichas necesidades suponían inicialmente un total de 26.000 vales de viaje para los años 1993-1996. Además, la ventaja que permite fortalecer la posición competitiva de Ferries Golfo de Vizcaya no queda eliminada por el simple hecho de que la empresa beneficiaria deba prestar una mayor cantidad de servicios de transporte, como contrapartida a una prestación financiera que permanece relativamente inalterada. En la medida en que los vales de viaje adquiridos por las autoridades españolas sólo pueden ser utilizados en temporada baja, la mayor prestación realizada por la empresa no le ocasiona, en principio, costes suplementarios significativos y, en consecuencia, los efectos del nuevo acuerdo sobre la competencia y los intercambios entre Estados miembros son iguales a los que podían imputarse al acuerdo de 1992”.

No conviene olvidar, de conformidad con la Sentencia T-157/94, de 11 de marzo de 1999, que la competencia consiste en el juego, en el mercado, de fuerzas y estrategias económicas independientes y opuestas (FJ 358º). Por otro lado, la Sentencia T-156/94, de 11 de marzo de 1999, señaló siguiendo la línea jurisprudencial ya establecida que la observancia por parte de la Comisión de un plazo razonable al adoptar las decisiones que ponen fin a procedimientos administrativos en materia de política de competencia constituye un principio general del Derecho comunitario (FJ 169º). Finalmente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia C-181/96, de 28 de enero de 1999, en el marco de un recurso de anulación se determinó que la proporcionalidad debe presidir el ordenamiento comunitario, y así a todo productor de leche al que le haya sido retirado el derecho a la prima por no comercialización o de reconversión por haber comercializado leche y productos lácteos, le corresponde una cantidad de referencia específica que sea proporcional con el cumplimiento y la ejecución de dicho compromiso contraído.

B) Recurso por incumplimiento

La jurisprudencia del TJCE en la materia no ha producido sustanciales cambios con respecto a la importante y consolidada doctrina anterior.

C) Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario

No existe jurisprudencia novedosa digna de ser mencionada.

D) Cuestiones prejudiciales

Continuidad. Esta sería la palabra que mejor definiría la jurisprudencia del TJCE en el periodo que comprende este nuevo número de la Revista.

Así es, al contrario de lo que ocurría en el número precedente no es posible distinguir, ni tan siquiera una sentencia, que refleje una variación sustancial de la línea trazada por la, ya de otra parte consolidada, jurisprudencia del Tribunal Europeo en la materia de

cuestiones prejudiciales. Sin dejar de ser ello cierto, sí son de apreciar algunas matizaciones de interés que destacaremos en cada caso.

El TJCE ha abordado una vez más aspectos ya de sobra conocidos por todos, y sobre los que no ha sino confirmado y recordado su jurisprudencia anterior. Así por ejemplo, y en el marco de la distribución de funciones entre los jueces nacionales y el TJCE que caracteriza la técnica de las cuestiones prejudiciales, declara la incompetencia del propio Tribunal Europeo en cuanto a la valoración de aspectos como: la apreciación de las cuestiones de hecho, la aplicación de las normas comunitarias al caso concreto, la interpretación de las normas nacionales, o la definición del objeto de las cuestiones prejudiciales sometidas a examen, se trata —en todos los casos— de una labor que corresponde llevar a cabo al órgano jurisdiccional interno. En este sentido las Sentencias de 11 de febrero de 1999, as. AFS Intercultural Programs Finlandt y C-237/ 97, de 11 de febrero de 1999, As. Carbonari y otros, C-131/ 97, de 25 de febrero de 1999, As. Trans-Ex- Import, C-86/ 97, de 9 de febrero de 1999, As. Dilexport, C-343/ 96 y 16 de marzo de 1999, As. Castelletti Spedizioni Internazionali, C-159/ 97.

Sin embargo, matiza esta suerte de principio de abstención en la propia Sentencia de 9 de febrero de 1999, As. Dilexport, C-343/ 96, ya citada, o en la Sentencia de 9 de febrero de 1999, As. Seymour Smith y Pérez, C-167/ 97, al afirmar su competencia para proporcionar —esto sí— indicaciones al órgano jurisdiccional nacional.

No obstante, aun cuando, en el marco de una remisión prejudicial, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar la existencia de dichos factores objetivos en el caso concreto del que conoce, el Tribunal de Justicia, llamado a facilitar respuestas útiles al Juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones, basadas en los autos del procedimiento principal y en las observaciones escritas y alegaciones que le hayan sido presentadas, que puedan permitir al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución.

Se trata ésta —la facultad de proporcionar indicaciones a los órganos nacionales— de una cuestión compleja, pues delimitar con claridad la diferencia entre aquélla y la intromisión en el espacio reservado al órgano jurisdiccional interno no es una tarea nada sencilla.

El antiformalismo preside el desarrollo de los procedimientos prejudiciales, en buena lógica con la naturaleza cooperativa que gobierna este mecanismo. Manifestaciones de ello, las encontramos en numerosas sentencias. Así se procede al examen conjunto de las cuestiones planteadas, en la Sentencia de 25 de febrero de 1999, As. Trans-Ex-Import, C- 86/ 97, la Sentencia de 25 de febrero de 1999, As. Card Protection, C- 349/ 96, o la Sentencia de 11 de marzo de 1999, As. Brithis Agrochemicals Association, C- 100/ 96; la modificación del orden de las cuestiones a la hora de dar las respuestas en la Sentencia de 9 de febrero de 1999, As. Van Der Laan, C- 383/ 97, e incluso, en algunos supuestos, la no respuesta a alguna de las cuestiones planteadas al estar contenida en la ya ofrecida a alguna anterior ponen de manifiesto la falta de observancia de reglas formales en el momento de dar res-

I. Derecho Comunitario

puesta a las cuestiones planteadas, lo que por otra parte no supone un grave problema, más aún si consideramos que ante todo se persigue la utilidad de la respuesta.

Especial atención requiere la facultad del TJCE para reformular las cuestiones prejudiciales sometidas a su análisis. En todo caso, no es más que una facultad que se entiende ofrece la posibilidad de pronunciarse al TJCE en supuestos donde la cuestión prejudicial no ha sido planteada de una manera adecuada o correcta, y siempre con apoyo en la necesidad de ofrecer una respuesta útil al órgano interno. Ejemplo de ello lo encontramos en el apdo. 15 de la Sentencia de 25 de febrero de 1999, As. Ferreiro Albitel, C-320/95, curiosamente planteada por un órgano jurisdiccional español.

Con carácter preliminar, procede señalar que la primera cuestión es idéntica a la segunda cuestión respondida por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Martínez Losada y otros, antes citada, y que la segunda cuestión formulada en el presente asunto, en la medida en que no tiene carácter hipotético, encuentra respuesta en esa misma Sentencia. Es preciso, pues, reformular las cuestiones prejudiciales con el fin de dar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil que le permita resolver el litigio que le ha sido sometido.

Tres problemas –al menos en mi opinión–, merecen ser analizados con algo más de detalle de entre los estudiados por el TJCE en este periodo, a saber: el concepto de *órgano jurisdiccional*, la llamada “cuestión hipotética” y los efectos de las sentencias prejudiciales o posibilidad de interrogar al TJCE sobre cuestiones ya resueltas, estas dos últimas extraídas de sendas conclusiones realizadas por el Abogado General. Esto último constituye una novedad que merece alguna aclaración.

En los estudios publicados con anterioridad en esta sección se han recogido, únicamente, las menciones que, tanto a cuestiones prejudiciales como medidas cautelares, tenían reflejo en las Sentencias del TJCE. Pues bien, a partir de este número, se recopilarán también las referencias que sobre estas mismas materias se formulen en las conclusiones del Abogado General, advirtiendo que se trata de documentos que no reflejan de por sí la opinión del Tribunal y que se formulan en un momento anterior a la resolución por sentencia de los procedimientos prejudiciales. Este cambio obedece a que en numerosas ocasiones las conclusiones del Abogado General sobre los asuntos sometidos a examen del Tribunal ilustran con claridad sobre la jurisprudencia anterior e incluso, en no pocos casos, anticipan la orientación de la que posteriormente será la sentencia definitiva.

Después de este breve inciso, meramente ordinamental, regresemos para detenernos en el primero de los puntos que hemos destacado con anterioridad, el análisis del *concepto de órgano jurisdiccional*. Debemos tener presente que se trata de un concepto comunitario de carácter autónomo cuyos requisitos, ya establecidos en anteriores sentencias del TJCE, reitera en el apdo. 17 de la Sentencia de 4 de febrero de 1999, As. Josef Köllensperger, C-103/97:

A este respecto, hay que recordar que, según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del

artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia.

Pasemos al segundo punto, el estudio de la llamada “cuestión hipotética”. Realmente, no se trata sino de una variante de la posibilidad que posee el TJCE para no responder a una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial cuando sea insuficiente la información suministrada, o se produzca lo que se ha dado en llamar, abuso del procedimiento por parte del juez nacional. Es sin embargo ilustrativo a este respecto, el planteamiento que formula en sus conclusiones el Abogado General en el asunto *Frans Gsdchwind contra Finanzamt Aachen-Aussenstadt*, C- 139/ 97, en el apdo. 19.

En segundo lugar, no puede considerarse que una cuestión planteada con arreglo al artículo 177 del Tratado por un órgano jurisdiccional nacional sea hipotética, en el sentido de la jurisprudencia de este Tribunal por el hecho de que la legislación controvertida no contemple la concesión al demandante de lo que pide, dado que, en un procedimiento prejudicial, no se trata de enjuiciar una ley nacional, sino de interpretar el derecho comunitario aplicable a una determinada situación (...), la ley alemana que se aplicaba al Sr. Schumacker tampoco contemplaba el derecho de un trabajador en su situación a que sus circunstancias personales y familiares se apreciaran en el Estado de empleo, lo que no fue obstáculo para que este Tribunal de Justicia dictara una de las sentencias más importantes de los últimos tiempos en materia de fiscalidad directa y libre circulación de los trabajadores. Se trata, sin ninguna duda, de una de las sentencias del Tribunal de Justicia más comentada por los autores especializados. En la base de datos del Tribunal de Justicia se han clasificado más de sesenta notas de doctrina. Los estudiosos del derecho comunitario saben muy bien que, si el Tribunal hubiera considerado hipotéticas las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales en esos casos, la construcción europea habría avanzado muy poco.

Por último detengámonos un momento en el examen de los efectos de las sentencias prejudiciales. Como ya sabemos, los efectos de las sentencias prejudiciales, sean interpretativas o de validez, se caracterizan por su generalidad, por sus efectos *erga omnes*, al margen claro está de diferencias entre ellas que no constituyen en este momento objeto de nuestro estudio. Por lo tanto, el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la que ya existan pronunciamientos reiterados del TJCE, o que no señalen particularidades relevantes o variaciones significativas de las circunstancias que sirvieron de base a una anterior sentencia, sería, –en aplicación de la teoría del acto claro y de las causas que facultan al TJCE para no admitir una cuestión prejudicial–, cuanto menos, arriesgado. Prácticamente, cualquier juez interno vería inadmitida por el Tribunal Europeo el planteamiento de una cuestión en semejantes términos. Sin embargo, debemos recordar aquí, como así lo hace el Abogado General en los apdos. 23 y ss. en su escrito de conclusiones sobre el As. G.I.E Groupe Concorde y otros contra el Capitán del Buque “Suhadiwarno Panja” y otros, C-

440/ 97, que los órganos jurisdiccionales internos gozan de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJCE sobre cuestiones ya resueltas:

El asunto que plantea hoy, a título prejudicial, el Tribunal de Casación francés parece que no debería, en principio, merecer la atención del pleno del Tribunal de Justicia (...) Y es que, sobre esta misma cuestión, ha venido pronunciándose el Tribunal de Justicia ya desde 1976 (...) La Cour de cassation no señala ninguna particularidad de los presentes autos capaz de justificar una respuesta distinta por parte del Tribunal de Justicia a la ya dada (...) Tampoco puede decirse (...) que hayan variado sensiblemente las circunstancias (...) La Cour de cassation se ha prevalido de la facultad de la que gozan los órganos jurisdiccionales nacionales, y que ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia en relación con las cuestiones planteadas con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, de interrogar al Tribunal de Justicia, cuando lo consideren oportuno, sobre cuestiones ya resueltas.

E) Medidas cautelares

Los pronunciamientos del TJCE en este ámbito han sido escasísimos, por lo tanto la valoración que se puede hacer sobre la jurisprudencia del Tribunal será, consecuentemente, pobre. Como ya hemos puesto de manifiesto en números anteriores de esta Revista, ello se explica en parte si recordamos que la adopción de este tipo de medidas en el derecho nacional corresponde a los órganos jurisdiccionales internos. Precisamente, la única sentencia (**Sentencia de 28 de enero de 1999, As. Sektkellerei Kessler, C-303/97**) que hace mención a las medidas cautelares en este periodo no hace sino recordarnos este “principio”:

“Sólo en el caso de que tropezara con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de la marca correspondería al Juez nacional apreciar si es preciso, en las condiciones previstas por su Derecho nacional, ordenar la práctica de diligencias de prueba como un informe pericial o un sondeo de opinión para disponer de información con el fin de tomar su decisión (...) y, en su caso, acordar la adopción de medidas cautelares”.

5. SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

Uno de los problemas más controvertidos de los que se plantean en el ámbito de la interpretación del TCE es el relativo al juego de sus arts. 85, 86 y 90, en relación con las empresas encargadas de servicios económicos de interés general titulares de derechos exclusivos. Esta cuestión ha vuelto a plantearse en sus términos más polémicos con motivo de las SSTJCE de 23 de octubre de 1997 (**Comisión c. Holanda, Asunto 157/94; Comisión c. Italia, Asunto 158/94; Comisión c. Francia, Asunto 159/94; Comisión c. España, Asunto 160/94**). A continuación se reseña el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

A) Conceptos de “empresa” y de “actividad económica”

Presupuesto común de la aplicabilidad de los dos primeros apartados del art. 90 TCE es el concepto de empresa (en este sentido, vid. últimamente las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo, presentadas el 25 de marzo de 1999, Asunto C-22/98, apartados 44 y ss.). En la **STJCE de 11 de diciembre de 1997, Job Centre coop. arl., Asunto C-55/96**, el Tribunal mantiene su ya consolidada jurisprudencia en el sentido de que “en el contexto del Derecho de la competencia (...) el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación” (apartado 21). Así, “una entidad gestora de la Seguridad Social que actúa en el marco de un régimen de monopolio no constituye una empresa en el sentido del art. 86 del Tratado (...), pues se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa” (apartado 23; vid. la **STJCE de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91**, apartados 17 a 19). Sin embargo, sí lo es una oficina pública de empleo, puesto que las actividades de intermediación en el mercado de trabajo son actividades de naturaleza económica que “no siempre han sido ni son ejercidas necesariamente por entes públicos” (apartado 22; vid. la **STJCE de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, Asunto C-41/90**, apartado 23). Como puede observarse, se plantea aquí el espinoso problema de la diferenciación entre actividades económicas y servicios de solidaridad, excluidos éstos últimos de las reglas de competencia del Tratado a través de la inaplicación del concepto de empresa, y cuya dificultad estriba en lo indeterminado de los criterios de carácter objetivo que utiliza el Tribunal (con el objeto de garantizar el cumplimiento pleno del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros), y en la inexistencia de actividades económicas o no “por naturaleza”.

B) El Tratado y los derechos exclusivos

Tratándose por tanto de una actividad de carácter económico, y siendo por ello la entidad una empresa en el sentido del Tratado, ésta última caería dentro del ámbito de aplicación de sus reglas en materia de competencia. Uno de los problemas que pueden presentarse en relación con éstas últimas es la atribución de derechos exclusivos por parte del Estado correspondiente a una empresa encargada de un servicio económico de interés general. En este caso el juicio de adecuación a las normas del Tratado precisaría, primero, analizar si la medida vulnera las normas en materia de competencia, y, segundo, y de ser afirmativa la respuesta a lo anterior, comprobar si el Estado puede o no acogerse a la excepción prevista en el art. 90.2 TCE.

1. Derecho de la competencia y derechos exclusivos: arts. 37, y 90.1 en relación con el 86 TCE

El art. 90.1 TCE prohíbe a los Estados miembros adoptar o mantener, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que se concedan derechos especiales o exclu-

I. Derecho Comunitario

sivos, medidas contrarias a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los arts. 6 y 85 a 94. Tal y como reconoce el Tribunal, “esta disposición implica necesariamente que los Estados miembros pueden otorgar a ciertas empresas derechos exclusivos y concederles un monopolio” (STJCE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Francia, Asunto C-159/94*, apartado 44). No obstante, esta afirmación no se mantiene íntegramente en todo caso. De un lado, la obligación de adecuación de los monopolios comerciales contenida en el art. 37 TCE se incumple con el mantenimiento de derechos exclusivos de importación o exportación de mercancías, tal y como afirma, para la electricidad y el gas, la STJCE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Francia, Asunto C-159/94*, apartados 39 y 40. En otros Asuntos el Tribunal ha concluido, a pesar de su tenor literal, que el art. 90.1 TCE, en relación con alguna de las normas del Tratado en materia de competencia, prohíbe a los Estados miembros la atribución o el mantenimiento de derechos especiales o exclusivos. Así ha ocurrido señaladamente en relación con la prohibición del abuso de posición dominante del art. 86 TCE. La atribución o el mantenimiento de un derecho exclusivo implica la creación o la preservación de una posición de dominio. Aunque el mero hecho de crearla no es contrario al Tratado, un Estado miembro vulnera el art. 90.1 en relación con el art. 86 TCE cuando el ejercicio del derecho implica necesariamente la explotación abusiva de esa posición por parte de la empresa. Así lo ha declarado el Tribunal en relación con los monopolios de intermediación laboral cuya actividad puede extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros, puesto que las oficinas públicas de empleo no se encuentran manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para todo tipo de actividades, de manera que de la sola existencia del derecho exclusivo se deriva una situación en la que la prestación queda limitada en el sentido del art. 86.2.b) TCE (STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre coop. arl., Asunto C-55/96*, apartados 31 y ss.). Lo mismo ha hecho recientemente el Tribunal en el supuesto de la designación de una empresa como único operador final para la incineración de residuos peligrosos, una medida estatal que implica que las empresas nacionales de ese Estado miembro estén obligadas a confiarle sus residuos destinados a la valorización. El ejercicio de ese derecho exclusivo resulta necesariamente abusivo, y por tanto prohibido por el art. 86 TCE, cuando la calidad del tratamiento ofrecido en otro Estado miembro es comparable a la de la empresa nacional (STJCE de 25 de junio de 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV y otros, Asunto C-203/96*, apartados 61 a 63).

2. La excepción del art. 90.2 TCE

No obstante, de la consideración de la atribución o el mantenimiento de un derecho exclusivo como contrario a las reglas del Tratado en materia de competencia no puede concluirse sin más que esa conducta se encuentre prohibida definitivamente por él. Es preciso comprobar previamente si la misma puede ampararse en la excepción prevista por el art. 90.2 TCE, que permite en determinados supuestos la no sujeción a las reglas del Tratado, y en especial las normas sobre competencia, de las empresas encargadas de la gestión de servicios económicos de interés general o de las que tengan el carácter de monopolio fiscal. El Tribunal ha establecido que esta disposición “puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro a una empresa encargada de la

gestión de servicios económicos de interés general, de derechos exclusivos contrarios, en particular, al art. 37 del Tratado, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad” (STJCE de 23 de octubre de 1997, Comisión c. Francia, Asunto C-159/94, apartado 49; lo mismo se afirma para el art. 90.1, en relación con el art. 86 TCE, en la STJCE de 25 de junio de 1998, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV y otros, Asunto C-203/96, apartado 65).

a) Necesidad del derecho exclusivo para el cumplimiento de la misión

El supuesto de hecho de la excepción prevista en este precepto se integra por la concurrencia de dos circunstancias cumulativas. La primera es que la aplicación de las reglas del Tratado impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a esas empresas. Por misión específica debe entenderse el conjunto de obligaciones que un Estado miembro impone a una empresa, encargada de la prestación de un servicio económico de interés general, para la consecución de determinados “objetivos propios de su política nacional” (STJCE de 23 de octubre de 1997, Comisión c. Francia, Asunto C-159/94, apartado 56). El fundamento del precepto es precisamente “conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas (...) como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común” (apartado 55). En el caso resuelto por la Sentencia citada se reconoce expresamente que constituye una misión específica, en el sentido del art. 90.2 TCE, “el suministro ininterrumpido de energía eléctrica, en la totalidad del territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden a cada instante, con tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes (apartado 57, que reproduce lo establecido en la STJCE de 27 de abril de 1994, Almelo, Asunto C-393/92, apartado 48). Las obligaciones de la empresa en las que se concreta la misión específica encomendada deben haber sido atribuidas mediante un acto del poder público. No obstante, no es necesario “que se trate de un acto legislativo o reglamentario”, sino que bastaría un acto administrativo, admitiendo expresamente el Tribunal la atribución de la misión “en virtud de una concesión de Derecho público” (STJCE de 23 de octubre de 1997, Comisión c. Francia, Asunto C-159/94, apartado 66). De otra parte, “es preciso que las obligaciones guarden relación con el objeto del servicio de interés económico general de que se trate y que tengan como objetivo directo contribuir a satisfacer ese interés” (apartado 68). En el caso de empresas con derechos exclusivos en materia de suministro energético, en la Sentencia citada se excluyen en este sentido “las obligaciones en materia de medio ambiente y ordenación del territorio (...), a menos que se trate de obligaciones que sean específicas de estas empresas y de sus actividades” (apartado 69). Parece que sí lo tendrían, por tanto, las obligaciones impuestas a las empresas energéticas con la finalidad de fomentar el uso de energías renovables (es posible que el Tribunal se pronuncie próximamente sobre esta cuestión, si bien en relación con el art.

I. Derecho Comunitario

92 TCE, con motivo de la cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal del Land de Kiel, Alemania, sobre la compatibilidad con el Tratado de la *Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneubaren Energien in das öffentlichen Netz*, de 7 de diciembre de 1990, Asunto C-379/98).

Así delimitada la misión general, la excepción a la aplicación de las reglas sobre competencia debe ser necesaria para su cumplimiento. La primera cuestión que se plantea es la relativa a la intensidad de la necesidad del derecho. En la **STJCE de 23 de octubre de 1997, Comisión c. Francia, Asunto C-159/94**, el Tribunal mantiene que el art. 90.2 TCE debe ser objeto de una interpretación restrictiva, pero no acepta el criterio propuesto por la Comisión, en virtud del cual el derecho exclusivo debe ser necesario para garantizar la existencia o la viabilidad económica de la empresa. La norma sólo precisa que la excepción sea necesaria para permitir el cumplimiento de la misión en condiciones económicamente rentables (apartado 96, con apoyo explícito en la **STJCE de 19 de mayo de 1993, Corbeau, Asunto C-320/91**, apartado 16). Un segundo problema, en el que precisamente se cifra la relevancia de la **STJCE de 23 de octubre de 1997, Comisión c. Francia, Asunto C-159/94**, es el relativo a la carga de la justificación de la necesidad del derecho exclusivo. El Tribunal parte de la afirmación de que, con carácter general, y en tanto es él quien invoca la aplicabilidad del art. 90.2 TCE, corresponde al Estado la justificación de que, de no existir el derecho exclusivo, la empresa no podría cumplir sus obligaciones específicas, y, además, que no existen otras alternativas más respetuosas con la libre competencia (apartado 94). No obstante, y separándose de su anterior posición (mantenida todavía en la **STPI de 19 de junio de 1997, Air Inter, Asunto T-260/94**, apartado 138), a continuación establece que en ese supuesto corresponde a la Comisión la justificación de la inaplicabilidad del precepto y la aportación de los elementos necesarios para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre esa cuestión (apartado 102). Esta afirmación debe no obstante enmarcarse en las circunstancias concretas del asunto resuelto por la Sentencia citada. Primero, que se trata de un procedimiento por incumplimiento (art. 160 TCE), en el que corresponde a la Comisión, en su calidad de demandante, la justificación de la concurrencia efectiva de un incumplimiento por parte del Estado miembro (apartado 102), lo que en ese caso no hace la Comisión ni en el dictamen previo ni al precisar el objeto del recurso. Se entiende así que el propio Tribunal se aparte de esta regla en otras sentencias posteriores en las que la estructura del proceso no es impugnatoria, como por ejemplo en la **STJCE de 25 de junio de 1998, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV y otros, Asunto C-203/96** (apartado 67). En segundo lugar, la inversión de la carga de la argumentación operada en la **STJCE de 23 de octubre de 1997, Comisión c. Francia, Asunto C-159/94**, se realiza en atención a uno de los criterios que integran el juicio de necesidad del art. 90.2 TCE, el de inexistencia de otras medidas alternativas menos restrictivas, también conocido, en el marco de la jurisprudencia constitucional relativa al principio de proporcionalidad, como principio de necesidad (apartado 101):

“esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que, al exponer de manera detallada las razones por las cuales considera que, en caso de suprimirse las medidas cuestionadas, se pondría en peligro el cumplimiento de las misiones de interés económico general en condiciones económicamente aceptables, el Estado vaya aún más lejos y demuestre de forma positiva que, en términos hipotéticos, ninguna otra medida imaginable permitiría garantizar el cumplimiento de dichas misiones en las mismas condiciones”.

Pues bien, esta específica distribución de las cargas de argumentación y prueba no se mantiene en la STJCE de 25 de junio de 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV y otros, Asunto C-203/96*, en la que, sin ningún tipo de referencia específica al principio de necesidad, se afirma que “corresponde al Gobierno neerlandés (...) demostrar de modo satisfactorio para el órgano jurisdiccional nacional que dicho objetivo no puede alcanzarse por otros medios” (apartado 67).

b) *No afección del desarrollo de los intercambios de forma contraria al interés de la Comunidad*

En idéntico sentido a lo establecido en en relación con el principio de necesidad, la STJCE de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Francia, Asunto C-159/94*, sostiene que “correspondía a la Comisión, para probar la existencia del incumplimiento alegado, definir (...) el interés de la Comunidad respecto del cual debe evaluarse el desarrollo de los intercambios” (apartado 113). No obstante, el Tribunal parece insinuar a continuación que la carga podría satisfacerse por remisión a Directivas o Decisiones adoptadas por la propia Comisión en ejercicio de los poderes que le confiere el art. 90.3 TCE, en las que precisamente se justifique la vinculación entre el interés de la Comunidad y la eliminación de los derechos exclusivos: “Procede, en este sentido, recordar que el apartado 3 del artículo 90 del Tratado establece expresamente que la Comisión velará por la aplicación de dicho artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros Directivas o Decisiones apropiadas” (apartado 113). El problema que aquí se plantea es el de los efectos del Derecho derivado con respecto a la aplicabilidad e interpretación del art. 90.2 TCE. Cabe presumir aquí, aunque el Tribunal no lo diga claramente, que la carga de justificar la necesidad del derecho exclusivo recaería en el Estado miembro que lo otorga, caso de que actos o normas de Derecho derivado preexistentes a la resolución contengan una tal definición o presenten alternativas al monopolio, sin perjuicio de que aquéllos no generen un efecto preclusivo con respecto al art. 90.2 TCE (en este sentido la STPI de 19 de junio de 1997, *Air Inter, Asunto T-260/94*).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

LUIS F. MAESO SECO

LUIS ARROYO

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**Sumario:**

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales: amparo constitucional. A) No se puede entender que no se han agotado todos los recursos, dado el carácter subsidiario del amparo, cuando alguno de éstos no sea de aplicación supletoria a la LJCA, al no apreciarse una concurrencia de requisitos. B) Caducidad de plazos para la interposición del recurso (art. 44.2 LOTC). La referencia en un Auto de manera superflua al contenido material principal del mismo, no permite la admisión de la pretensión de amparo cuando se ha producido la caducidad del plazo. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Autonomía local, controles y canon de constitucionalidad: los imperativos derivados del art. 137 CE, la garantía de la autonomía local, y del art. 149.1.18 CE, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, no configuran cánones de constitucionalidad coextensos. B) Competencias autonómicas de ejecución: las competencias estatales para emanar bases de la ordenación de un sector de la actividad económica o para dictar legislación básica en materia de montes, no abarcan facultades estrictamente ejecutivas como son las de aplicación reglada de normas. C) Comercio exterior: no puede identificarse sin más matización con “comercio intracomunitario” o entre los Estados que forman la Comunidad Europea. D) Bases de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE): la reducida aplicación de ese título competencial del Estado a las Cámaras Agrarias.

1. INTRODUCCIÓN

En la presente crónica de Jurisprudencia tratamos aspectos propios de procedimiento y criterios de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La crónica abarca desde la STC 235/1998, de 14 de diciembre, a la STC 33/1999, de 8 de marzo (publicadas en los números BBOOE: 17 de 20 de enero, 48 de 25 de febrero, 65 de 17 de marzo y 89 de 14 de abril de 1999).

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES: AMPARO CONSTITUCIONAL

Aunque en este apartado, como así ha sido en anteriores números de “Justicia Administrativa” referenciamos en tres subapartados, los problemas procesales que, junto con el amparo, se suscitan en el control de constitucionalidad de normas con rango de ley y en las controversias competenciales en virtud de conflictos o recursos, en las Sentencias analizadas no hemos detectado nada que sea mínimamente reseñable en los extremos contenidos en las SSTC 11/1999, de 11 de febrero, y 21/1999, de 25 de febrero, respectivamente, las cuales sin embargo son interesantes en cuanto al fondo a los efectos de analizar criterios de distribución de competencias. Ésta es la razón de no abrir en la crónica de este número subepígrafes al general de procesos constitucionales.

En lo que concierne al amparo, escasas novedades que aporten algo más que criterios hermenéuticos sobre el carácter subsidiario del amparo o la caducidad de plazos para su interposición. Sin duda, es de interés la STC 26/1999, de 8 de marzo (utilización inapropiada del cauce de errores materiales para la provisión de un puesto de trabajo) dado que reafirma el carácter pendular de la hermenéutica del Tribunal Constitucional en la utilización de la vía excepcional de la Audiencia al Rebelde, por lo que seguimos estando huérfanos de un criterio unánime y reiterado al respecto.

A) No se puede entender que no se han agotado todos los recursos, dado el carácter subsidiario del amparo, cuando alguno de éstos no sea de aplicación supletoria a la LJCA, al no apreciarse una concurrencia de requisitos

En la STC 26/1999, de 8 de marzo, BOE de 14 de abril, Sala Primera, se plantea, a raíz de las alegaciones del Abogado del Estado, el carácter subsidiario del amparo conectado al agotamiento de los recursos exigibles [art. 44.1.a) LOTC]. En este caso, originado por la inadecuada utilización de la corrección de errores a fin de variar un nombramiento, se pide la denegación del amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse utilizado la Audiencia al Rebelde, por aplicación supletoria de la LEC, respecto de la LJCA (Disposición Adicional Sexta), tal y como ya lo determinó el propio Tribunal Constitucional en su STC 15/1996.

En su FJ 2º, el TC desestima esta pretensión, pues aunque la doctrina de la STC 15/1996 es aplicable en este caso, el TC “da una vuelta de tuerca” al traer a colación, en el mismo FJ, el tenor de las SSTC 186/1997 y 161/1998 ya que “no implica que antes de acudir al amparo constitucional sea preciso, en todo caso utilizar esta vía excepcional de resolución de la cosa juzgada, cuando ello no sea viable con arreglo a las normas procesales concretamente aplicables” que, en ausencia de los contenidos de la LJCA, son de aplicación supletoria los de la LEC y, en este caso, no se aprecia la concurrencia de todos los requisitos exigibles en los arts. 762 y ss. de la misma.

II. Justicia Constitucional

B) Caducidad de plazos para la interposición del recurso (art. 44.2 LOTC). La referencia en un Auto de manera superflua al contenido material principal del mismo, no permite la admisión de la pretensión de amparo, cuando se ha producido la caducidad del plazo

En La STC 27/1999, de 8 de marzo, BOE de 14 de abril, Sala Primera, se plantea la cuestión del acotamiento del objeto del recurso de amparo por caducidad del plazo para la interposición del mismo. El Abogado del Estado considera que de las dos pretensiones de amparo suscitadas (escalafonamiento e indemnizatoria) por los problemas suscitados a la hora de ejecutar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, como así se recoge en un Auto rectificatorio de otro anterior, la única susceptible de ser admitida es la indemnizatoria, pues la primera (escalafonamiento) es mera reproducción de una resolución firme precedente, que no permite reabrir plazos de impugnación en la vía de amparo, pues éstos están agotados.

En efecto, el TC, en su FJ 1º, considera inviable la pretensión del escalafonamiento, pues el Auto anterior al rectificatorio de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior no fue impugnado en amparo en el momento en que pudo haberlo sido, tras la denegación del recurso de súplica interpuesto contra el mismo. “Por consiguiente (...) ha de ser excluido de nuestro enjuiciamiento, sin que resulte ahora posible pretender la reapertura del plazo de impugnación en vía de amparo, aprovechando la, seguramente superflua, referencia que los Autos impugnados hicieron también a la imposibilidad de ejecución de la Sentencia citada.”

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Autonomía local, controles y canon de constitucionalidad: los imperativos derivados del art. 137 CE, la garantía de la autonomía local, y del art. 149.1.18 CE, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, no configuran cánones de constitucionalidad coextensos

Posee interés la STC 11/1999, de 11 de febrero, BOE de 17 de marzo. Una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en relación con determinados preceptos de la Ley del Principado de Asturias sobre Disciplina Urbanística por su pretendida transgresión –se dice– de la “garantía de la autonomía local”. Adviértase que el Tribunal no emplea la expresión “garantía institucional” para describir dicha autonomía como en reiteradas ocasiones previas. Se invoca como precedente para sostener (FJ 2º) la doctrina que el descriptor refleja la STC 109/1998 sobre el llamado Plan Único de la Generalidad de Cataluña.

El Tribunal Constitucional afirma (*Ibidem*) que el canon de constitucionalidad se sitúa por la Sala promotora de la cuestión en los artículos 137 y 149.1.18 CE, puestos en relación directa con los artículos 65 y 66 de la Ley Básica de Régimen Local sobre impugnación de acuerdos de las Corporaciones locales por el Estado y las Comunidades Autónomas, pero “ello podría suscitar la duda sobre si lo que se achaca al precepto cuestionado es la

vulneración de la autonomía local, la transgresión de la competencia normativa básica del Estado o ambas cosas conjuntamente”. Este interrogante se matiza poniendo de manifiesto que ambos cánones de constitucionalidad no son coextensos: el destinatario del art. 137 CE son todos los poderes públicos, y el del art. 149.1.18 es cada legislador autonómico; y es evidente que los límites que para el legislador autonómico se deriven eventualmente del art. 149.1.18 pueden tanto venir impuestos como concreción de la garantía de la autonomía local como pueden no estarlo.

Tras estas interesantes disquisiciones, no obstante, se acaba por decir lo que —a nuestro parecer— era evidente en el caso desde el primer momento, claro está, si se hubiera efectuado un juicio concreto, ceñido a los hechos, y no abstracto o apriorístico:

“los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local pueden ser invocados legítimamente no sólo como ejercicio de la competencia normativa básica estatal derivada de los artículos 149.1.6 y 18 CE (STC 214/1989), sino también como expresión de una legítima opción legislativa estatal ampliadora del ámbito de la autonomía local (STC 213/1988)” (FJ 2º).

De acuerdo con esos razonamientos, se declara inconstitucional y parcialmente nulo el art. 6 de la Ley asturiana que permitía al correspondiente Consejero autonómico sustituir al Alcalde, después de ser advertido, si la inactividad municipal impediera o bloqueara la suspensión de actos de edificación y uso del suelo realizados sin licencia o “al amparo de una licencia incurrida en nulidad de pleno derecho”. En definitiva, la norma autonómica cuestionada, en el inciso entrecomillado, presupone un acto administrativo sobre cuya corrección jurídica se proyectaban dos valoraciones contradictorias. “A menos de desfigurar tal modelo de autonomía local no se puede dar prevalencia a la opinión de la Comunidad Autónoma frente a la de la Corporación Local” (FJ 4º).

Es de destacar, como viene siendo habitual, que el Tribunal Constitucional no menciona ni utiliza la Carta Europea de Autonomía Local y sus importantes criterios hermenéuticos para interpretar los preceptos constitucionales, en particular y en lo que hace al caso, los artículos 2, 4.4 y 8 de la misma sobre el concepto y alcance de la autonomía local y sus controles.

B) Competencias autonómicas de ejecución: las competencias estatales para emanar bases de la ordenación de un sector de la actividad económica o para dictar legislación básica en materia de montes, no abarcan facultades estrictamente ejecutivas como son las de aplicación reglada de normas

STC 21/1999, de 25 de febrero, BOE de 17 de marzo, conflictos positivos de competencias acumulados promovidos por el Gobierno Vasco en relación con sendas Órdenes del Gobierno de la Nación que regulan, respectivamente, la comercialización y las normas de calidad exterior de los materiales forestales de reproducción. La Sentencia se dicta diez años después de haberse planteado dichos conflictos.

II. Justicia Constitucional

Las Órdenes controvertidas, dictadas por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación fueron aprobadas para adaptar la normativa española a dos directivas del Consejo de la CEE. El Gobierno Vasco invocaba sus títulos competenciales sobre agricultura, y montes y aprovechamientos y servicios forestales. El Estado aducía la competencia estatal sobre planificación general de la actividad económica, y comercio exterior (art. 149.1 números 13 y 10 CE). Ninguna de las partes mantenía que la traslación de las directivas comunitarias al Derecho interno modificara los criterios constitucionales de reparto de competencias. El Tribunal Constitucional declara que las competencias discutidas corresponden al País Vasco.

Se incardinan las disposiciones recurridas en la materia “montes y aprovechamientos forestales”, diferenciando entre las semillas y plantas destinadas a cultivos agrícolas y las encaminadas a la reproducción forestal (FJ 4º). Se reconoce que la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía permite fijar criterios comunes en la ordenación del sector y previsiones generales acerca de materiales de reproducción forestal de alta calidad genética con la finalidad de elevar la producción de bosques. Ahora bien, la facultad de determinar en cada Comunidad Autónoma cuáles en concreto deben ser los materiales de base aptos para generar materiales de reproducción seleccionados, es una facultad ejecutiva “al tratarse de una mera aplicación normativa reglada y prefijada” (FJ 5º). Y tal potestad ejecutiva no se aprecia que sea una condición necesaria para garantizar las competencias del Estado derivadas del art. 149.1.23, legislación básica sobre montes, ni tampoco para alcanzar el fin propuesto en la ordenación básica del sector, art. 149.1.13.

La misma naturaleza ejecutiva y, en consecuencia, competencia autonómica se predica por análogas razones de otras actividades como son: el control oficial que asegure la identidad de los materiales de reproducción, y la facultad de certificación de esos controles.

C) Comercio exterior: no puede identificarse sin más matización con “comercio intracomunitario” o entre los Estados que forman la Comunidad Europea

La misma STC 21/1999, de 25 de febrero (FJ 10º) reitera una importante doctrina en la que recientemente insiste —acertadamente— la jurisprudencia constitucional. Es necesario aplicar “con suma cautela” el título de comercio exterior a las relaciones comerciales entre los Estados que forman la Comunidad. Una aplicación extensiva del título competencial del Estado sobre “comercio exterior” acabaría por vaciar de contenido competencias autonómicas más precisas —en el caso enjuiciado, “montes”—, pues sería muy difícil encontrar normas comunitarias que no tuvieran alguna incidencia en el comercio exterior.

D) Bases de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE): la reducida aplicación de ese título competencial del Estado a las Cámaras Agrarias

STC 22/1999, de 25 de febrero, BOE de 17 de marzo, recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley vasca de Cámaras Agrarias. El

Estado reconoce la competencia autonómica sobre Cámaras Agrarias en virtud del art. 10.21 del Estatuto, pero advierte el carácter básico de la Ley de Bases del Régimen Jurídico de las Cámaras Agrarias ex art. 149.1.18 CE según reconoció la STC 132/1989, y entiende que las bases allí fijadas han sido transgredidas. El Parlamento y Gobierno Vascos discrepan de la existencia de las contradicciones que se denuncian. El Tribunal Constitucional desestima el recurso.

Interesa subrayar la siguiente doctrina:

“siendo indudable que, como se dijo en la referida STC 132/1989, el Estado puede dictar normas básicas relativas a las cámaras agrarias ex art. 149.1.18 CE, debemos precisar ahora que la extensión e intensidad que puedan tener esas bases es ciertamente mucho menor que cuando se refieren a Administraciones públicas en sentido estricto. En efecto, debe advertirse que las cámaras agrarias son corporaciones de afiliación voluntaria, que sólo de modo parcial participan de la naturaleza propia de las Administraciones públicas, sin que por lo demás, deba olvidarse que se trata de corporaciones vinculadas a la Administración de las Comunidades Autónomas, no a la Administración estatal. Por todo ello (...) la posibilidad de penetración en esta materia de lo básico ex art. 149.1.18 es aquí ciertamente reducida” (FJ 2º).

Se remarca, además, que la competencia vasca es exclusiva y no de desarrollo legislativo y ejecución, por tanto, dichas bases operan tan sólo como límite de la competencia autonómica; y, por otra parte, también es exclusiva la competencia autonómica sobre agricultura.

Con estos criterios, el Tribunal considera que cae dentro de la esfera de la Comunidad Autónoma regular algunos requisitos que delimiten y garanticen la condición de los afiliados como profesionales de la agricultura o la dedicación preferente a las actividades agrarias de sus familiares u otros extremos, en todos esos casos para precisar quiénes pueden ser considerados electores y ejercer el sufragio activo y pasivo y, en definitiva, disciplinar esta modalidad de representación profesional. El Tribunal estima que la competencia exclusiva sobre cámaras agrarias permite acomodar el modelo de la Ley de Bases “en su proyección sobre la realidad agraria del País Vasco, a sus comarcas” (FJ 8º).

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) Incorrecto control judicial de las condiciones de internamiento psiquiátrico penitenciario (art. 5.4). C) Exigencia de juramento religioso a parlamentarios contraria al art. 9. D) Conflicto entre la libertad de información y el secreto fiscal (art. 10). E) La libertad de expresión no incluye el derecho al insulto.

F) Participación en las elecciones al Parlamento Europeo de un ciudadano gibraltareño (art. 3 del Protocolo núm. 1). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

A) Introducción. B) Tutela judicial efectiva. C) Garantías constitucionales del proceso.

D) Derecho a la libertad y prisión provisional. E) Libertad de residencia y aplicación de las sanciones previstas en la Ley de Propiedad Horizontal. **4. Jurisprudencia del Tribunal**

Supremo. A) Derecho al honor e informaciones policiales. B) Intromisión ilegítima en el honor de un profesor universitario y alcance de la responsabilidad solidaria.

C) Distinción entre derecho al honor y prestigio profesional. D) Derecho de participación política y control jurisdiccional de los “actos políticos”. E) Igualdad en el acceso a la función pública. F) Principio *pro actione* y legitimación activa de las personas jurídicas.

G) Distinción entre codemandado y coadyuvante. H) Reproducción de la doctrina del TC acerca del alcance de la inembargabilidad de los bienes municipales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica recoge la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el primer trimestre de 1999; la del Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 235/1998, de 14 de diciembre, hasta la Sentencia 33/1999, de 8 de marzo; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo comprendida entre el 15 de octubre y el 31 de diciembre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de enero y el 30 de marzo, el TEDH ha dictado un total de 18 sentencias (cinco en enero, ocho en febrero y cinco en marzo) si bien tres terminaron con la apreciación de una excepción preliminar y otra con el archivo de actuaciones. Siguiendo el orden de los artículos del Convenio, se ha considerado de especial interés las siguientes:

1. Un caso de violación del art. 5.4 por incorrecto control judicial de las condiciones de internamiento psiquiátrico penitenciario: **Mussial contra Polonia, de 25 de marzo.**
2. Un supuesto de violación de la libertad ideológica del art. 9 como consecuencia de la imposición de una fórmula de juramento para el acceso a un cargo parlamentario en **Buscarini y otros contra San Marino, de 18 de febrero.**
3. Dos supuestos en los que se analiza la aplicación del art. 10 frente al secreto fiscal, **Fressoz y Roire contra Francia**, y frente a un delito de injurias a la autoridad, **Janowski contra Polonia.**
4. Una violación del art. 3 del Protocolo núm. 1, derivada del no reconocimiento del derecho de sufragio para el Parlamento Europeo a un residente en Gibraltar: **Matthews contra el Reino Unido, de 18 de febrero.**

B) Incorrecto control judicial de las condiciones de internamiento psiquiátrico penitenciario (art. 5.4)

Es el supuesto presente en **Mussial contra Polonia, de 25 de marzo de 1999**. El recurrente, acusado del homicidio de su esposa, es internado por orden del Tribunal regional de Katowice en un hospital psiquiátrico en el que permanece entre febrero de 1988 y junio de 1997, sometándose periódicamente a exámenes forenses. En uno de ellos se produce un retraso de un año y nueve meses entre su solicitud y la decisión judicial de que siga permaneciendo ingresado, lo que la Corte, siguiendo la doctrina establecida entre otros en los asuntos Luberti contra Italia, de 23 de febrero de 1984, Megyeri contra Alemania, de 12 de mayo de 1992, y Van der Leer contra Países Bajos, de 21 de febrero de 1990, considera contrario al art. 5.4 de la Convención que otorga a las personas privadas de libertad el derecho a obtener una decisión judicial sobre su detención en un plazo muy breve de tiempo.

C) Exigencia de juramento religioso a parlamentarios contraria al art. 9

Es un problema resuelto en el asunto **Buscarini y otros contra San Marino, de 18 de febrero de 1999**. Los recurrentes, miembros electos del Parlamento de San Marino prestan el juramento exigido en la ley electoral pero sin realizar las referencias a los textos

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

religiosos presentes en la fórmula, por lo que se les obliga a repetirlo empleando la expresión “ante los Santos Evangelios” bajo apercibimiento de la pérdida del mandato parlamentario. Para los recurrentes esto supone que el ejercicio de un derecho político fundamental está subordinado a la profesión pública de una determinada fe religiosa, lo que es contrario al art. 9 del Convenio, punto de vista que es compartido por unanimidad por la Corte al apreciar la vulneración del citado precepto, haciendo referencia a la jurisprudencia contenida en Kokkinakis contra Grecia, de 25 de mayo de 1993, de que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión protege también a los ateos, los agnósticos, los escépticos y a los indiferentes.

D) Conflicto entre la libertad de información y el secreto fiscal (art. 10)

Sin duda uno de los asuntos más interesantes de este período es **Fressoz y Roire contra Francia, de 21 de enero de 1999**. Los recurrentes, director y periodista de “Le Canard enchaîné”, publicaron, coincidiendo con un conflicto sindical en la Peugeot un artículo referido al presidente de la empresa automovilística bajo el título “Calvet met un turbo son salaire” en el que incluían la fotocopia de algunos documentos fiscales reflejando la evolución de su sueldo; estos documentos fueron robados a la Administración por alguien que no fue identificado violando el secreto fiscal. Los periodistas fueron condenados por recibir las fotocopias robadas y violar el secreto profesional al pago de 10.000 y 5.000 francos franceses y a una indemnización solidaria de 10.000 francos.

Los recurrentes consideran que se ha vulnerado su libertad de expresión, subrayando, entre otros argumentos que su artículo se inscribía en el marco de un debate público de interés general, y que la evolución del salario del Sr. Calvet tenía particular importancia; señalan, además, que la documentación les llegó de manera anónima y que no podían saber que se trataba de una violación del secreto profesional.

La Corte comienza por señalar que el artículo tenía interés general en la medida en que, efectuando una comparación entre sus propios aumentos salariales y las demandas a las que se oponía el Sr. Calvet, realiza “una contribución a un debate público de interés general, y que su finalidad no era, por tanto, perjudicar la reputación del Sr. Calvet, sino debatir una cuestión de actualidad e interés público”.

A continuación se plantea el conflicto de esta información de interés público con el secreto fiscal, comenzando por delimitarlo a la publicación de la documentación fiscal, pero considerando que ésta sólo era una documentación de apoyo a la información, ya que se limitaba a recoger los aumentos de sueldo, pero existen otras vías alternativas de acceso a ese mismo contenido (por ejemplo, la lista de los contribuyentes de cada municipio, o las frecuentes informaciones que publica al respecto la prensa económica), por lo que considera que se trata de un supuesto similar a los ya resueltos en Weber contra Suiza, de 22 de mayo de 1990, y Vereniging Weekblad Bluf! contra los Países Bajos, de 9 de febrero de 1995, que hacen referencia al interés de respetar el secreto en informacio-

nes cuyo contenido ha sido ya hecho público. En definitiva, el Tribunal considera que en estas circunstancias, la utilización de una documentación fiscal en sí misma protegida por el secreto no puede actuar como límite frente a la libertad de información, por lo que “la condena de los periodistas no representa un medio razonablemente proporcionado a los fines legítimos que se persiguen, teniendo en cuenta el interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa, por lo que se ha producido violación del art. 10 del Convenio.

E) La libertad de expresión no incluye el derecho al insulto

Supuesto presente en **Janowski contra Polonia, de 21 de enero de 1999**, en el que la Corte, tras reiterar su doctrina sobre la importancia de la libertad de expresión, con cita de los casos **Handyside contra el Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976**, **Lingens contra Austria, de 8 de julio de 1986** y **Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994**, así como la relativa a que los políticos y los funcionarios deben soportar una mayor carga crítica, termina por considerar razonable la condena por injurias recaída en un periodista quien, en el contexto de un incidente público, ha llamado “sinvergüenzas” e “idiotas” a los policías municipales.

F) Participación en las elecciones al Parlamento Europeo de un ciudadano gibraltareño (art. 3 del Protocolo núm. 1)

Debemos, por último, analizar con cierto detenimiento un caso de singular importancia, en particular para nuestro país, el asunto **Matthews contra el Reino Unido, de 18 de febrero de 1999**, en el que el Tribunal acaba decidiendo por diez votos contra dos que se ha producido vulneración del Convenio. Hay que empezar, sin embargo, por señalar que el tratamiento completo de este tema, en cuanto que supone reconocer la plena condición de ciudadanos europeos a través de su ciudadanía británica, a los gibraltareños incide de forma directa en el derecho comunitario y en un aspecto central de nuestra política exterior, sobrepasa con mucho la intención de esta crónica y los conocimientos sobre esta materia de sus autores.

El problema lo plantea un ciudadano gibraltareño que intenta, el 12 de abril de 1994, inscribirse en las listas electorales en Gibraltar para las elecciones al Parlamento Europeo, pretensión que le es denegada por el agente responsable del mantenimiento de las listas electorales razonando al respecto que:

“Las disposiciones del Anexo II al Acta de la CE de 1976 relativa a las elecciones directas, precisan que el Reino Unido no aplicará las disposiciones del Acta más que en el Reino Unido. Este acta ha sido adoptado por unanimidad de los Estados miembros y tiene valor como Tratado. En consecuencia, el derecho de sufragio para las elecciones al Parlamento Europeo no se aplica en Gibraltar”.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Ante esta respuesta el Sr. Matthews alega violación del art. 3 del Protocolo núm.1 del Convenio que establece que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres mediante escrutinio secreto, en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión pública en la elección del cuerpo legislativo”.

Para resolver el problema así planteado, la Corte formula tres preguntas:

La primera de ellas es si el Reino Unido puede ser responsable por no haber organizado elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, a pesar de tratarse de un órgano de la Comunidad Europea. Concluye que aunque los actos de la Comunidad no pueden ser atacados ante la Corte por no ser parte, sin embargo, el Reino Unido debe reconocer a Gibraltar los derechos consagrados en el art. 3 también para las elecciones al Parlamento Europeo.

La segunda es si ese artículo es aplicable a un órgano como el Parlamento Europeo. En este punto razona con base en el asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica, de 2 de marzo de 1987, que la expresión “cuerpo legislativo” no debe ser entendida sólo como Parlamento nacional, sino que también existe el derecho a participar en órganos infra o supranacionales.

La tercera consiste en dilucidar si el Parlamento Europeo se encuentra suficientemente asociado al proceso legislativo como para poder ser considerado un “cuerpo legislativo” y contesta afirmativamente, señalando además que muchas de sus decisiones afectan también a Gibraltar.

Y a partir de ellas, concluye por quince votos contra dos que ha habido violación del artículo 3 del Protocolo núm.1 del Convenio porque “el recurrente, en su calidad de residente en Gibraltar, se ha visto privado de toda posibilidad de expresar su opinión sobre la elección de los miembros del Parlamento Europeo”, sin que su situación sea la misma de quien no puede hacerlo por residir fuera del ámbito territorial de la elección.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Introducción

Abarca desde la STC 235/1998 hasta la STC 33/1999, es decir, la jurisprudencia publicada en los Boletines Oficiales del Estado de 20 de enero, 25 de febrero, 17 de marzo y 14 de abril. De las treinta y nueve sentencias dictadas, treinta y cinco son recursos de amparo; entre éstos, treinta se refieren a los derechos reconocidos en el art. 24 CE, entre los cuales no hay novedades, limitándose el TC a aplicar sus consolidados puntos de vista a los casos planteados. Acaso la más sorprendente Sentencia sea la 20/1999 donde el TC reconoce la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas –producida por el retraso en el señalamiento de fecha para votación y fallo– pero nada puede hacer para

restablecerlo, debido a que tal retraso es consecuencia inevitable de los problemas estructurales en la Administración de Justicia. Es un ejemplo claro de tutela insuficiente.

Entre los derechos sustantivos, dos amparos, los resueltos por la STC 19/1999 y la STC 33/1999, se refieren a la prisión provisional: en la primera, se distingue esta figura de la pena; y en la segunda, se recalca la estricta exigencia de motivación que pesa sobre las resoluciones judiciales que acuerdan la prórroga de la prisión provisional.

Las más llamativa de las sentencias dictadas durante este trimestre es la 28/1999, en la cual el TC considera legítima y no contraria al art. 19 CE la privación del uso de su vivienda que sufre un individuo en aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley de Propiedad Horizontal.

B) Tutela judicial efectiva

Acerca del criterio *pro actione* y de su proyección en el derecho procesal militar. La STC 235/1998, de 14 de diciembre, Sala Segunda, aborda el caso de una medida cautelar de suspensión de funciones por un máximo de tres meses, impuesta a un médico militar por el Jefe del Estado mayor del Ejército. Contra esta medida el afectado interpone recurso contencioso-disciplinario militar que no es admitido, inadmisión que la Sala Quinta del TS confirmó. La inadmisión se basaba en la consideración de que el procedimiento en el que estaba inmerso el afectado no había concluido y no cabía, pues, recurso alguno hasta su conclusión.

El TC comienza por reiterar la jurisprudencia mantenida desde la STC 35/1995 acerca de la distinta relevancia constitucional del derecho a los recursos y del acceso a la jurisdicción, siendo sólo aplicable al último el principio *pro actione*. Recuerda el TC que las excepciones de la jurisdicción castrense "(...) no justifican, en modo alguno, la desaparición ni la modificación de nuestra doctrina sobre el contenido del art. 24.1 CE" (FJ 5º). En este caso, la interpretación de las normas procesales militares ha sido restrictiva y excesivamente formalista y ello ha conducido a negar una respuesta judicial, negativa que es incompatible con el principio *pro actione*.

Un caso similar al anterior resuelve la STC 24/1999, de 8 de marzo, Sala Segunda; se trata de un supuesto de inadmisión de un recurso disciplinario militar contra una resolución que había decretado el arresto preventivo del recurrente. El TC ordena, también como en el caso anterior, retrotraer las actuaciones para que tal recurso sea admitido.

Apreciación de las causas de inadmisión: alcance del control del TC. La STC 236/1998, de 14 de diciembre, Sala Segunda, parte también de la mencionada distinción entre acceso y derecho a los recursos. Al ser el segundo de configuración legal, a los tribunales ordinarios compete, en exclusiva, la función de interpretar las causas de inadmisión sin más limitaciones que las derivadas del art. 24.1 CE (error patente, arbitrariedad, irracionalidad manifiesta) (FJ 2º).

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El TC sólo puede descender al caso concreto para comprobar la acomodación del órgano juzgador a las exigencias derivadas del art. 24.1 CE (FJ 3º). En esta sentencia el TC sintetiza su jurisprudencia acerca del error patente; éste existe cuando:

“(…) es inmediatamente verificable de forma incontrovertible (basta la lectura de la demanda y del escrito de conclusiones); produce efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano; y es determinante de la decisión adoptada al constituir su *ratio decidendi* por lo que puede afirmarse que el contenido de la resolución hubiera sido otro de haberse advertido el mismo” (FJ 4º).

Emplazamiento: la **STC 239/1998, de 15 de diciembre**, Sala Primera, reitera la doctrina del TC, conforme a la cual el derecho a la tutela judicial sin indefensión implica que las personas con derechos subjetivos o con interés legítimo en el mantenimiento de un acto administrativo deben ser emplazadas personalmente siempre que resulte factible (FJ 2º). En este caso interponen el amparo unos opositores, los cuales, habiendo aprobado, no son emplazados cuando las oposiciones son impugnadas ante los tribunales.

La **STC 26/1999, de 8 de marzo**, Sala Primera, comienza por resumir la doctrina del TC acerca del deber de emplazamiento (FJ 3º). En este caso el recurrente tenía no ya un interés legítimo sino un derecho subjetivo a comparecer como codemandado, puesto que de los actos impugnados se derivaba directamente un derecho a su favor (el de ocupar una jefatura de sección en el Ministerio de Agricultura y Pesca). El recurrente en amparo era además perfectamente identificable en los datos obrantes en las actuaciones; y aunque el órgano judicial trató de emplazar al ahora recurrente lo hizo de forma errónea sin que el *emplazamiento edictal* (mediante la publicación en el BOE del anuncio de interposición del recurso contencioso-administrativo) sea suficiente cuando pudo y debió emplazarse personalmente al ahora recurrente.

Derecho a la ejecución de las sentencias: La **STC 240/1998, de 15 de diciembre**, Sala Primera, reitera la consolidada doctrina acerca del derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, cuyo alcance corresponde determinarlo a los jueces ordinarios, limitándose el TC a enjuiciar los casos “claramente incongruentes, arbitrarios o irrazonable” (FJ 2º). La lesión en este caso se produce porque un mismo órgano judicial en supuestos sustancialmente idénticos resuelve de manera diferente a la hora de ejecutar las sentencias, produciéndose además de una lesión del derecho a la ejecución de las sentencias, una lesión del derecho a la igualdad.

C) Garantías constitucionales del proceso

Juez predeterminado por la ley: la **STC 238/1998, de 14 de diciembre**, Sala Primera, reitera la legitimidad del nombramiento de magistrados de apoyo cuando tal nombramiento está amparado por la ley. En este caso la no comunicación a la parte del cambio

de los magistrados llamados a formar la sala competente constituye una irregularidad procesal, pero sin incidencia material concreta y, por tanto, no se vulnera el derecho a juez predeterminado por la ley (FJ 8°).

Dilaciones indebidas: en la curiosa **STC 20/1999, de 22 de febrero**, Sala Segunda, se declara que hay vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por el señalamiento para votación y fallo diferidos dos años y tres meses en un caso y tres años y cuatro meses en el otro. Pero el TC estima sólo parcialmente el amparo (reconociendo simplemente la lesión del derecho pero no pudiendo remediarla) no ordenando el adelantamiento de las votaciones, que sería discriminatorio para terceros, ni entrando en problemas estructurales del funcionamiento de la Administración de justicia (FJ 3°).

D) Derecho a la libertad y prisión provisional

El TC ha dictado dos sentencias sobre este tema. En ambas se parte del principio de excepcionalidad de la prisión provisional reiterando la jurisprudencia anterior. De ahí se deriva que en la contabilización de los plazos de la prisión provisional no puede descontarse la duración de una condena recaída en otra causa porque la prisión preventiva y pena no son identificables, pues tienen funciones muy distintas de modo que un mismo hecho –la privación de libertad– cumple una doble función (**STC 19/1999, de 22 de febrero**, Sala Segunda).

En la **STC 33/1999, de 8 de marzo**, Sala Segunda, se enjuicia el grado de motivación exigible a las resoluciones judiciales que acuerdan la prórroga de la prisión provisional que debe ser mayor que el exigible a toda resolución judicial *ex art. 24 CE* porque es necesario no sólo un razonamiento en derecho, sino que dicho razonamiento respete el contenido garantizado constitucionalmente. Especialmente criticable es la utilización de procedimientos de remisión que sean genéricos, globales y en cadena. La prisión provisional requiere para su mantenimiento el examen de las circunstancias concretas del caso, especialmente, las de arraigo familiar y social.

E) Libertad de residencia y aplicación de las sanciones previstas en la Ley de Propiedad Horizontal

En la **STC 28/1999, de 8 de marzo**, el TC ha resuelto un amparo contra la resolución judicial que prohibía el acceso a su vivienda a un ciudadano en aplicación del art. 19 de la LPH. El TC reconoce que el art. 19 CE incluye la libre elección de domicilio, de modo que los poderes públicos sólo pueden limitarlo en virtud de la libre configuración de las relaciones civiles, del uso del suelo de acuerdo con el interés general o de otros límites constitucionalmente admisibles. Por tanto, concluye el TC:

“los condicionamientos que pueda sufrir el derecho a la libre elección de domicilio derivados de la inexistencia o pérdida de derechos privados que habilitan para el disfrute del

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

bien en cuestión quedan, en principio, al margen de la protección constitucional del derecho a la libertad de residencia” (FJ 7°).

En fin, la aplicación del art. 19 LPH sería la privación de un derecho privado –el uso de la vivienda– como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones jurídico privadas –derivadas del régimen de la propiedad horizontal– que, aún suponiendo una restricción del derecho, no implica una restricción del derecho constitucionalmente protegido (FJ 8°).

Dos magistrados emiten un voto particular arguyendo que la mayoría ha realizado una interpretación analógica del art. 19 LPH que sería contraria al art. 24 CE por tratarse de una norma sancionadora.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho al honor e informaciones policiales

STS de 31 de diciembre de 1998 (Sala Primera). Intromisión en el derecho al honor como consecuencia de las declaraciones hechas por un comisario de policía en las que, sin comprobar los hechos en los que se produjo, en un bar, el fallecimiento por disparo de un cliente, divulgó la noticia de que se trató de un intento de robo, cuando en realidad se debió a una discusión banal. El proceder del comisario no constituyó una actuación administrativa, sino que actuó a título particular puesto que no le correspondía dar notas de prensa sobre asuntos ajenos a la investigación policial.

B) Intromisión ilegítima en el honor de un profesor universitario y alcance de la responsabilidad solidaria

STS de 22 de diciembre de 1998 (Sala Primera). Intromisión ilegítima en el derecho al honor por la publicación de un reportaje periodístico en el que se imputa a unos profesores universitarios acoso sexual a las alumnas. La implicación que se hace en la revista produce descrédito y desmerecimiento tanto en el orden profesional como personal.

La regla de responsabilidad solidaria del autor, editor y director, establecida en el art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, no puede estimarse derogada tácitamente ya que ni contradice el espíritu de la CE ni coarta el derecho de libertad de información y comunicación, sino que contempla únicamente una cuestión de puro y estricto derecho obligacional, la relativa a las consecuencias que se puedan derivar del mal uso del referido derecho fundamental estableciendo una consecuencia jurídica lógica: la responsabilidad solidaria. La regla de la solidaridad permite accionar frente a cualquiera de los *obligados* y no precisa que se demande a todos cuando la sujeción legal abarca por igual a todos a quienes así se denomina, hayan sido o no parte en el proceso, sin que resulte contrario al derecho de contradicción y de defensa que en el proceso no hayan intervenido todos los *obligados solidarios*.

C) Distinción entre derecho al honor y prestigio profesional

STS de 31 de diciembre de 1998 (Sala Primera). Se parte distinguiendo entre la intromisión o vulneración del derecho al honor y el menoscabo del prestigio de las personas, supuestos totalmente distintos y para cuya protección están previstos mecanismos legales diferentes. El honor de las personas viene determinado por la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la persona, distinguiéndose el aspecto objetivo o consideración externa o social y el aspecto subjetivo o consideración interna o individual, es decir, entre la buena reputación frente a los demás y la pretensión individual de autoestima. La agresión al honor alcanza al prestigio del interesado. La imputación periodística, a un secretario judicial, de acoso sexual sobre una funcionaria, implica la atribución de un comportamiento o una conducta de evidente índole lasciva y desprovista de respeto que hacen desmerecer a dicha persona en la consideración ajena y supone un ataque a su honor personal que afecta a su prestigio profesional. A propósito de la veracidad de la información, se dice que la agresión al derecho al honor no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que el recurrente no hiciera uso del derecho de rectificación.

D) Derecho de participación política y control jurisdiccional de los “actos políticos”

STS de 3 de diciembre de 1998 (Sala Tercera). Se trata de revisar el Decreto del presidente de la Junta de Andalucía de convocatoria de elecciones al Parlamento de Andalucía. Se analiza la naturaleza del decreto a efectos de su control jurisdiccional. La técnica del examen de los elementos reglados ha de complementarse con otras tales como las del control de la discrecionalidad que enseña que debe prestarse especial atención a la motivación de las decisiones y comprobar si concurre algún indicio de falta de razonabilidad de la decisión y la técnica del control de los principios y valores constitucionales, reconociendo el carácter capital de los derechos fundamentales a los que deben sacrificarse, siempre que se dé el principio de proporcionalidad exigible, cualesquiera otros derechos. La cuestión planteada sobre la anticipación del proceso electoral afecta a un aspecto puramente formal de la convocatoria electoral, cual es el momento en el que se produce ésta y la fecha de votación, lo que no limita los derechos de los parlamentarios (ni reduciendo ni ampliando su mandato) ni afecta a los demás ciudadanos porque limita su derecho al voto ni tampoco el acto recurrido es dictado por órgano incompetente. Se desestima el recurso.

E) Igualdad en el acceso a la función pública

STS de 27 de noviembre de 1998. El hecho de que el mismo concursante haya realizado en un espacio no dilatado de tiempo dos ejercicios sustancialmente coincidentes favorece a dicho concursante frente a los demás, pues se trata de ejercicios sobre los que éste ha reflexionado al contestarlos anteriormente lo que facilita de modo importante su con-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

testación posterior y da ocasión de depurar los errores más significativos en los que incurrió; se produce una situación de desigualdad con carácter discriminatorio respecto a los demás en cuanto establece una diferencia a favor de dicha concursante. Cuando el tribunal calificador, al plantear a los participantes del concurso-oposición unas pruebas determinadas infringe el art. 23.2 CE, rebasa su discrecionalidad técnica y la infracción queda sometida a la potestad de revisión de los órganos judiciales.

F) Principio *pro actione* y legitimación activa de las personas jurídicas

STS de 11 de noviembre de 1998 (Sala Tercera). El derecho a la tutela judicial efectiva que abarca el derecho de acceso al proceso de las personas jurídicas cuando la ley les reconoce legitimación, exige, en una interpretación favorable del principio *pro actione* que cuando se advierta un defecto de capacidad procesal pueda ser subsanado, concediendo al ente interesado la facultad de hacerlo, sin que ese defecto pueda determinar la inadmisibilidad del recurso.

G) Distinción entre codemandado y coadyuvante

STS de 18 de noviembre de 1998. El derecho a la tutela judicial efectiva ha llevado a la jurisprudencia a suavizar las diferencias entre la figura del codemandado y la del coadyuvante, pero en los recursos de lesividad en los que la Administración autora del acto cuya nulidad se pretende es la demandante, el interés legítimo de otros administrados no permite otra intervención que la de actuar de forma subordinada a la de la parte principal que es libre de desistir del proceso iniciado a su instancia. No existe indefensión para los coadyuvantes con interés legítimo en la anulación del acto si la Administración desiste del recurso, porque el mecanismo ordinario de reacción de los administrados es su impugnación en los plazos establecidos en las leyes.

H) Reproducción de la doctrina del TC acerca del alcance de la inembargabilidad de los bienes municipales

STS de 26 de noviembre de 1998 (Sala Tercera). Ejecución de las sentencias: la garantía constitucional comprende que la sentencia se cumpla en sus propios términos y se satisfice mediante la adopción de las medidas oportunas para llevar a cabo la ejecución, medidas que han de acordarse por el órgano judicial sin dilaciones indebidas, pues de otra forma también se vulnera el art. 24.2 CE.

Se aplica al caso planteado la jurisprudencia del TC acerca de los límites a la inembargabilidad de los bienes municipales, excluyendo de los inembargables aquellos que no estén afectados a un uso o servicio público. De la doctrina del TC se dio cuenta en el anterior número de esta revista [crónica III. 3. B)]. El TS reconoce en este caso la posibilidad del acreedor de proceder a una adecuada individualización de los bienes patrimoniales a

los efectos de instar el embargo, excluyendo los demaniales, los comunales e incluso los patrimoniales materialmente afectados a un uso o servicio público.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAFAEL BUSTOS

ALFREDO ALLUÉ

RAÚL CANOSA

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas: menor intensidad y extensión de las bases en lo relativo a organización y funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones Públicas que en aquellas otras que inciden más directamente en los derechos e intereses de los administrados. 3. Ley. A) Iniciativa legislativa: se trata de un acto graciable derivado del derecho de petición, no de un derecho subjetivo de los interesados. B) Interpretación de las leyes: no se aplica a los Alcaldes la prohibición de delegar la potestad sancionadora que establece el art. 127 LRJPAC, ya que prevalece la regulación del art. 21 LRBRL que permite dicha delegación. C) Reserva de ley. a) En materia tributaria: el reglamento no puede modificar los conceptos jurídicos que la ley utiliza para definir el hecho imponible, ampliando los supuestos que lo integran. b) En materia de profesiones tituladas: no afecta a la regulación de los estudios para obtener un determinado título. D) Retroactividad de las Leyes: no implica retroactividad la aplicación de una Ley en el caso de que una parte de las actuaciones reguladas se produzcan antes de su entrada en vigor. E) Derogación: la Ley general no deroga tácitamente la Ley especial. **4. Decretos legislativos: competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que si incurren en ultra vires tienen rango de disposición administrativa. 5. Reglamento.** A) Concepto de potestad reglamentaria: normas que completan la Ley. B) Competencia del Gobierno, originaria; de los Ministros, originaria en materia organizativa o derivada de habilitación legal. C) Límites: principio de legalidad y potestades discrecionales. Control de la finalidad de la norma (arts. 103.1 y 9.3 de la Constitución). D) Procedimiento de elaboración de los reglamentos. a) Dictamen del Consejo de Estado: es necesario en la elaboración de los reglamentos autonómicos, salvo si en la Comunidad Autónoma existe un órgano consultivo equivalente que emite el correspondiente Dictamen; no se exige en el trámite de elaboración de reglamentos que desarrollan otros reglamentos. b) Audiencia a los Colegios Profesionales: no es obligatoria en relación con los títulos de formación profesional; no es obligatoria cuando la

relación entre la profesión y la disposición tiene carácter meramente incidental; su omisión determina exclusivamente la anulación de aquellos preceptos que regulan las cuestiones que afectan a los intereses profesionales. c) Informe de la Secretaría General Técnica: si no contiene la fundamentación suficiente determina la nulidad de la disposición. E) Control judicial de la potestad reglamentaria. a) Ilegalidad por omisión: se produce cuando la Administración incumple un mandato legal que obliga al desarrollo reglamentario; el juez no puede sustituir el reglamento omitido. b) Legitimación de un Colegio Profesional para impugnar un reglamento que pretende que se aplique a sus colegiados. c) Impugnación indirecta de una disposición: no puede fundamentarse en defectos formales. d) Nulidad de una disposición: subsisten los actos firmes. **6. Otras normas.** A) Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: si afectan a los particulares requieren notificación o publicación; necesidad de distinguirlas frente a los actos interpretativos. B) Ordenanza municipal: la irretroactividad no impide su aplicación a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor; competencia municipal en materia de cementerios.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica jurisprudencial abarca el análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo desde el cuaderno núm. 35 del Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi correspondiente al año 1998 (desde, Ar. 8000/1998) hasta el cuaderno núm. 1 correspondiente a 1999, inclusive (hasta, Ar. 200/1999). En este ámbito destaca por su trascendencia práctica la admisión de que los Alcaldes puedan delegar su potestad sancionadora en materia de tráfico (STS de 10 de noviembre de 1998, Ar. 9465), así como el numeroso grupo de sentencias relativas a los Decretos reguladores de títulos de formación profesional que se dictan en desarrollo de la LOGSE (Ley 1/1990, de 1 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo) y del Decreto 676/1993, de 7 de mayo. Estas Sentencias excluyen que la regulación de los citados Decretos constituya regulación del ejercicio de profesiones tituladas. Desde el punto de vista procedimental, excluyen la necesidad de audiencia a los Colegios Profesionales —por la razón anteriormente expuesta—, así como la del Dictamen del Consejo de Estado por tratarse de reglamentos de desarrollo de otros reglamentos.

IV. Fuentes del Derecho

La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta el BOE de 27 de abril de 1999, (Suplemento al núm. 100). En este ámbito destaca fundamentalmente la STC 50/1999, de 26 de abril, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En esta Sentencia se matiza el concepto de bases según su regulación se refiera a ámbitos organizativos internos o bien afecte a los particulares.

2. BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: MENOR INTENSIDAD Y EXTENSIÓN DE LAS BASES EN LO RELATIVO A ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LOS ÓRGANOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS QUE EN AQUELLAS OTRAS QUE INCIDEN MÁS DIRECTAMENTE EN LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS ADMINISTRADOS

El Tribunal Constitucional justifica este planteamiento:

“No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18 CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar ‘a los administrados un tratamiento común ante ellas’ y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común, y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según preferencias” (STC 50/1999, de 26 de abril, Pleno, Recurso de inconstitucionalidad, BOE de 27 de abril de 1999).

3. LEY

A) Iniciativa legislativa: se trata de un acto graciable derivado del derecho de petición, no de un derecho subjetivo de los interesados

La Asociación Profesional de Detectives Privados interpreta el art. 4.1 de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 en el sentido de que impone a la Administración el deber de elaborar un anteproyecto de ley para constituir un Colegio Profesional siempre y cuando lo pidan los interesados. Para el Tribunal Supremo el citado precepto sólo se refiere a la reserva de ley en dicha materia, pero en ningún caso atribuye un derecho subjetivo frente a la Administración para que inicie los trámites para elaborar un anteproyecto de ley: se trata del ejercicio del derecho de petición, que tiene naturaleza graciable aunque supone la elaboración del correspondiente expediente (STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 10184, Sala Tercera, Sección Sexta).

B) Interpretación de las leyes: no se aplica a los Alcaldes la prohibición de delegar la potestad sancionadora que establece el art. 127 LRJPAC, ya que prevalece la regulación del art. 21 LRBRL que permite dicha delegación.

En materia de infracciones de tráfico los Alcaldes pueden delegar su potestad sancionadora en virtud de lo dispuesto por el art. 21 LRBRL, ya que:

a) La Ley 30/1992, en su Exposición de Motivos, autoriza una aplicación de sus preceptos que sea compatible con las previsiones de la Ley de Régimen Local, respetando con ello el principio de vinculación negativa a que la doctrina se refiere, por razón de la garantía institucional que la autonomía local tiene, arts. 137 y 140 CE.

b) La Ley de Bases de Régimen Local, tenía ya establecido un régimen propio, en la determinación del órgano sancionador, que era conforme a los principios generales que sobre órganos y competencia ha establecido la Ley 30/1992, art. 12, y que en su art. 21 es el propio legislador el que autoriza la delegación de atribuciones en materia sancionadora a los Alcaldes.

c) Esta solución es la más conforme al principio de eficacia, que para todas las Administraciones, incluida la Local, dispone el art. 103 de la Constitución (STS de 10 de noviembre de 1998, Ar. 9465, Sala Tercera, Sección Cuarta).

C) Reserva de ley

a) En materia tributaria: el reglamento no puede modificar los conceptos jurídicos que la ley utiliza para definir el hecho imponible, ampliando los supuestos que lo integran

El TS anula dos preceptos del Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por RD 828/1995, de 29 de mayo, por modificar la definición del hecho imponible que establece la Ley que desarrolla. El art. 2.4 se anula en cuanto equipara las condiciones suspensivas a las resolutorias en relación con el otorgamiento de licencias, en contradicción con la remisión al Código Civil que la Ley del impuesto efectúa para la interpretación de esta cuestión. También se anula el art. 29 del Reglamento en cuanto que introduce como hecho imponible la figura de la asunción de deudas por un tercero, no prevista por la Ley (STS de 5 de diciembre de 1998, Ar. 9513, Sala Tercera, Sección Segunda).

b) En materia de profesiones tituladas: no afecta a la regulación de los estudios para obtener un determinado título

Es preciso distinguir la regulación de una profesión, cuestión reservada a la Ley en virtud del art. 36 CE, de los estudios para la obtención de un determinado título, que no

IV. Fuentes del Derecho

está sustraído al campo de la potestad reglamentaria, la cual puede llegar incluso a entrar en el régimen pormenorizado de los títulos al incidir en el ámbito de un servicio público, cual es el de la enseñanza (STS de 11 de septiembre de 1998, Ar. 9942, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 17 de noviembre de 1998, Ar. 9943, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 9944, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 9945, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 24 de noviembre de 1998, Ar. 9948, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 24 de noviembre de 1998, Ar. 9949, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 26 de noviembre de 1998, Ar. 9950, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 9 de diciembre de 1998, Ar. 9952, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 10 de diciembre de 1998, Ar. 9954, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 9955, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 15 de diciembre de 1998, Ar. 9956, Sala Tercera, Sección Tercera).

D) Retroactividad de las Leyes: no implica retroactividad la aplicación de una Ley en el caso de que una parte de las actuaciones reguladas se produzcan antes de su entrada en vigor

Se plantea si la Ley 22/1998 de Costas y el Reglamento que la desarrolla aprobado por RD 1471/1989, de 1 de diciembre, tienen efecto retroactivo en relación con la solicitud, –formulada con anterioridad a su entrada en vigor–, para construir un edificio de locales comerciales en la zona de protección del dominio público marítimo-terrestre, en la Bahía de San Antonio, de Ibiza. El órgano competente una vez la Ley ha entrado en vigor no es la Comandancia Militar de Marina, sino, conforme a la Ley de Costas de 1988, el Consejo de Ministros (STS de 27 de noviembre de 1998, Ar. 9576, Sala Tercera, Sección Tercera).

E) Derogación: la Ley general no deroga tácitamente la Ley especial

En el caso se discutía la adjudicación de la concesión de un aprovechamiento hidroeléctrico a la “Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamientos de Agua de Sevilla”, en aplicación del Decreto de fecha 31 de marzo de 1950 y la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1992, de donde se deriva el derecho preferente a favor del Ayuntamiento de Sevilla. Las entidades mercantiles apelantes alegan que esos reglamentos no tienen vigencia, que las normas a aplicar son los arts. 58.3 de la Ley de Aguas y 98.3 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. El Tribunal Supremo, tras constatar que los citados reglamentos no han sido derogados, ni expresa ni tácitamente (no hay incompatibilidad con los arts. 58.3 de la Ley de Aguas y 98.3 de su Reglamento) y que la confirmación en vía judicial de los actos administrativos dictados conforme a Derecho no suponen vulneración por la Administración de los arts. 14 y 38 de la Constitución, aplica el principio recogido en el aforismo latino *legi speciali per generalem non derogatur* y confirma la adjudicación de la concesión (STS de 22 de septiembre de 1998, Ar. 8517, Sala Tercera, Sección Tercera).

4. DECRETOS LEGISLATIVOS: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, YA QUE SI INCURREN EN *ULTRA VIRES* TIENEN RANGO DE DISPOSICIÓN ADMINISTRATIVA

El Tribunal Supremo admite un recurso de queja contra el Auto de una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia que denegaba la admisión del recurso de casación. El recurso contencioso-administrativo se basaba en que el acto objeto de impugnación (acuerdo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Córdoba, confirmado en alzada por el Pleno Municipal) relativo a la valoración del aprovechamiento urbanístico por transferencia del 5 por ciento del aprovechamiento patrimonializable, había sido dictado en aplicación de una disposición general [Disposición Transitoria Primera, número dos, apartado c) del Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo núm. 1, de 26 de junio de 1992] que incurre en *ultra vires* respecto al régimen transitorio de la Ley 8/1990, de 25 de julio, en concreto respecto de la Disposición Transitoria Primera, núms. 1 y 2, en relación con la aplicación del nuevo sistema de adquisición gradual de las facultades urbanísticas y al momento en que debe entenderse adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, a efectos de la aplicación del nuevo sistema. El Tribunal Supremo resuelve que el caso es susceptible de recurso de casación, porque “los preceptos de un Decreto legislativo que excedan de los límites de la delegación tienen carácter de simple disposición administrativa”, como ya habían considerado la doctrina y el Tribunal Constitucional (ATS 21 de septiembre de 1998, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 9092).

5. REGLAMENTO

A) Concepto de potestad reglamentaria: normas que completan la Ley

Tal como ha declarado anteriormente, el Tribunal Supremo expone que:

“La potestad reglamentaria es el poder que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para dictar normas que no tienen rango de Ley. La justificación de la potestad reglamentaria es la siguiente: que la Ley, por sí misma, es insuficiente para regular la convivencia de la sociedad y la gestión de los intereses de la comunidad. Ésta es la razón por la que la Ley llama al reglamento, que, una vez dictado conforme a Derecho, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, complementando a la Ley, como es doctrina jurisprudencial consolidada” (STS de 24 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8380).

IV. Fuentes del Derecho

B) Competencia del Gobierno, originaria; de los Ministros, originaria en materia organizativa o derivada de habilitación legal

A raíz de la impugnación por la “Asociación Coordinadora de Médicos especialistas no Mir” del Real Decreto 1776/1994 y de la Orden Ministerial de 14 de diciembre de 1994, por la que se regula el acceso al título de Médico Especialista, el Tribunal Supremo analiza la potestad reglamentaria de los Ministros. Parte de que la potestad reglamentaria deriva de la Constitución (art. 97), sólo puede dictarse por el órgano competente y, además, su elaboración y aprobación ha de serlo con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1). El Tribunal diferencia a continuación entre la potestad reglamentaria del Gobierno (Consejo de Ministros), originaria o derivada de la Constitución, y los reglamentos de los Ministros “que si el ordenamiento jurídico les habilita específicamente para desarrollar una norma reglamentaria, son fruto de un poder derivado; sólo los reglamentos domésticos u organizativos pueden dictarse por los Ministros sin necesidad de una *especial habilitación legal*”. En el caso estudiado por el Tribunal, la Disposición Final Única del citado Real Decreto atribuye a los Ministros de Educación y Ciencia y de Sanidad y Consumo la regulación del procedimiento para la obtención del título de Médico Especialista, por lo que considera correctamente dictada la Orden Ministerial (STS de 24 de febrero de 1998, Ar. 8380, Sala Tercera, Sección Tercera).

C) Límites: principio de legalidad y potestades discrecionales. Control de la finalidad de la norma (arts. 103.1 y 9.3 de la Constitución)

De los arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución se deriva, según expone el Tribunal Supremo, que toda acción administrativa debe estar presidida por el principio de legalidad y que el ejercicio de las potestades administrativas nunca puede ser arbitrario. A diferencia de este concepto, el de discrecionalidad implica libertad de elección entre alternativas igualmente justas: “ lo que no es posible es que por medio de la discrecionalidad se alteren los fines a que obedece el ejercicio de la potestad administrativa”. Esta argumentación doctrinal es aplicada por el Tribunal al ejercicio de la potestad reglamentaria, para determinar si ha sido o no arbitraria. De esta forma, observando que los reglamentos estudiados suponen la elección de la alternativa más justa y que su finalidad no es otra que la de perseguir un beneficio para la salud de los ciudadanos, el Tribunal no aprecia desviación de poder (STS de 24 de febrero de 1998, Ar. 8380, Sala Tercera, Sección Tercera).

D) Procedimiento de elaboración de los reglamentos

a) Dictamen del Consejo de Estado: es necesario en la elaboración de los reglamentos autonómicos, salvo si en la Comunidad Autónoma existe un órgano consultivo equivalente que emite el correspondiente Dictamen; no se exige en el trámite de elaboración de reglamentos que desarrollan otros reglamentos

En la elaboración del Decreto autonómico 52/1989, de 27 de abril, del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, no se emitió el Dictamen del Consejo de Estado. Al no exis-

tir en ese momento el órgano consultivo superior con características y funciones análogas al Consejo de Estado —órgano que fue creado posteriormente por Ley 5/1993 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares—, resultaba preceptivo el informe del Consejo de Estado, siendo insuficiente el informe del Secretario General Técnico de la Consellería de Trabajo y Transportes de la Comunidad Autónoma, por lo que el reglamento es declarado nulo (STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 9570, Sala Tercera, Sección Tercera).

No se exige en relación con el Real Decreto 547/1995, de 7 de abril, por el que se establece el título de Técnico en Farmacia en desarrollo del Real Decreto 676/ 1993, de 7 de mayo, por el que se establecen directrices generales sobre los títulos y las correspondientes enseñanzas mínimas de formación profesional, que fue dictado en aplicación de lo dispuesto por el art. 35.1 de la LOGSE (STS de 11 de septiembre de 1998, Ar. 9942, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 17 de noviembre de 1998, Ar. 9943, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 9944, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 24 de noviembre de 1998, Ar. 9948, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 24 de noviembre de 1998, Ar. 9949, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 26 de noviembre de 1998, Ar. 9950, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 26 de noviembre de 1998, Ar. 9951, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 9955, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 15 de diciembre de 1998, Ar. 9956, Sala Tercera, Sección Tercera).

b) Audiencia a los Colegios Profesionales: no es obligatoria en relación con los títulos de formación profesional; no es obligatoria cuando la relación entre la profesión y la disposición tiene carácter meramente incidental; su omisión determina exclusivamente la anulación de aquellos preceptos que regulan las cuestiones que afectan a los intereses profesionales

El Tribunal desestima la solicitud de nulidad del Consejo General de Colegios de Diplomados de Enfermería contra tres Reales Decretos que regulan el curriculum de técnicos superiores de Formación Profesional, porque en el caso se ha oído al Consejo de Estado, al Consejo Escolar de Estado, al Consejo General de Formación, a la Comisión de Ordenación Académica y a la Secretaría General Técnica y porque no es lo mismo el ciclo formativo correspondiente a los títulos técnicos a los que se refieren los Reales Decretos impugnados, que las enseñanzas universitarias. Todo ello supone, a juicio del Tribunal, que se ha garantizado la legalidad, el acierto y la oportunidad de la disposición, que constituyen la finalidad del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales (STS de 7 de octubre de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 9057).

La audiencia a los Colegios Profesionales se exige cuando existe una relación directa entre los profesionales cuyos intereses representan y la norma en cuestión, no cuando existe una relación meramente incidental (STS de 11 de septiembre de 1998, Ar. 9942, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 17 de noviembre de 1998, Ar. 9943, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 9944, Sala Tercera, Sección Tercera;

IV. Fuentes del Derecho

STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 9945, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 24 de noviembre de 1998, Ar. 9948, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 24 de noviembre de 1998, Ar. 9949, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 26 de noviembre de 1998, Ar. 9951, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 9 de diciembre de 1998, Ar. 9952, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 10 de diciembre de 1998, Ar. 9954, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 9955, Sala Tercera, Sección Tercera; STS de 15 de diciembre de 1998, Ar. 9956, Sala Tercera, Sección Tercera).

La falta de audiencia al Consejo General de la Abogacía en el procedimiento de elaboración de un reglamento sólo justifica la anulación de aquellos preceptos que regulan las cuestiones que afectan a los intereses profesionales cuya representación ostenta la citada Corporación. Se estima el recurso interpuesto por el Consejo General de la Abogacía contra el RD 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios en desarrollo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios solamente en relación a los preceptos que se refieren a la atribución de justicia gratuita respecto de las actuaciones procesales relacionadas con los concretos bienes, productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado, no sólo en relación con las Asociaciones de Consumidores y usuarios, sino con cada uno de los asociados, lo que afecta, en términos de la Sentencia, a “miles de abogados” (STS de 30 de noviembre de 1998, Ar. 9478, Sala Tercera, Sección Cuarta).

c) Informe de la Secretaría General Técnica: si no contiene la fundamentación suficiente determina la nulidad de la disposición

En el análisis que el Tribunal realiza sobre la fundamentación del art. 3 del Real Decreto 1954/1994, que homologa un Diploma Militar a un Título Universitario de Ingeniero en Geodesia y Cartografía, el Tribunal no haya informe alguno en el expediente, ni alusión en el Informe de la Secretaría General Técnica, por lo que, en aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (STS de 18 de junio de 1993, Ar. 4610), que sólo considera imprescindibles los informes previos si su omisión se revela como trascendente, anula el reglamento impugnado (STS de 6 de octubre de 1998, Ar. 9055, Sala Tercera, Sección Tercera).

E) Control judicial de la potestad reglamentaria

a) Ilegalidad por omisión: se produce cuando la Administración incumple un mandato legal que obliga al desarrollo reglamentario; el juez no puede sustituir el reglamento omitido

Se produce cuando la Administración incumple un mandato claro y terminante de la Ley, pero no porque su texto contenga alguna determinación positiva contraria a la ley, sino porque el Reglamento omite regular un extremo que la ley ordena que sea regulado (STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 154, Sala Tercera, Sección Cuarta)

El juez no puede sustituir el reglamento omitido. El art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no permite la sustitución de la inactividad de la potestad reglamentaria de forma que el juez dé un determinado contenido al reglamento omitido; el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional (STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 154, Sala Tercera, Sección Cuarta).

b) Legitimación de un Colegio Profesional para impugnar un reglamento que pretende que se aplique a sus colegiados

El Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos está legitimado para impugnar un precepto reglamentario que al utilizar la expresión “veterinaria”, en lugar de “medicina veterinaria”, puede restringir las posibilidades de actuación de los farmacéuticos, aunque éstos no hayan sido expresamente citados en dicha disposición (STS de 15 de diciembre de 1998, Ar. 157, Sala Tercera, Sección Cuarta).

c) Impugnación indirecta de una disposición: no puede fundamentarse en defectos formales

No constituye suficiente fundamento para anular una disposición reglamentaria por vía de impugnación indirecta la omisión del Dictamen del Consejo de Estado o cualquier otro defecto de carácter exclusivamente formal (STS de 21 de enero de 1999, Ar. 64, Sala Tercera, Sección Segunda).

Este criterio se aplica también en el ámbito urbanístico. No cabe declarar la nulidad de las Normas Subsidiarias de Mogente sobre la base exclusiva de la omisión del preceptivo informe del Ministerio de Obras Públicas establecido por el Real Decreto 2508/1975, de 18 de septiembre, sobre previsión de daños por avenidas (STS de 16 de diciembre de 1998, Ar. 166).

d) Nulidad de una disposición: subsisten los actos firmes

La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma (STS de 14 de enero de 1999, Ar. 57, Sala Tercera, Sección Segunda).

La inaplicación por un juez de determinadas normas en la resolución de recursos indirectos no determina la anulación de los actos firmes y consentidos dictados en aplicación de las mismas, máxime cuando dichas normas no han sido expulsadas del ordenamiento jurídico (STS de 26 de enero de 1999, Ar. 70, Sala Tercera, Sección Segunda).

6. OTRAS NORMAS

A) Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: si afectan a los particulares requieren notificación o publicación; necesidad de distinguirlas frente a los actos interpretativos

El Tribunal Supremo considera que una Circular de 1988 del Director General del Instituto Nacional de la Salud puede modificar las tarifas aprobadas por Orden Ministerial de 26 de enero de 1987, porque el Director General cuenta con la potestad suficiente, en virtud de autorización expresa en la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto 522/1987, de 15 de abril.

El Tribunal niega sin embargo la posibilidad de que sea eficaz la Circular porque no se notificó ni publicó (art. 45 LPA de 1958) (STS de 12 de noviembre de 1998, Ar. 8938, Sala Tercera, Sección Cuarta).

La Circular 1/1992 sobre fijación de tipos en la tasa fiscal sobre el juego no constituye una disposición de rango inferior a la Ley, sino un simple acto de carácter interpretativo que en ningún caso alcanza la aludida vertiente normativa, o la de mero instrumento clarificador de la cuantía de la cuota fija exigible para cada máquina según el modelo correspondiente y en aplicación del incremento establecido por la Ley 31/1991 (STS de 29 de diciembre de 1998, Ar. 9941, Sala Tercera, Sección Segunda).

B) Ordenanza municipal: la irretroactividad no impide su aplicación a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor; competencia municipal en materia de cementerios

El principio de que las normas nuevas no tienen aplicación a los hechos pasados sirve para proteger los efectos ya acontecidos de un hecho pasado, pero no para amparar los efectos que, aunque derivados de un hecho pasado, se producen bajo la vigencia de la nueva norma (STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 153, Sala Tercera, Sección Cuarta).

Los Ayuntamientos son competentes para dictar reglamentos en materia de cementerios municipales (STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 153, Sala Tercera, Sección Cuarta).

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. Clases de actos. A) La simple tolerancia administrativa no implica la existencia de un acto tácito. B) Concepto de acto administrativo. C) Actos de trámite: la apertura de una información previa en un procedimiento sancionador. La propuesta de resolución es insusceptible de impugnación. Ratificación de la solicitud de informe. Información pública en procedimiento sancionador. Informe no vinculante. D) Actos propios. **3. Discrecionalidad.** A) Ejercicio de la potestad discrecional. B) La inclusión de un concepto indeterminado no significa que se otorgue a la Administración la capacidad para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso. C) Examen de los elementos reglados del acto político. **4. Procedimiento administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) Los plazos de caducidad para iniciar determinados procedimientos pueden ser interrumpidos por causas ajenas a la voluntad del solicitante. B) El denunciante en un expediente disciplinario carece de legitimación. La denuncia realizada por agente de la autoridad incorpora una simple presunción iuris tantum. C) Posibilidad de incoar un único procedimiento sancionador ante la existencia de dos actas de inspección sin necesidad de dictar un acuerdo formal de acumulación. D) La Administración no puede inadmitir una solicitud de licencia de edificación si el proyecto carece del preceptivo visado, debiendo requerir previamente la subsanación de esa deficiencia. E) No existe interés personal en un Alcalde que justifique su recusación por ser socio y administrador de una sociedad mercantil que no tiene la condición de interesada en el procedimiento. F) La denegación de realizar determinadas pruebas propuestas por el interesado no supone en todo caso vulneración del art. 24 CE. G) La competencia para resolver los procedimientos sancionadores en el ámbito local puede ser delegada por los Alcaldes en virtud de la Ley de Bases. H) La caducidad del procedimiento sancionador se produce sin necesidad de previa intimación del suje-

to afectado. I) La falta de notificación de la propuesta de resolución en los procedimientos sancionadores genera una situación de indefensión. J) Imposibilidad de obtener licencias urbanísticas por silencio positivo si las mismas no son conformes al planeamiento urbanístico. **5. Requisitos del acto administrativo.** A) No basta para motivar un acto administrativo la simple referencia al precepto aplicable, si se omiten los hechos específicos o causas determinantes de la decisión. **6. Estructura del acto administrativo.** A) No cabe imponer en la licencia de edificación determinaciones ajenas al control de la legalidad urbanística.

7. Eficacia y ejecución forzosa. A) La notificación se ha realizado correctamente aún cuando no consta en el aviso de recibo el parentesco o razón de permanencia en el domicilio del sujeto firmante de la notificación. Efectos del rehúse de la notificación efectuada por funcionario de correos. B) La caducidad postal no equivale al rehúse de la notificación.

C) La ejecución subsidiaria sólo puede comprender aquellas obras concretas cuya realización había sido impuesta al sujeto obligado. Debe concederse un plazo razonable para poder cumplir voluntariamente la obligación impuesta. **8. Invalidez del acto administrativo.**

A) El vicio de motivación del acto administrativo provocará la nulidad cuando el interesado se vea privado de los medios de defensa necesarios para impugnar la actuación de la Administración. B) La ausencia de trámite de audiencia en un procedimiento sancionador provoca la nulidad de pleno derecho de la sanción. C) Nulidad de pleno derecho de los actos por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. D) Nulidad de pleno derecho por vulneración de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. E) La desviación de poder se produce si la Administración ejerce sus potestades torcidamente y de manera contraria e incompatible con el interés general. F) No cabe la convalidación de los actos nulos de pleno derecho. **9. Eliminación del acto administrativo.**

A) Circunstancias que han de concurrir para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho. B) En la declaración de lesividad, aparte de ésta, se exige la constatación de alguna infracción del ordenamiento jurídico.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre octubre de 1998 y febrero de 1999, en el que se mantiene en esencia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

2. CLASES DE ACTOS

A) La simple tolerancia administrativa no implica la existencia de un acto tácito

La realización de actividades sin el correspondiente título administrativo, aun cuando sean conocidas por la Administración no genera un derecho adquirido en su titular, pues como precisa la STS de 20 de octubre de 1998, Ar. 8441, Sala Tercera, Sección Quinta “(...) ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tasas o tributos, ni la mera tolerancia municipal (...) pueden implicar acto tácito de otorgamiento de licencia o de reconocimiento de la misma (...)” (FJ 2º), por lo que el órgano competente puede lícitamente acordar el cese de la actividad realizada hasta ese momento de forma clandestina. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 28 de diciembre de 1998, Ar. 10121, Sala Tercera, Sección Quinta.

B) Concepto de acto administrativo

En el Auto de 21 de septiembre de 1998, Ar. 9088, Sala Tercera, Sección Primera, el TS maneja, frente al concepto doctrinal y jurisprudencial amplio, un concepto estricto de acto administrativo, al afirmar que el mismo supone “(...) la creación, modificación o extinción de algún derecho, causando estado, y definiendo jurídicamente la situación del que los crea (...)” (FJ 4º).

C) Actos de trámite: la apertura de una información previa en un procedimiento sancionador. La propuesta de resolución es insusceptible de impugnación. Ratificación de la solicitud de informe. Información pública en procedimiento sancionador. Informe no vinculante

El acto de apertura de información previa a un expediente sancionador, de conformidad con el Auto de 28 de septiembre de 1998, Ar. 9442, Sala Tercera, Sección Sexta, se configura como un acto de trámite, por lo que es insusceptible de recurso autónomo al no suponer “(...) el acuerdo de una medida que implique restricción de los derechos del recurrente o enjuiciamiento anticipado sobre la procedencia o improcedencia de una sanción o imposibilidad del ejercicio del derecho de defensa (...)” (FJ único).

A su vez, la propuesta de resolución en tales procedimientos sancionadores es calificada igualmente como un acto de trámite por lo que, de acuerdo a la **STS de 23 de octubre de 1998**, Ar. 9564, Sala Tercera, Sección Tercera, “(...) es un acto no susceptible de recurso porque es semejante al acto de acusación en los procesos penales; frente a este acto el interesado tiene derecho a defenderse a través del importante trámite de audiencia (...)”.

Igualmente se considera acto de trámite la ratificación de un acuerdo anterior por el que se solicita de los servicios municipales la elaboración de un informe sobre las características de determinados viales para su posible integración en el dominio público viario municipal, por la **STSJ de Cantabria de 14 de septiembre de 1998**, Ar. 3438, en la medida en que no decide sobre el fondo del asunto, la titularidad de dichos viales.

La **STS de 3 de diciembre de 1998**, Ar. 10030, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 1º), sostiene que el acto por el cual, en virtud del art. 18 de la Ley de Expropiación Forzosa, se abre período de información pública a fin de que los interesados aporten los datos oportunos para rectificar posibles errores en la relación provisional de los bienes o derechos a expropiar, es un acto de trámite, no impugnabile, en principio, puesto que difícilmente puede causar indefensión (art. 107.1 LRJPAC), porque el expediente expropiatorio aún no se ha iniciado legalmente, y sobre todo, porque precisamente la finalidad de este trámite está encaminada a evitar que pueda producirse una situación de tal naturaleza.

Del mismo modo, la **STS de 25 de enero de 1999**, Ar. 95, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 2º), declara que la Resolución de la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de las Palmas por la que se acuerda: “dictaminar en sentido favorable la petición de licencia de que se trata”, “(...) no dice nada, limitándose a evacuar un informe favorable para la resolución del acto final, lo que constituye (...) un manifiesto ‘acto de trámite’”. Y, por último, la **STS de 26 de enero de 1999**, Ar. 181, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 4º), también califica de “actos de mero trámite” aquellos que:

“(...) se limitan a acordar la incoación de sendos expedientes sancionadores por imputación de la infracción urbanística de construcción de viviendas sin licencia, y a nombrar las personas designadas como Instructor y Secretaria de esos expedientes, abriéndose así la posibilidad de los ulteriores trámites, hasta la resolución final (...)”, es más, es un “(...) acto prototipo de ellos que abre un expediente, posibilitando la realización de sucesivos actos, hasta su finalización, y que en modo alguno, decide el procedimiento, ni pone término al expediente ni hace imposible o impide su continuación, sino precisamente todo lo contrario (...)”.

D) Actos propios

La STS de 15 de enero de 1999, Ar. 269, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 4º), realiza un resumen de lo que se denomina “doctrina de los actos propios” en la jurisprudencia constitucional y en la del propio Tribunal Supremo:

“(…) En la STC 73/1988, de 21 de abril, se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después de un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos. El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (...) Un día antes de la fecha de esta sentencia se ha publicado en el BOE la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Uno de los artículos modificados es el 3, cuyo número 1, párrafo 2º, pasa a tener la siguiente redacción: ‘Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima’, expresándose en el apartado II de la exposición de motivos de la citada Ley lo siguiente: ‘En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también reconocido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente’ (...)”.

3. DISCRECIONALIDAD

A) Ejercicio de la potestad discrecional

La STS de 10 de diciembre de 1998, Ar. 10258, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 2º) coincidiendo plenamente con la jurisprudencia anterior de nuestro Alto Tribunal (por ejemplo, SSTs de 15 de junio de 1984, Ar. 3713 y de 7 de febrero de 1987, Ar. 2908) establece que:

“(…) la potestad discrecional aparece cuando la habilitación necesaria para el ejercicio de la potestad no está totalmente predeterminada, de suerte que la Administración, a la vista de las circunstancias objetivas concurrentes completa la voluntad de la norma habilitadora. Además, el ejercicio de la potestad discrecional exige que la Administración tenga capacidad de elección entre varias soluciones válidas por permitir las la norma jurídica. Y, en

todo caso, es necesario que la resolución que la Administración adopte con el ejercicio de la potestad discrecional, debe ser suficientemente motivada, porque, como dice la jurisprudencia, en los actos reglados, su contenido está completamente determinado en el ordenamiento jurídico; en cambio, en los actos en los que pueda hacerse uso de la potestad discrecional, es indispensable que la Administración, exprese clara y suficientemente el proceso lógico que le lleve a su decisión (...)."

B) La inclusión de un concepto indeterminado no significa que se otorgue a la Administración la capacidad para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso

La STS de 10 de noviembre de 1998, Ar. 9527, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 2º), reitera una consolidada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 19 de diciembre de 1995, Ar. 9422 y de 2 de enero de 1996, Ar.252, y declara que:

"(...) la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que aquélla viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados, y, en consecuencia, no se está, en el caso que nos ocupa (el otorgamiento de la exención de visado de residencia), ante una potestad discrecional sino ante el deber de otorgar la dispensa de visado por concurrir razones excepcionales (...)."

Del mismo modo, la STS de 9 de diciembre de 1998, Ar.10180, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 3º), establece , también con referencia a un supuesto de denegación de la exención de visado de residencia, que:

"(...) el carácter excepcional o no de las circunstancias en que se funda la solicitud de exención del visado debe ser considerado ponderando en cada caso las que concurran, con el fin de, examinándolas en conjunto, precisar si resulta de aplicación el concepto jurídico indeterminado (causa suficiente, razones excepcionales que justifiquen la dispensa) con que la Ley y el Reglamento (de Extranjería) integran su mandato. Para ello es menester prestar atención no sólo a los principios sentados por la doctrina de esta Sala, sino también a las apreciaciones realizadas en relación con los supuestos de hecho concretamente contemplados en cada asunto".

Ténganse también en cuenta las SSTS de 21 de diciembre de 1998, Ar. 374/1999, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 3º), y de 28 de diciembre de 1998, Ar. 375/1999, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 2º).

C) Examen de los elementos reglados del acto político

La STS de 3 de diciembre de 1998, Ar.10027, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 3º), afirma que la idea del control de los elementos reglados del acto político por sí sola no resulta

V. Actos, Procedimiento y Contratos

suficientemente sólida para asentar un control riguroso de los mismos, puesto que el legislador puede obviar ese control con sólo eliminar la regulación de los citados elementos. Del mismo modo, sigue exponiendo que no basta la existencia de un elemento reglado para que sin más pueda afirmarse que el acto es susceptible de control, sino que será necesario además que concurren otros elementos de conexión con el ámbito administrativo suficientemente relevantes que presuponga un control jurisdiccional, no político, por afectar a derechos de terceros, de tal manera que permitan controlar tal aspecto del acto político y otorguen a aquéllos un interés legítimo en la revocación del acto en cuestión. Esta interpretación jurisprudencial puede entenderse que ha sido la recogida por el art. 2.a) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Y, por último la mencionada sentencia entra a determinar cómo ha de efectuarse el control de los elementos reglados de los actos políticos, afirmando que:

“(…) la técnica de examen de los elementos reglados debe complementarse con otras tales como las de control del control de la discrecionalidad que nos enseña que debe prestarse especial atención a la motivación de las decisiones y a comprobar si concurre algún indicio de falta de razonabilidad en la decisión, y la técnica del control de los principios y valores constitucionales, reconociendo el carácter capital de los derechos fundamentales a los que deben sacrificarse, siempre que se dé el principio de proporcionalidad exigible, cualesquiera otros derechos (...)”.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

A) Los plazos de caducidad para iniciar determinados procedimientos pueden ser interrumpidos por causas ajenas a la voluntad del solicitante

Como afirma la STS de 14 de octubre de 1998, Ar. 8526, Sala Tercera, Sección Tercera, siguiendo la doctrina de las SSTs de 20 de julio de 1998, Ar. 6906 y de 25 de mayo de 1979, Ar. 1893, si bien los plazos de caducidad no admiten interrupciones, ello debe excepcionarse “(…) cuando se da una situación de fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los interesados, siempre que el procedimiento se haya iniciado dentro de plazo (...)”. En su virtud, considera correctamente realizada la petición de inscripción en el Registro de Aguas de aprovechamiento de aguas públicas bajo la cobertura de la Disposición Transitoria Primera. 2, de la Ley de Aguas aún cuando el interesado no ha aportado el Acta de notoriedad, puesto que el solicitante ha acreditado que la misma se está tramitando en ese momento.

B) El denunciante en un expediente disciplinario carece de legitimación. La denuncia realizada por agente de la autoridad incorpora una simple presunción *iuris tantum*

El TS reitera la línea jurisprudencial [cfr. Crónica de Jurisprudencia núm. 2, V.4.B); y núm. 3, V.4.B)] que desciende al caso concreto tratando de averiguar si el denunciante ostenta un verdadero interés legítimo que deba ser tutelado en un procedimiento sancionador,

en las SSTs de 9 de octubre de 1998, Ar. 8139, Sala Tercera, Sección Séptima (FJ 2º); 16 de octubre de 1998, Ar. 8144, Sala Tercera, Sección Séptima (FJ 3º).

Si la denuncia es efectuada por un agente de la autoridad, la misma tendrá valor probatorio de los hechos denunciados, según el art. 14 RD 320/1994, pero únicamente con carácter *iuris tantum*. Presunción que es destruida, según la STSJ de Navarra de 9 de octubre de 1998, Ar. 3727, por las afirmaciones del presunto perjudicado por la infracción así como por la distancia existente entre el agente y el lugar de la comisión de la infracción.

C) Posibilidad de incoar un único procedimiento sancionador ante la existencia de dos actas de inspección sin necesidad de dictar un acuerdo formal de acumulación

No es necesario dictar un acuerdo de acumulación ante la existencia de dos actas de inspección (una realizada de oficio y otra a consecuencia de denuncia de particular) si las mismas dan origen desde su inicio a un único procedimiento sancionador, según la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de octubre de 1998, Ar. 3707.

D) La Administración no puede inadmitir una solicitud de licencia de edificación si el proyecto carece del preceptivo visado, debiendo requerir previamente la subsanación de esa deficiencia

El visado del proyecto técnico incorporado a la solicitud de concesión de licencia de obras se configura por la jurisprudencia como presupuesto de admisibilidad de tales proyectos. Pero ello no supone que, ante su falta, la Administración municipal pueda inadmitir, sin más, la solicitud de licencia. Por el contrario, como señala la STSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 1998, Ar. 3436, Sala de Granada, éste “(...) es un requisito perfectamente subsanable, para lo cual deberá llevar a cabo la Administración un requerimiento expreso, abriendo así al administrado la posibilidad de corregir aquel olvido (...)” (FJ 3º).

E) No existe interés personal en un Alcalde que justifique su recusación por ser socio y administrador de una sociedad mercantil que no tiene la condición de interesada en el procedimiento

Como señala la STS de 6 de octubre de 1998, Ar. 7652, Sala Tercera, Sección Cuarta, no concurre la causa de recusación por tener interés personal en el asunto cuando el Alcalde es socio y administrador de una mercantil ajena al concreto procedimiento administrativo, pues el antiguo art. 20 LPA se “(...) refiere a Administrador de la Sociedad interesada y no obviamente de las que puedan tener relaciones comerciales con ésta (...)” (FJ 2º).

Por su parte, la STSJ de Andalucía de 19 de octubre de 1998, Ar. 3718, Sala de Granada, recuerda respecto de aquellos sujetos incurso en una causa de recusación que “(...) la sola intervención en una fase de asesoramiento, anterior a la decisoria, no tiene virtualidad suficiente para viciar la decisión de anulabilidad (...)”.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

F) La denegación de realizar determinadas pruebas propuestas por el interesado no supone en todo caso vulneración del art. 24 CE

El derecho a utilizar los medios de defensa pertinentes en el seno de un procedimiento administrativo, como afirma la STS de 6 de noviembre de 1998, Ar. 10239, Sala Tercera, Sección Tercera, reiterando una doctrina consolidada, “(...) no es un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas (...)” (FJ 7º). Por ello, la denegación de la práctica de determinadas pruebas no ha generado una situación de indefensión, máxime cuando el sujeto ha podido tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa exponer todos sus argumentos jurídicos y acreditar los hechos constitutivos de su pretensión con plenitud de medios de prueba. En este sentido, es procedente la denegación de la práctica de determinadas pruebas cuando los hechos están suficientemente acreditados en el expediente, como señala la STSJ de Murcia de 13 de octubre de 1998, Ar. 3711. Pero no cuando no se motiva el rechazo, STSJ de Andalucía de 3 de diciembre de 1998, Ar. 4699, Sala de Sevilla.

G) La competencia para resolver los procedimientos sancionadores en el ámbito local puede ser delegada por los Alcaldes en virtud de la Ley de Bases

La STS de 10 de noviembre de 1998, Ar. 9465, Sala Tercera, Sección Cuarta, en recurso de casación en interés de Ley afirma, en una interpretación conjunta de la LRJPAC (antes de la reforma realizada por la Ley 4/1999) y la LRBRL, la legalidad de la delegación de la potestad sancionadora efectuada por el Alcalde en sus Concejales. Y ello por que:

“(...) el art. 127 de la Ley 30/1992 no deroga lo dispuesto en el art. 21 de la Ley de Régimen Local, y por tanto en los supuestos de infracción de tráfico, podrán delegar los Alcaldes sus atribuciones al estar para ellos autorizados por la Ley de Bases de Régimen Local, art. 21, y ello, cual se ha visto, valorando, A) que la Ley 30/1992, en su Exposición de Motivos, autoriza una aplicación de sus preceptos que sea compatible con las previsiones de la Ley de Bases de Régimen Local, respetando con ello en buena medida el principio de vinculación negativa a que la doctrina se refiere, por razón de la garantía institucional que la Autonomía Local tiene (...), B) que la Ley de Bases tenía ya establecido un régimen propio, en la determinación del órgano sancionador, que era conforme a los principios generales que sobre órganos y competencia ha establecido la Ley 30/1992 (...), y que en su art. 21 es el propio Legislador el que autoriza la delegación de atribuciones en materia sancionadora a los Alcaldes, y C) que esta solución es la más conforme al principio de eficacia, que para todas las Administraciones incluida la Local dispone el art. 103 CE (...)” (FJ 8º).

H) La caducidad del procedimiento sancionador se produce sin necesidad de previa intimación del sujeto afectado

La STS de 5 de octubre de 1998, Ar. 7649, Sala Tercera, Sección Cuarta, reitera la doctrina contenida entre otras en las SSTS de 9 de febrero de 1998, Ar. 2195 y 28 de enero de 1997, Ar. 606; y afirma la innecesariedad de un previo requerimiento de intimación para que se produzca la caducidad del procedimiento sancionador iniciado bajo la cobertura de la LPA.

I) La falta de notificación de la propuesta de resolución en los procedimientos sancionadores genera una situación de indefensión

La falta de esa notificación constituye una violación del derecho constitucional de defensa, como señala la STSJ de Castilla y León de 20 de noviembre de 1998, Ar. 4400, Sala de Valladolid, puesto que “(...) hasta la propuesta de resolución no existe una imputación motivada de infracción alguna resultante de las actuaciones practicadas en el expediente administrativo (...)” (FJ 2º). En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 1998, Ar. 3431.

J) Imposibilidad de obtener licencias urbanísticas por silencio positivo si las mismas no son conformes al planeamiento urbanístico

La STS de 26 de octubre de 1998, Ar. 8118, Sala Tercera, Sección Quinta, aplica la doctrina según la cual es imposible obtener por silencio positivo licencias urbanísticas, aun cumplidos los presupuestos formales, si la solicitud no se adecua al ordenamiento urbanístico aplicable al terreno. Al efecto considera insuficiente que en el expediente administrativo figure un informe favorable del Arquitecto municipal, puesto que el mismo es “(...) insuficiente para valorar el conjunto de los aspectos técnicos y jurídicos que han de tenerse en cuenta para decidir sobre la solicitud presentada (...)” (FJ 3º). Ahora bien, la prueba fehaciente de que el proyecto de obra presentado en la solicitud de la licencia que es obtenida por silencio positivo es contrario a la normativa urbanística aplicable corresponde al Ayuntamiento, como recuerda la STS de 21 de octubre de 1998, Ar. 8444, Sala Tercera, Sección Quinta. Recogen igualmente la mencionada doctrina general, las STSJ de Valencia de 14 de octubre de 1998, Ar. 3722; STSJ de Galicia de 1 de octubre de 1998, Ar. 3577.

5. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**A) No basta para motivar un acto administrativo la simple referencia al precepto aplicable, si se omiten los hechos específicos o causas determinantes de la decisión**

La STSJ de Andalucía de 19 de octubre de 1998, Ar. 3718 (Sala de Granada), FJ 3º, en la misma línea jurisprudencial marcada por el TS, establece que:

“(...) la exigencia que establece el art. 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo 30/1992 (...) es correlativa a la necesidad de que se exterioricen las razones por las que se llega a la decisión administrativa, con objeto de facilitar su conocimiento por los interesados y la posterior defensa de sus derechos, de forma que la motivación conecta el acto a la legalidad, estableciéndose la conexión entre el acto y el ordenamiento y otorgándose así racionalidad a la actuación administrativa, facilitando la fiscalización del acto por los Tribunales, con la consiguiente garantía para el administrado. Ahora bien, la falta de motivación o la motivación defectuosa pueden constituir un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante, habiendo indicado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de abril de 1990 (...), que el deslinde de

V. Actos, Procedimiento y Contratos

ambos supuestos ‘se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa, y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado’ (...)”. Teniéndose en cuenta además que “(...) no basta para motivar un acto administrativo la simple referencia al precepto aplicable, aun cuando se transcriba literalmente, si se omiten los hechos específicos o causas determinantes de la decisión (...)”.

En el mismo sentido se expresa la STSJ de Asturias de 23 de octubre de 1998, Ar. 3715, FFJJ 3º y 4º, en lo referente a la motivación de la no renovación de una licencia de armas (acto discrecional) por variación del criterio del otorgamiento, al exigir que dicha motivación ha de ser objetiva y razonable, pues:

“(...) sólo de esta forma el administrado podrá combatir el cambio de interpretación efectuado por la Administración y los órganos judiciales conocer los datos que le permitirán resolver sobre la cuestión suscitada (...)”.

Del mismo tenor es la STSJ de Murcia de 11 de noviembre de 1998, Ar. 4368, FFJJ 1º y 2º. Ténganse también en cuenta además las SSTSJ de Madrid de 19 de octubre de 1998, Ar. 3680, FJ 2º y de la Comunidad Valenciana de 16 de octubre de 1998, Ar. 3725, FJ 4º.

6. ESTRUCTURA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) No cabe imponer en la licencia de edificación determinaciones ajenas al control de la legalidad urbanística

La STS de 9 de noviembre de 1998, Ar. 8007, Sala Tercera, Sección Quinta, afirma la imposibilidad de incluir en una licencia de edificación (conceptuada como un acto reglado) determinaciones ajenas al ámbito del control de la legalidad urbanística. Únicamente cabe incluir “(...) condiciones iuris, consecuencia de la estricta aplicación de obligaciones legales impuestas al administrado como requisito para la obtención de la autorización solicitada (...)”. Lo que no impide a la Administración incluir como cláusulas accesorias las determinaciones necesarias para compatibilizar la solicitud con la normativa aplicable cuando el particular no reúna los requisitos exigidos por ésta como alternativa a la denegación de la licencia, como se señala en la STS de 22 de octubre de 1998, Ar. 7686, Sala Tercera, Sección Quinta, respecto de una licencia de primera utilización.

7. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) La notificación se ha realizado correctamente aún cuando no consta en el aviso de recibo el parentesco o razón de permanencia en el domicilio del sujeto firmante de la notificación. Efectos del rehúse de la notificación efectuada por funcionario de correos

En la STS de 3 de noviembre de 1998, Ar. 7961, Sala Tercera, Sección Tercera, se considera correctamente efectuada la notificación a sujeto distinto al destinatario de la reso-

lución, aún cuando en el aviso de recibo no consta el parentesco o la razón de la permanencia en el domicilio del sujeto firmante. Y ello porque en el expediente administrativo se observa la absoluta coincidencia de la firma que consta en el aviso de recibo y en otro documento. En estas circunstancias, los Tribunales “(...) no pueden llegar a extremos de ritualismo tales que permitan desconocer la realidad de las cosas (...)” (FJ 2º), al haberse cumplido la finalidad perseguida por el art. 80.2 LPA. Además, si la notificación se ha realizado a persona distinta del interesado que se encuentra en el domicilio de éste, no cabe la alegación de que dicha tercera persona es desconocida, puesto que al interesado corresponde indagar la razón por la cual una persona (identificada) se encuentra en su domicilio y recoge notificaciones en su nombre, como indica la STSJ de Baleares de 23 de diciembre de 1998, Ar. 4609.

En cuanto al rehúse de la notificación practicada por correo, la STS de 11 de noviembre de 1998, Ar. 8479, Sala Tercera, Sección Cuarta, reitera el carácter restrictivo con el que ha de interpretarse la conducta del destinatario de la resolución, siempre y cuando la notificación esté correctamente realizada. Por ello, aún cuando efectivamente exista ese rehúse, si el aviso de recibo no está correctamente cumplimentado la notificación debe reputarse defectuosa. En sentido similar se pronuncia la STSJ de Andalucía de 10 de diciembre de 1998, Ar. 4701, Sala de Sevilla.

B) La caducidad postal no equivale al rehúse de la notificación

La simple caducidad postal, que se produce cuando el personal de correos se persona en el domicilio del destinatario y éste no se encuentra en el mismo, tras lo cual se deja un aviso otorgándose un plazo para retirar el efecto postal y cuya caducidad determina la devolución del efecto postal a su procedencia, no equivale al rehúse de la notificación. Como señala la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 1998, Ar. 4424:

“(...) en este procedimiento de entrega no queda constancia de la identidad de quien recibe el aviso ni de si ha sido recibido por el destinatario dentro de plazo, pues, en casos de ausencia, se ha podido producir el regreso una vez vencido el plazo para retirar de Correos la notificación. Así pues, no teniendo las mismas garantías la actividad postal en caso de negativa del destinatario a recibir la notificación y la falta de retirada de la misma de la oficina de Correos, tampoco puede tener la misma transcendencia jurídica por lo que sólo en el primer caso se puede tener por hecha la notificación (...)” (FJ 3º).

C) La ejecución subsidiaria sólo puede comprender aquellas obras concretas cuya realización había sido impuesta al sujeto obligado. Debe concederse un plazo razonable para poder cumplir voluntariamente la obligación impuesta

Las obras que pueden ser ejecutadas subsidiariamente por la Administración, cuyo importe por tanto puede ser exigido al sujeto obligado, como recuerda la STS de 12 de noviem-

V. Actos, Procedimiento y Contratos

bre de 1998, Ar. 8009, Sala Tercera, Sección Quinta, sólo pueden ser aquellas a las que hubiese sido previamente requerido, mediante la correspondiente resolución debidamente notificada, el sujeto obligado. Y el coste de esas obras ejecutadas subsidiariamente debe ser notificado al sujeto obligado con carácter previo a la notificación de la resolución que requiera su pago, con el fin de que pueda ser discutido, STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 1998, Ar. 4608; y STSJ de Extremadura de 15 de octubre de 1998, Ar. 3608.

En todo caso, la resolución que impone una obligación al sujeto destinatario y que fundamenta, en su caso, la procedencia de la ejecución subsidiaria, debe otorgar a éste un plazo razonable para cumplir voluntariamente la obligación impuesta. La STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 1998, Ar. 4608, considera insuficiente e irrazonable un plazo de 48 horas para proceder a la limpieza y desinfección de una vivienda.

8. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) El vicio de motivación del acto administrativo provocará la nulidad cuando el interesado se vea privado de los medios de defensa necesarios para impugnar la actuación de la Administración

La STS de 7 de octubre de 1998, Ar.9585, Sala Tercera, Sección Cuarta, (FJ 3º), en plena consonancia con la doctrina jurisprudencial mayoritaria, declara que:

“(…) el vicio de motivación en el acto administrativo (...) se haya en definitiva orientado para causar la nulidad del acto, a que el interesado se vea privado de los medios de defensa necesarios para impugnar la actuación de la Administración, cuya situación no se origina cuando es el propio interesado (...) quien alega en su escrito de reposición la causa de la resolución administrativa impugnada y ello, sin discrepancia alguna por parte de la Administración demandada en cuanto al hecho determinante de su actuación (...)”.

B) La ausencia de trámite de audiencia en un procedimiento administrativo sancionador provoca la nulidad de pleno derecho de la sanción

La STS de 23 de octubre de 1998, Ar. 9564, Sala Tercera, Sección Tercera (FJ 4º), establece que la propuesta de resolución del procedimiento sancionador es un acto no susceptible de recurso puesto que frente a él el interesado tiene derecho a defenderse a través del importante trámite de audiencia:

“(…) importancia que queda expresada al exigirlo el art. 105.c) CE; todavía hay que añadir que este trámite viene también amparado por el art. 24 CE. Y es que al principio de que nadie debe ser condenado sin ser oído, debe añadirse que el trámite de audiencia del interesado es la esencia del derecho de defensa contemplada ésta en términos jurídicos, que no debe faltar nunca –salvo en el supuesto previsto en el art. 19.2 del Real Decreto 1398/1993–, porque se produce una vez formulada la propuesta de resolución del procedimiento sancionador con propuesta de sanción. Esta conexión entre el trámite de audiencia del interesado y el derecho de defensa queda recogido en el art. 135 de la LRJPAC y en el art. 19.1 del Real

Decreto 1398/1993; y garantizado por la Constitución (...). Tanto por la jurisprudencia como por la doctrina científica ha sido calificado dicho trámite de esencial, de suerte que si se prescinde del mismo, el acto administrativo sancionador, de producirse, es nulo (...).

C) Nulidad de pleno derecho de los actos por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido

La STS de 21 de julio de 1998, Ar.7524, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 2º) expone que la nulidad de pleno derecho de un acto por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido:

“(...) exige desde luego la prescindencia total y absoluta de los trámites establecidos legalmente para conformar la voluntad administrativa y garantizar los derechos de los ciudadanos interesados, en tanto que la mera anulabilidad por defectos formales sólo se produce cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados (...)”.

En el mismo sentido téngase en cuenta la STS de 22 de septiembre de 1998, Ar. 7528, Sala Tercera, Sección Sexta (FFJJ 3º, 4º y 5º). En esta línea la STS de 5 de noviembre de 1998, Ar. 8124, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 4º), establece que la ausencia del informe del Secretario del Ayuntamiento:

“(...) nunca hubiera dado lugar a la nulidad de pleno derecho [en virtud del art. 62.1.e) LRJPAC, antiguo art. 47.c) LPA] (...), sino lo más a una nulidad relativa del art. 48 LPA (hoy art. 63 LRJPAC), mas siempre que hubiera privado al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o hubiera producido indefensión (...)”.

Pero a pesar de todo lo anteriormente expuesto hay que señalar que en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal también nos encontramos con sentencias como la de 21 de julio de 1998, Ar. 7524, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 2º), en las que se sostiene que la exigencia del art. 62.1.e) LRJPAC:

“(...) se puede estimar integrada, no sólo cuando se prescinda total y absolutamente del procedimiento, sino cuando aun existiendo procedimiento y trámites se omitan los esenciales, aquellos que delimitan el conjunto de derechos y deberes de los interesados y de los posibles afectados, y esa condición ciertamente que tiene la no aprobación ni existencia de las bases que habían de regir el concurso (...)”.

Del mismo tenor es la STS de 2 de diciembre de 1998, Ar.10266, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 2º), la cual parte de entender que la causa de nulidad comprendida en el art. 62.1.e) LRJPAC supone:

“(...) la nulidad radical de los actos emanados de la Administración cuando no solamente se omiten trámites esenciales en el expediente que sirve de fundamento a una resolución,

V. Actos, Procedimiento y Contratos

sino que se acusa la falta del expediente mismo, ya que ello supone prescindir total y absolutamente de las formalidades exigibles para llegar a la conclusión decisoria”.

Por último, téngase también en cuenta la STS de 29 de enero de 1999, Ar. 363, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 6°).

D) Nulidad de pleno derecho por vulneración de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados

La STS de 26 de octubre de 1998, Ar. 8212, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 2°) declara nulo de pleno derecho un acto de un órgano colegiado por vulneración de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, al ser convocada y presidida la sesión “(...) con las esenciales funciones que a la presidencia atribuyen los indicados preceptos de la Ley de Procedimiento, por quien no era ya su presidente (...)”.

E) La desviación de poder se produce si la Administración ejerce sus potestades torcidamente y de manera contraria e incompatible con el interés general

La STS de 6 de julio de 1998, Ar. 7601, Sala Tercera, Sección Cuarta (FJ 4°) reitera la doctrina del TS al señalar que “ (...) la desviación de poder, como vicio invalidante del acto administrativo, supone que la Administración ejercita sus potestades incumpliendo el fin que a la Administración le señala el ordenamiento jurídico. El ejercicio desviado de las potestades administrativas, debe aparecer objetivado por la prueba (...)”. Por su parte, la STS de 20 de noviembre de 1998, Ar. 256, 1999, Sala Tercera, Sección Séptima (FJ 3°), precisa los requisitos que deben concurrir para la apreciación de desviación de poder:

“(…) 1) Es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador; 2) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a derecho; 3) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre la existencia de desviación de poder, pero tampoco puede fundarse su apreciación en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable (...)”.

Asimismo, téngase también en cuenta las SSTS de 23 de octubre de 1998, Ar. 7997, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 1°), y de 29 de enero de 1999, Ar. 362, Sala Tercera, Sección Quinta (FFJJ 3° y 4°), en las que se aprecia la existencia de desviación de poder.

F) No cabe la convalidación de los actos nulos de pleno derecho

Así lo expresa la STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 372, 1999, Sala Tercera, Sección Sexta (FJ 5°), indicando que sólo los actos anulables pueden ser convalidados mediante la subsanación de los vicios de que adoleciesen (art. 67 LRJPAC).

9. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Circunstancias que han de concurrir para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho

La STS de 16 de noviembre de 1998, Ar. 8127, Sala Tercera, Sección Quinta (FJ 2º), realiza un exhaustivo resumen de la doctrina del TS en orden a las circunstancias que se requieren para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho:

“(…) 1) que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas, o transcripciones de documentos; 2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; 3) que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables; 4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos; 5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su aplicación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica); 6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y 7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)”.

Ténganse en cuenta también las SSTSJ de Asturias de 27 de octubre de 1998, Ar. 3717, FFJJ 1º y 2º, y de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 1998, Ar. 3597, FJ 5º.

B) En la declaración de lesividad, aparte de ésta, se exige la constatación de alguna infracción del ordenamiento jurídico

Así lo establece la STS de 10 de noviembre de 1998, Ar. 525, 1999, Sala Tercera, Sección Séptima (FJ 1º).

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.

A) Capacidad del contratista. Incompatibilidad entre la condición de presidente de la sociedad adjudicataria y la pertenencia al órgano que resolvió el concurso. B) Clasificación. Las facultades para autorizar la contratación con empresa no clasificada corresponden, en el ámbito local, al Pleno de la Entidad. Necesidad de justificar la excepcionalidad. C) La clasificación es un requisito indispensable en los contratos de obra, cuya carencia comporta la incapacidad para contratar. Tratándose de una UTE, ese requisito es exigible a todas ellas.

3. Procedimiento de contratación y formas de adjudicación. A) Concurso: necesidad de motivar la adjudicación. 4. Régimen jurídico de los contratos administrativos.

A) Prerogativas de la Administración. a) Facultad de modificación. La modificación por la Administración de cualquiera de las estipulaciones del contrato ha de ser expresa. B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero. a) Revisión de precios. Imprudencia de aplicarla a determinados conceptos que no figuraban en el Pliego Particular. El precedente no vincula. C) Ejecución de los contratos. a) Indemnización al contratista en caso de incumplimiento de la Administración abarca todo género de daños y perjuicios que indebidamente se irroguen a aquél. b) Intereses de demora: intimación no exigible porque la mora se produce *ex lege*. c) El *dies a quo* para el devengo de intereses es el siguiente a la expiración del plazo de tres meses que tiene la Administración para abonar las certificaciones. d) El *dies a quo* para el devengo de intereses sobre los intereses es el de la interposición del recurso contencioso-administrativo. D) Extinción de los contratos. a) Cumplimiento de los contratos típicos. –Los contratos no obligan a lo meramente pactado sino también a todo aquello que se deriva de la buena fe y de la naturaleza del contrato. b) Resolución de los contratos. –Para la resolución de un contrato administrativo no es necesaria una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento. –El Dictamen del Consejo de Estado en la resolución de los contratos celebrados por la Administración local no constituye vicio esencial de procedimiento por ser la adjudicación anterior a la LBRL.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica incluye una selección de sentencias del Tribunal Supremo y de diversos Tribunales Superiores de Justicia, correspondientes al último trimestre de 1998. Ninguna de ellas destaca especialmente por la novedad de su doctrina, sino que en conjunto marcan una línea de continuidad con los planteamientos jurisprudenciales sobre cuestiones concretas de la contratación pública. Como es habitual, predominan los litigios en que se ventila la procedencia de indemnización o el abono de intereses de demora. Hay, sin embargo, consideraciones interesantes sobre las diferencias entre la contratación administrativa y la civil en determinados aspectos (mora *ex lege* para el abono de intereses y resolución por incumplimiento del contratista).

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad del contratista. Incompatibilidad entre la condición de presidente de la sociedad adjudicataria y la pertenencia al órgano que resolvió el concurso

Así lo declara la STS de 25 de febrero de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7955, porque el presidente de la sociedad a la que se otorgó por concurso un permiso de investigación minera, era a la vez Director General de Energía del Departamento de Industria y Energía, en el que se integraba el órgano que resolvió el concurso. La sentencia declara que la incompatibilidad es aplicable, aunque dicha persona no haya sido accionista de la entidad ni recibido retribución de ella y aunque los órganos encargados de la resolución sean otros (FJ 3°).

B) Clasificación. Las facultades para autorizar la contratación con empresa no clasificada corresponden, en el ámbito local, al Pleno de la Entidad. Necesidad de justificar la excepcionalidad

La STS de 10 de diciembre de 1998, Ar. 9721, Sala Tercera, Sección Quinta, sostiene que la competencia para autorizar, al amparo del art. 285 RCE, contratos de obra con empresas que aún no han obtenido la correspondiente clasificación, corresponde al órgano de contratación de la entidad local y no al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (FJ 3°). Sin embargo, no basta la autorización por el citado órgano, sino que es necesario acreditar que se han observado los presupuestos materiales y formales que justifican el empleo de esa posibilidad excepcional, sin que, desde el punto de vista material, baste que la mejor oferta económica sea la de la entidad no clasificada (FJ 4°).

V. Actos, Procedimiento y Contratos

C) La clasificación es un requisito indispensable en los contratos de obra, cuya carencia comporta la incapacidad para contratar. Tratándose de una UTE, ese requisito es exigible a todas ellas

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 1998, Ar. 4215, se apoya en la doctrina de la STS de 30 de noviembre de 1992, que reproduce, con la conclusión de nulidad de la adjudicación en favor de empresa no clasificada, “sin que constituya óbice suficiente la circunstancia de haber formulado la correspondiente petición de clasificación antes de efectuarse la publicación de la convocatoria del concurso” (FJ 2º). Asimismo, citando la STS de 27 de febrero de 1996, afirma que, en el caso de agrupaciones temporales de empresarios, “todos los requisitos de capacidad jurídica y de obrar han de ser exigidos específicamente a cada empresario”, entre ellos el de la clasificación (FJ 3º).

3. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso: necesidad de motivar la adjudicación

La STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1998, Ar. 3585, al resolver un recurso basado en la supuesta aplicación indebida de los criterios de valoración establecidos en el pliego, lo estima por insuficiente motivación, que en un concurso es:

“de todo punto inexcusable” para evitar que “más allá de la discrecionalidad administrativa y técnica que esta forma de adjudicación comporta, en la valoración conjunta de los factores incluidos en el baremo, la indeterminación y falta de concreción en la valoración ocasione una actuación no conforme con los principios de imparcialidad estricta y de interdicción de la arbitrariedad” (FJ 2º).

No obstante, la sentencia rechaza la pretensión de que se acuerde la adjudicación del contrato a favor del recurrente, porque lo impide la “falta de automatismo propia de la forma de adjudicación aplicada”, de modo que lo procedente es efectuar una nueva valoración conforme a las bases del concurso (FJ 3º).

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) Prerogativas de la Administración

a) Facultad de modificación. La modificación por la Administración de cualquiera de las estipulaciones del contrato ha de ser expresa

Así lo establece la STSJ de Murcia de 28 de octubre de 1998, Ar. 3588, en la que el Tribunal entendió prorrogado un contrato anual en un supuesto en el que, a pesar de haber existido una novación administrativa del plazo con la finalidad de anticipar su expiración, no fue modificada la cláusula que establecía que el contrato se prorrogaba automáticamente si antes del vencimiento, en el plazo de tres meses, no se denunciaba.

B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero**a) Revisión de precios. Improcedencia de aplicarla a determinados conceptos que no figuraban en el Pliego Particular. El precedente no vincula**

En la STSJ de Navarra de 19 de octubre de 1998 (Ar. 3616), se declara conforme a derecho que el Ayuntamiento no incluyera en la revisión de precios de un contrato de “Servicio de limpieza urbana” determinados conceptos agrupados bajo el Capítulo de “Varios” al considerar que no se trataba de un parámetro susceptible de revisión debido a que no se integraba en ninguno de los conceptos contemplados en el Pliego de Condiciones económico-administrativas del concurso. El Tribunal llega a esta conclusión, a pesar de que, a juicio del particular, la Administración faltara al principio de buena fe y a la doctrina de los actos propios toda vez que el Ayuntamiento, al proceder a la revisión de precios en años anteriores, sí había admitido el capítulo de “Varios” como categoría revisable en sí misma, autónoma e independiente. El Tribunal sale al paso de esa posible objeción, afirmando que esta actuación administrativa precedente:

“(…) en absoluto, vincula para lo sucesivo a dicha Administración, que en todo caso y por encima de su irregular actuar precedente se halla sometida a la legalidad, debiendo servir con objetividad a los intereses generales, como prescribe el art. 103.1 de la Constitución Española, siendo parte de aquélla, en lo que a la ejecución y cumplimiento del contrato administrativo que nos atañe, el pliego de condiciones económico-administrativas, antes referido” (FJ 3º).

No obstante, el rigor de esta solución queda atemperado debido a que el Tribunal también reconoció que algunos de los gastos previstos en ese capítulo de “Varios” sí eran revisables en la medida que formaban parte de los parámetros que, con carácter de *numerus apertus* recogía el Pliego de condiciones.

C) Ejecución de los contratos**a) Indemnización al contratista en caso de incumplimiento de la Administración abarca todo género de daños y perjuicios que indebidamente se irroguen a aquél**

Así lo declara la STS de 21 de octubre de 1998, Ar. 8654, Sala Tercera, Sección Séptima, reproduciendo la doctrina de la STS de 1 de marzo de 1990, según la cual la obligación de indemnizar al contratista en caso de incumplimiento de la Administración abarca “todo género de daños y perjuicios que indebidamente se irroguen a aquél”, entre ellos los gastos de mantenimiento de la fianza (aval, en el caso) por mayor tiempo del contractualmente establecido (FJ 2º).

b) Intereses de demora: intimación no exigible porque la mora se produce *ex lege*

La STS de 16 de octubre de 1998, Ar. 8142, Sala Tercera, Sección Séptima, reitera la doctrina de que la intimación es un requisito meramente formal, por lo que no es aplicable

V. Actos, Procedimiento y Contratos

lo establecido en el art. 1110 del Código Civil (FJ 2º). En el mismo sentido se pronuncia otra STS de la misma fecha, Sala Tercera, y Sección Séptima, Ar. 8143 (FJ 3º).

c) El **dies a quo** para el devengo de intereses es el siguiente a la expiración del plazo de tres meses que tiene la Administración para abonar las certificaciones

La segunda STS de 16 de octubre de 1998, Ar. 8143, de la misma Sala y Sección, que se acaba de citar, tras señalar las vacilaciones de la jurisprudencia sobre esta cuestión (la fecha de referencia para el devengo de los intereses por demora en el pago de las certificaciones de obra), se pronuncia por el criterio reseñado, como postura más reciente, citando una larga serie de sentencias.

d) El **dies a quo** para el devengo de intereses sobre los intereses es el de la interposición del recurso contencioso-administrativo

Así lo declara la STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 1998, Ar. 4254, invocando reiterada doctrina jurisprudencial (con cita de SSTs), por aplicación de lo dispuesto en el art. 1109 del Código Civil. Como este precepto establece que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, de él deriva “que no pueda señalarse como fecha inicial de su devengo la de su reclamación a la Administración (...) sino la de la interposición del recurso contencioso-administrativo” (FJ 6º).

D) Extinción de los contratos

a) Cumplimiento de los contratos típicos

– Los contratos no obligan a lo meramente pactado sino también a todo aquello que se deriva de la buena fe y de la naturaleza del contrato

La STSJ de Extremadura de 30 de octubre de 1998 (Ar. 3702), en orden al alcance del cumplimiento de los contratos administrativos, declara que (FJ 2º):

“Es un principio general del derecho, recogido literalmente para la materia contractual por el art. 1258 del Código Civil y aplicable al caso que nos ocupa también por disposición del art. 4.3 del Código Civil, que los contratos no obligan a lo meramente pactado sino también a todo aquello que se deriva de la buena fe y de la naturaleza del contrato.”

Esta doctrina, aplicada al objeto contractual del que conoce el Tribunal, un servicio de transporte y ambulancia mediante helicóptero para enlace entre hospitales, se traduce en que su naturaleza exige que su cumplimiento quede asegurado de forma solvente desde el inicio de la prestación, de modo que la misma se lleve a cabo de la forma más adecuada y rigurosa.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-la Mancha, en Sentencia de 5 de octubre de 1998 (Ar. 3798), declara que la Administración, en concreto la Dirección

General del Insalud, está obligada al pago de la ejecución de un contrato de suministro, al considerar que es extemporánea la oposición al pago basada en las deficiencias del material suministrado, y porque, en todo caso, esta alegación carece del mínimo respaldo probatorio.

b) Resolución de los contratos

– Para la resolución de un contrato administrativo no es necesaria una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento

El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en Sentencia de 30 de octubre de 1998 (Ar. 3702), se basa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (se citan las SSTs de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985 (Ar. 2837 y Ar. 5607), y 29 de enero de 1981 (Ar. 4005), 11 de octubre de 1982 (Ar. 5551), y 17 de marzo de 1993 (Ar. 2289), en virtud de la cual se sostiene que “para la aplicación del art. 1124 del Código Civil no se precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes y del fin normal del Contrato”. Con base en ella el Tribunal Superior elabora su propia doctrina sobre la aplicación de las categorías civiles, en concreto sobre incumplimiento y resolución de los contratos, a la contratación administrativa (FJ 4º):

“(…) pero es que en el contrato administrativo interviene el principio de interés público que modula el contenido contractual y determina que las categorías contractuales no sean *mutatis mutandi* aplicables de modo automático en el ámbito civil y administrativo. Por ello no es preciso que el incumplimiento sea tan flagrante como en el ámbito civil para que la Administración pueda resolver el contrato, ya que consideraciones de interés público pueden condicionar el mejor desenvolvimiento de la actividad administrativa al margen del contrato y que es preponderante frente a cualesquiera otras consideraciones”.

– El Dictamen del Consejo de Estado en la resolución de los contratos celebrados por la Administración local no constituye vicio esencial de procedimiento por ser la adjudicación anterior a la LBRL

En la STS de 13 de octubre de 1998 (Ar. 7988), se consideró que la omisión del dictamen del Consejo de Estado no constituyó un vicio esencial del procedimiento al tratarse de un contrato adjudicado el 2 de junio de 1984, al que no resultaba de aplicación el art. 48 de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, ni el art. 114.3 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 18 de abril de 1986. El Tribunal argumentó asimismo que esta obligación no se extraía de manera evidente del art. 111.3 del Texto Articulado parcial aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre.

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH
JULIA ORTEGA BERNARDO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración local. A) Contenido de la autonomía local. a) Suspensión de actos de las Corporaciones locales. b) Control de los actos de las Corporaciones locales: una norma autonómica reglamentaria no puede disminuir el plazo de remisión de actos y acuerdos ni imponer la remisión de datos que la LBRL sólo permite solicitar por vía de ampliación de la información. B) Competencias locales. a) Ejercicio de acciones judiciales: falta de legitimación activa. C) Organización municipal. a) Modificación ilegal del Reglamento orgánico del Ayuntamiento. No puede omitirse preceptos impuestos por la normativa básica. D) Servicios de las Corporaciones Locales. a) Suministro de energía eléctrica a Ayuntamiento: no es posible interrumpir el suministro por impago de las cuotas. b) La potestad tarifaria corresponde a la entidad que presta el servicio público. **3. Colegios profesionales y titulaciones.** A) Elaboración de proyectos de obras que supongan variación de la configuración arquitectónica: competencia de los arquitectos superiores. B) El principio de reserva de ley previsto en el art. 36 de la CE no es aplicable a la creación de título de técnico de estética personal decorativa, que, por tanto, puede regularse por norma reglamentaria. No es preceptiva la audiencia al Colegio Profesional correspondiente. C) Los reglamentos ejecutivos de otros reglamentos no precisan dictamen del Consejo de Estado: establecimiento de título de técnico superior de dietética. D) Necesidad de informe previo razonado para homologar diploma militar como título universitario.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en este último trimestre hemos seleccionado algunas que introducen algún matiz interpretativo interesante, o que reiteran doctrina importante, sobre el alcance de la autonomía local, la organización local, la delimitación de competencias entre arquitectos técnicos y superiores, y el régimen jurídico de las titulaciones.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Contenido de la autonomía local

a) Suspensión de actos de las Corporaciones locales

La STC 11/1999, de 11 de febrero, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en relación a determinados preceptos de la Ley 3/1987, de 8 de abril, del Principado de Asturias, sobre Disciplina Urbanística. El origen del planteamiento de la cuestión se encuentra en una Resolución de 31 de octubre de 1988 del Consejero de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda del Principado de Asturias que decreta, en base a los arts. 6, 7.4 y 14 de la citada Ley 3/1987, la suspensión de unas obras y usos urbanísticos realizados al amparo de una licencia municipal que la Comunidad Autónoma considera nula de pleno derecho.

El Tribunal Constitucional declara que el art.6 de la citada Ley asturiana es inconstitucional en tanto que posibilita la

“asunción de competencias municipales por la Administración autonómica cuando la Corporación local no suspenda los actos de edificación y uso del suelo realizados al amparo de una sedicente licencia nula de pleno derecho, pues esa apreciación y, en su caso, declaración de nulidad –presupuesto habilitante– se configura como un control de legalidad ejercido por una Administración ajena con el consiguiente debilitamiento de la autonomía municipal” (FJ 4º).

En definitiva, el art. 6 de la citada Ley 3/1987, del Principado de Asturias es contrario a lo dispuesto en los arts.137 y 149.1.18 CE en relación con los arts. 65 y 66 de la LBRL, que “regulan la impugnación de actos y Acuerdos y Corporaciones por parte de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y establecen que la suspensión sólo es potestad de los Tribunales. Queda así suprimida toda potestad de suspender de las autoridades administrativas y gubernativas (salvo la que se confiere al Delegado del Gobierno en el art. 67). Ahora bien, ejercitada por el legislador estatal la opción política a favor de una regulación claramente favorable a la autonomía en materia de suspensión de Acuerdos, la norma correspondiente ha de calificarse de básica, también en sentido material por cuanto tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las Corporaciones locales en todo el territorio nacional, sea cual sea la comunidad autónoma en que estén localizadas, lo que resulta plenamente congruente con la garantía institucional del art. 137 de la Constitución, garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos”, según la STC 213/1988, FJ 2º, y, en el mismo sentido, la STC 27/1987, FJ 9º. El Tribunal concluye señalando en la STC 11/1999 que “los arts. 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local pueden ser invocados legítimamente no sólo como ejercicio de la competencia normativa básica estatal derivada de los arts. 149.1.6 y 18 CE (STC

VI. Organización Administrativa

214/1989, FJ 23º), sino también como expresión de una legítima opción legislativa estatal ampliadora del ámbito de la autonomía local (STC 213/1988)”.

El Tribunal considera que la declaración de inconstitucionalidad no se extiende al supuesto de sustitución de la entidad local para el caso de actos de edificación y uso del suelo realizados sin licencia, previsto también en el art. 6 de la citada Ley 3/1987, puesto que esta sustitución está regulada en el art. 60 de la LBRL para el caso de pasividad en el cumplimiento de las obligaciones que la Ley imponga a una entidad local.

b) Control de los actos de las Corporaciones locales: una norma autonómica reglamentaria no puede disminuir el plazo de remisión de actos y acuerdos ni imponer la remisión de datos que la LBRL sólo permite solicitar por vía de ampliación de la información

La STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 12 de noviembre de 1998, Ar. 8126, confirma la Sentencia apelada declarando que los arts. 1 y 2 del Decreto 148/1990, de 3 de septiembre, de la Generalidad Valenciana sobre control de los actos y acuerdos de las entidades locales en materia de urbanismo, violan preceptos de la LBRL, concretamente los art. 56.1 y 64 de la citada Ley estatal.

El art. 1 del Decreto al exigir la remisión “no sólo de la copia o extracto del acto o acuerdo, sino un plano de emplazamiento, una expresión gráfica o escrita de las características de la edificación y de la parcela, y copias de los informes técnicos y jurídicos previstos” (FJ 4º). La Sala considera que esta carga excede de la impuesta en el art. 56.1 de la LBRL, por lo que el precepto que la contiene debe ser anulado.

El art.2 del citado Decreto debe ser igualmente anulado puesto que otorga un plazo de 6 días para que el Ayuntamiento, una vez requerido, notifique el acto con toda la documentación señalada en el art.1, de suerte que, a juicio de la Sala, “el señalamiento de ese plazo de 6 días viola el art. 64 de la Ley 7/1985, que establece un plazo de 20 días para que el Ayuntamiento pueda contestar a la petición de ampliación” (FJ 4º).

Reitera esta doctrina la STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 23 de diciembre de 1998, Ar. 10119.

B) Competencias locales

a) Ejercicio de acciones judiciales: falta de legitimación activa

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 20 de octubre de 1998, Ar.8211, confirma el Auto apelado en el que se inadmite un recurso contencioso-administrativo del Ayuntamiento de Carrión de los Céspedes por falta de legitimación activa, puesto que el acuerdo para emprender acciones judiciales no fue adoptado por el Pleno de la Corporación como establece el art. 22.2.j) LBRL, sino que éste delegó en la Comisión de Gobierno que, a su vez,

adoptó “un acuerdo indeterminado y general (...) ratificando al Alcalde en la facultad de ejercitar acciones judiciales”. La Sala considera que ese acuerdo, además de ser una delegación de otra delegación lo que determina su inmediata ilegalidad, no cumple las formalidades legalmente establecidas. En consecuencia, confirma la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa.

C) Organización municipal

a) Modificación ilegal del Reglamento orgánico del Ayuntamiento. No puede omitirse preceptos impuestos por la normativa básica

La STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 6 de noviembre de 1998, Ar. 8933, declara la nulidad de la modificación de determinados artículos del Reglamento Orgánico municipal del Ayuntamiento de Calvia. La modificación es contraria a la normativa básica estatal ya que se han suprimido aquellos preceptos que desarrollaba el art. 92.3 LBRL en cuanto a las atribuciones y competencias del Secretario e Interventor en la preparación de los asuntos a incluir en las sesiones del Pleno, la asistencia técnica al Alcalde y la emisión de informes.

D) Servicios de las Corporaciones locales

a) Suministro de energía eléctrica a Ayuntamiento: no es posible interrumpir el suministro por impago de las cuotas

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 4 de noviembre de 1998, Ar. 10237, estima el recurso de apelación interpuesto declarando que no puede interrumpirse el suministro de energía eléctrica imprescindible para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua potable cuya titularidad está en manos del Ayuntamiento de Aguas de Busot. En este sentido considera aplicable el art. 56 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales,

“porque es procedente afirmar que, por la relevancia que tiene el interés general, no cabe sostener que por atraso en el pago de suministro de la energía eléctrica consumida, se produzca un ejercicio abusivo de la prerrogativa contenida en el citado artículo 56 RCCL, ya que la Administración no puede ser privada de un medio indispensable para el cumplimiento de sus fines, ni siquiera por deudas contraídas con quien, por gestionar un servicio público, se encuentra obligado a prestarlo” (FJ 3°).

b) La potestad tarifaria corresponde a la entidad que presta el servicio público

La STS, Sala Tercera, Sección Segunda, de 12 de noviembre de 1998, Ar. 10200, confirma la Sentencia apelada al señalar que la potestad tarifaria corresponde al Ayuntamiento

VI. Organización Administrativa

gestor directo o concedente, y en el caso de autos a la Mancomunidad municipal, respecto del servicio público de abastecimiento de agua. En este sentido, la Sala afirma que:

“el ejercicio de la potestad tarifaria implica que la Mancomunidad es la competente para acordar la revisión de las tarifas, y tener en cuenta las circunstancias particulares de CIPARSA –ahora, el apelante– y, por tanto esta competencia concreta no podía ser ejercida por la Junta de Andalucía, ni directamente, ni por subrogación o sustitución de la Mancomunidad, si ésta decidió, como ocurrió en el caso de autos, no revisar las tarifas, respecto de la situación concreta planteada por CIPARSA” (FJ 3º).

Finalmente, la Sala concluye señalando que a la Junta de Andalucía le corresponde sólo la potestad de control de los precios por ella autorizados, en aplicación del art. 107.1 del TRRL.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y TITULACIONES

A) Elaboración de proyectos de obras que supongan variación de la configuración arquitectónica: competencia de los arquitectos superiores

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 17 de noviembre de 1998, Ar. 7968, viene a incidir en el tema relativo al deslinde de competencias entre Arquitectos Superiores y los Arquitectos Técnicos en orden a la elaboración de Proyectos de Obras.

Se trata de determinar cuál de los dos profesionales son competentes para la redacción de un proyecto de obra que tiene por objeto la reforma interior de una casa, cambiando un forjado y realización de una nueva distribución.

La variación en la configuración arquitectónica no sólo en el aspecto formal o externo como en el intrínseco o sustancial y ello unido a las actuaciones sobre las estructuras, significa que la competencia para la redacción de este tipo de proyectos se atribuye a los Arquitectos Superiores.

B) El principio de reserva de ley previsto en el art. 36 de la CE no es aplicable a la creación de título de técnico de estética personal decorativa, que, por tanto, puede regularse por norma reglamentaria. No es preceptiva la audiencia al Colegio Profesional correspondiente

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 10 de diciembre de 1998, Ar. 9954, viene a reconocer que aún admitiendo la indudable relación existente entre el título académico y el ejercicio de una profesión, ello no impide reconocer la independencia que debe presidir la regulación de uno y otro.

El Real Decreto 630/1995, de 21 de abril, que crea el título de técnico de Estética Personal Decorativa, no regula una profesión, sino que va dirigido a proporcionar la capacidad profesional necesaria para el ejercicio de actividades profesionales, no encontrándonos en el supuesto contemplado en el art. 36 de la CE referido al ejercicio de profesiones tituladas, sino en el de los estudios para la obtención de un determinado título que no está sustraído al campo de la potestad reglamentaria. Al no procederse a la regulación del ejercicio de profesiones tituladas, no es exigible que la ordenación que lleva a cabo, tenga lugar mediante normas con rango de Ley.

Se mantiene en esta Sentencia la doctrina recogida en innumerables Sentencias del TS que han tenido como objeto pretensiones de nulidades de Reales Decretos que establecían títulos de Técnico Superior correspondientes a estudios de formación profesional y las correspondientes enseñanzas mínimas.

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 11 de septiembre de 1998, Ar. 9942, y relativa, asimismo, a la creación del título anteriormente citado, reitera la doctrina instalada por las SSTS de fecha 16 de mayo y 14 de diciembre de 1972, al establecer que la participación de las entidades, que por Ley ostenten la representación o defensa de los intereses de carácter general o corporativo afectados, será necesaria y preceptiva cuando fuera necesaria o conveniente a los intereses contenidos en la disposición general.

En el caso estudiado y al no poderse confundir el Título Universitario con el Título de Técnico obtenido tras los estudios de Formación Profesional, no se consideró necesario el informe del Colegio Profesional recurrente (Colegio de Podólogos de Cataluña).

C) Los reglamentos ejecutivos de otros reglamentos no precisan dictamen del Consejo de Estado: establecimiento de título de técnico superior de dietética

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 26 de noviembre de 1998, Ar. 9950, considera que no es conforme a Derecho el solicitar la nulidad de los Decretos recurridos por haberse prescindido del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, poniendo de relieve el Tribunal Supremo que no todos los reglamentos ejecutivos deben de ser sometidos a dictamen del Consejo de Estado, sino aquellos que ejecutan las leyes de forma directa o inmediata, no siendo preciso el dictamen de dicho Órgano Asesor para reglamentos ejecutivos de otros reglamentos, es decir, reglamentos que no necesitan de una *legis interpositio* por encontrar su fuerza habilitante inmediata en otro reglamento y no en la Ley.

Por otra parte, la Sala establece que el título de Formación Profesional de Técnico Superior en Dietética no pretende abarcar la totalidad de estudios que puedan afectar al campo de la Dietética, pretendiendo regular el derecho a obtener un título de formación profesional que se adquiere por la superación de enseñanzas específicas que se establecen y organizan como inherentes a determinadas especialidades profesionales y por ello no infringe la Constitución Española.

VI. Organización Administrativa

E) Necesidad de informe previo razonado para homologar diploma militar como título universitario

La STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 6 de octubre de 1998, Ar. 9055, estima la demanda interpuesta por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía contra el art. 3 del Real Decreto 1954/1994, de 30 de septiembre, sobre homologación del título Militar de Diplomado de Geodesia Militar a los del Catálogo de títulos Universitarios oficiales.

El Tribunal Supremo considera que el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de acomodarse al procedimiento que establecían los arts. 129 y ss. de la anterior, Ley de Procedimiento Administrativo.

La Ley Procedimental administrativa exige que en la elaboración de disposiciones generales se observen trámites específicos de carácter formal que si son indispensables y no se observan por parte del Órgano Administrativo que ejerce la potestad reglamentaria se produce como efecto la nulidad de la disposición que se impugne o de alguno de sus preceptos.

La Sentencia estudiada consolida un criterio jurisprudencial que parte de la STS, Sala Tercera, de 18 de junio de 1993, en donde se señala que la falta de estudios e informes previos no determina la nulidad de pleno derecho de la disposición afectada, salvo en el supuesto excepcional de que su omisión se revele como trascendente tras un examen teleológico de la disposición afectada. Se consolida, asimismo, el criterio doctrinal científico en virtud del cual corresponde al Tribunal el enjuiciar y valorar individualmente todos los trámites, particularmente aquellos que puedan tener o tengan por sí relevancia.

En el expediente administrativo analizado por la Sentencia, si bien existe informe de la Secretaría General Técnica –cuya omisión según reiterada jurisprudencia es insubsanable y produce la nulidad de la disposición reglamentaria estudiada– el informe no contiene ninguna razón sobre la homologación proyectada que constituye la esencia determinante de la decisión administrativa.

El artículo 3 del RD 1954/1994, de 30 de septiembre, impugnado, lo que trata es de dar efectos universitarios a un título que no tiene ese origen, siendo imposible decidir por el Tribunal sobre la equivalencia entre las enseñanzas del sistema educativo general y la enseñanza militar si el expediente se encuentra incompleto a falta del informe razonado de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia relativo a la homologación.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ
EVA NIETO GARRIDO
EVA DESDENTADO DAROCA

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. 2. Reserva de ley. A) Reserva de Ley y Ordenanzas locales. B) Reserva de Ley, normas sancionadoras en blanco y normas colegiales. **3. Elementos subjetivos de las infracciones.** A) Falta de voluntariedad o de culpabilidad por supuesta fuerza mayor. B) Falta de culpabilidad por interpretación errónea pero razonable de normas. C) Personas responsables, culpabilidad y personalidad de las sanciones. **4. Una o varias infracciones y sanciones. La infracción continuada. 5. Competencia sancionadora.** A) Competencia territorial. B) Imparcialidad de los órganos que intervienen en el procedimiento sancionador. C) Separación entre instructor y sancionador. D) Identificación, firma y actuación real del órgano competente. **6. Procedimiento sancionador.** A) Actuaciones previas. B) Iniciación del expediente, pliego de cargos y propuesta de resolución. C) Modificación de la acusación o sólo de la extensión de la sanción. **7. Prueba y presunción de inocencia.** A) La presunción de inocencia incluye la presunción de falta de negligencia. B) Consecuencias de la indebida inadmisión de prueba. C) Valor de actas u otros documentos del personal administrativo. D) Práctica de prueba testifical y participación del imputado. E) Vinculación a los hechos y calificación de las sentencias de la jurisdicción social. F) Motivación de la resolución sancionadora. **8. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) *Dies a quo* e infracciones continuadas. B) Interrupción del cómputo del plazo.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

Para la depuración del concepto de sanción es relevante la STSJ de Navarra de 5 de noviembre de 1998 (Ar. 4151), que se enfrenta con un supuesto en el que, según el Tribunal, una potestad no sancionadora fue ejercida con finalidad punitiva. Se recurría el cese en el destino de dos Guardias Civiles por unas supuestas necesidades de servicio. Sin embargo, en el expediente consta que los dos Guardias eran sospechosos de tener con-

tactos con los dueños de clubes de alterne. Como no era fácil probarlo, se optó por el cese en el destino motivado en necesidades del servicio. Según la sentencia se causó indefensión a los recurrentes “por haber sido sancionados, de hecho o de forma encubierta, con la pérdida de su destino y ello se ha llevado a cabo sin seguirse los trámites establecidos”. O sea, se da al acto el carácter de sanción aunque formalmente no se presentaba como tal. De todas formas, y aun admitiendo que hubiera una desviación de poder, es discutible que se pretendiera castigar y no simplemente proteger el interés público.

Por el contrario, no se considera sanción la revocación del permiso de armas por desaparición de las circunstancias que justificaron su otorgamiento, aunque se adopte como “medida accesoria de la multa” (STS, Sección Sexta, de 24 de octubre de 1998, Ar. 8848); ni el acuerdo de desahucio administrativo de las viviendas de protección oficial por no dedicarlas a vivienda habitual (STS, Sección Tercera, de 13 de octubre de 1998, Ar.7639); ni el que impone reparar los defectos de tales viviendas (STS, Sección Tercera, de 6 de octubre de 1998, Ar.7734); ni tienen normalmente esa naturaleza, sino “resarcitoria”, los intereses de demora frente a la Administración (STS, Sección Segunda, de 14 de octubre de 1998, Ar. 8387); ni la liquidación administrativa por fraude en el suministro de energía eléctrica (STS, Sección Tercera, de 6 de octubre de 1998, Ar. 8522); ni la imposición de medidas de control a una entidad aseguradora (STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 1998, Ar. 4237).

2. RESERVA DE LEY

A) Reserva de Ley y Ordenanzas locales

Es de gran interés la STS, Sección Segunda, de 16 de julio de 1998 (Ar. 8381). Se impugnaba la Ordenanza de Madrid reguladora del Estacionamiento de Vehículos por “tipificar infracciones e imponer sanciones sin cobertura legal”. La sentencia de instancia rechazó esta alegación porque “se estiman suficientes el art. 4.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, así como las normas atributivas de competencia contenidas en los arts. 21.1.k) del texto antedicho y 59 del Texto Refundido de 18 de abril de 1986”. La STS primero rechaza la reserva de Ley para regular la utilización del dominio público con esta argumentación: “A poco que se conozca la historia de la vida local española, han de recordarse las tradicionales Ordenanzas sobre utilización de las vías públicas por caballerías y carruajes, las de prohibición de arrojar aguas residuales, y tantas otras que han impregnado el costumbrismo español; la tesis del recurrente nos llevaría absurdamente a exigir una ley para regular el uso más elemental y cotidiano de las vías públicas”. Y ya enfrentándose con la vulneración de la reserva de Ley del art. 25 CE, afirma:

“Estamos en las mismas. La tipificación de las infracciones viene determinada genéricamente por la transgresión de las disposiciones de la Ordenanza reguladora del

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Estacionamiento de Vehículos, siendo a todas luces innecesario que la Ley de Régimen Local tenga que descender a la tipificación de todas y cada una de las posibles infracciones de todas las Ordenanzas Municipales. El art. 4.1.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, citada, dispone que ‘corresponde en todo caso a los Municipios: (...) las potestades de ejecución forzosa y sancionadora’ y el art. 21.1.k) de dicha Ley precisa que corresponde al Alcalde: ‘(...) Sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las Ordenanzas Municipales, salvo en los casos en que tal facultad esté atribuida a otros órganos’; y, por último, el art. 59 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprobó las disposiciones legales en materia de Régimen Local, dispone: ‘las multas por infracción de Ordenanza no podrán exceder, salvo previsión legal distinta, de 25.000 pesetas en municipios de más de 500.000 habitantes’ (...)”.

Como la sanción prevista en la norma local no superaba esa cuantía, se admite la legalidad de la tipificación de infracciones por la Ordenanza. Sobre cuestiones muy similares se pronuncian, sin embargo, en sentido contrario, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de septiembre de 1998 (Ar. 3342) y la STSJ de Castilla y León/Burgos de 9 de noviembre de 1998 (Ar. 4136).

B) Reserva de Ley, normas sancionadoras en blanco y normas colegiales

La STS, Sección Cuarta, de 15 de septiembre de 1998, (Ar. 7030) sintetiza así la jurisprudencia sobre admisión de normas sancionadoras en blanco:

“La validez de la integración de las normas sancionadoras en blanco se halla circunscrita a que el reenvío sea expreso, que la norma en blanco contenga el núcleo esencial de la prohibición estando directamente relacionado con él la norma que cumple la función de integración y que se halle justificado en razón al bien jurídico protegido por una u otra y que con ello se satisfaga la necesaria exigencia de certeza para que la conducta calificada de infractora quede suficientemente precisada salvaguardando la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación disciplinariamente conminada (SSTC 127/1990 y 93/1992).”

En concreto, la norma que completa a la sancionadora en blanco puede ser una norma deontológica, pues “las normas deontológicas de las profesiones aprobadas por los Colegios Profesionales no son simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario, pues tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados y responden a potestades públicas que la ley delega en favor de dichos Colegios (...)”. Con estos argumentos, y algún otro complementario nada claro ni pertinente, el Tribunal llega a la conclusión, opuesta a lo declarado por la sentencia de instancia, de que la norma colegial que considera falta leve “el incumplimiento de los preceptos legales y reglamentarios que no entrañen perjuicio material y moral para la colectividad” no vulnera ni tan siquiera el principio de tipicidad.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES

A) Falta de voluntariedad o de culpabilidad por supuesta fuerza mayor

Para la STS, Sección Cuarta, de 5 de noviembre de 1998 (Ar. 8218) hay culpa en una infracción por falta de peso comprobada en 967 pastillas de turrón pese a deberse a la avería de la máquina cortadora, lo que supondría –según la sancionada– que no había voluntariedad sino fuerza mayor. Según la sentencia, “una vez producida la avería, la empresa no actuó con la debida diligencia para paralizar el proceso de acabado final del producto” de manera que “aun admitiendo que la avería se produjese de modo fortuito, parece obvio que la puesta en circulación de las unidades del producto se debió a falta de diligencia”. También en la STS de 4 de julio de 1998, Sección Sexta (Ar. 6822), se confirma la sanción impuesta por exceso de velocidad pese a que el conductor alegaba que estaba roto el velocímetro y no sabía que había superado la permitida: “aunque fuese cierta la avería que hubiera inutilizado el marcador de velocidad (...) tal exceso (...) era perfectamente constatable para el conductor con independencia de que se reflejase o no en el mecanismo (...)”.

B) Falta de culpabilidad por interpretación errónea pero razonable de normas

La STS de 3 de octubre de 1998 (Ar. 7893) reitera que cuando el infractor se ha basado en una interpretación razonable de las normas no es responsable, pero matiza:

“Este elemento de la ‘interpretación razonable de la norma’ [que ahora se recoge en el art. 77.4.d) de la LGT] es fruto de una aportación doctrinal constante, que había venido exigiendo –y lo sigue haciendo– que en materia de sanciones se eliminaran los supuestos en que la dificultad de interpretación de una norma fiscal condujera a declaraciones inexactas o erróneas.

Con diversas denominaciones ‘discrepancia razonable sobre la aplicación de normas tributarias’ en la Sentencia de 9 de junio de 1993 (Ar. 4569), ‘complejidad hermenéutica de las relaciones jurídicas existentes’ en la de 6 de marzo de 1997 (Ar. 1780) la jurisprudencia, en efecto, había suprimido del ámbito sancionador las conductas ilícitas de los sujetos pasivos ocasionadas por tal circunstancia, pues así lo demandaba la aplicación de los principios penales de culpabilidad, tras pasados al Derecho sancionador.

Mas, como no puede ser menos, la exoneración no puede fundarse en la mera alegación de la dificultad de una norma, sino en la constatación objetiva de que la dificultad existe, derivada de que la norma admite diversas interpretaciones y todas ellas razonables (...)”.

En el caso concreto, como quiera que había “claridad de los preceptos” procede la sanción y se “hace inane la predicada buena fe cuya existencia, por otra parte, es indiferente a efectos sancionadores, salvo para graduar el alcance de la sanción”. En parecida línea,

VII. Derecho Administrativo Sancionador

SSTS, Sección Segunda, de 7 y 24 de octubre de 1989 (Ar. 8385 y 7935) y del TSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 1998 (Ar. 1629). Naturalmente, si no basta para eximirse de responsabilidad cualquier interpretación, menos aún es suficiente, como regla general, alegar un desconocimiento de la normativa. Ilustrativa es la STSJ Asturias de 18 de septiembre de 1998 (Ar. 1278), donde el recurrente alegaba inexistencia de culpa en su actuación, ya que creía que no había habido ninguna modificación en el tipo de IVA aplicable. Sin embargo, “del expediente se aprecia cuando menos una conducta negligente, ya que el que se dedica a una actividad económica debe preocuparse de conocer los derechos y obligaciones que conlleva su actuación, no pudiendo alegarse ignorancia de los hechos ante obligaciones que no ofrecen ninguna dificultad como es el caso de saber el tipo aplicable en el caso de autos”.

C) Personas responsables, culpabilidad y personalidad de las sanciones

En aplicación de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, se impusieron diversas sanciones, individualizadas para cada sujeto, a una Sociedad, a su Presidente y Consejero Delegado, así como a los vocales y secretario de su Consejo de Administración. Estos últimos alegaron que los actos sancionados no son del Consejo sino “propios de la esfera del Consejero Delegado o de la Dirección” y que, por tanto, no se les podía hacer responsables. La sentencia del STS, Sección Tercera, de 23 de septiembre de 1998 (Ar. 8170) rechaza la alegación:

“El art. 15 de la Ley 26/1988 señala, que quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves, cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente. Su posición activa, en unos casos, y omitiva en otros, pone de manifiesto su culpabilidad, pues al ser el Consejo Rector el órgano supremo gestor de la entidad, no puede alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que le vienen impuestas de forma expresa por una Ley; máxime si se tienen presente los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que es presumible deben poseer los altos cargos, a los que les es exigible un deber de vigilancia, control e inspección sobre los medios personales, materiales y técnicos con que cuenta la entidad que dirigen y que han de ejercitar personalmente (...)”.

La STS, Sección Segunda, de 5 de noviembre de 1998, (Ar. 7945), después de recordar que no hay infracción sancionable sin dolo o culpa, se enfrenta a la alegación de una sociedad sancionada según la cual la infracción tributaria que había cometido se debía a la “mala gestión de sus directivos” que incluso fueron “cesados por tal motivo”. Pero eso no exime a la entidad:

“La culpabilidad de tales directivos es ostensible y evidente, bien a título de dolo o de grave negligencia, pero la misma ha de ser trasladada a la propia empresa mercantil en la que prestaban sus servicios. Aunque la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido tradicionalmente cuestionada se ha venido admitiendo, sin embargo, su responsabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador (y así se ha plasmado en el art. 77.3 de LGT, cuando exista como mínimo, algún título o motivo de imputación, basado, al

menos, en las teorías de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*). Por ello, haciendo abstracción de las acciones que competan a la empresa contra sus directivos, aquélla, como obligada a la declaración y al pago de las cantidades respercutidas del IVA o retenidas del IRPF, resulta responsable de la infracción cometida.”

Tiene interés la STSJ de Madrid de 2 de octubre de 1998 (Ar. 3594). Se había sancionado al Director de un Centro de Reconocimiento de Conductores por la ausencia del oftalmólogo. El recurrente entiende que la sanción no debe imponérsele a él sino al oftalmólogo ausente. En contra, el Tribunal afirma que el Director “es responsable frente a la Administración del buen funcionamiento del mismo y del cumplimiento de la normativa (...). Se constituye como una obligación del Director del Centro la vigilancia de que éste se encuentra atendido en todo momento por los facultativos adecuados, respondiendo en caso contrario por culpa *in vigilando*.”

4. UNA O VARIAS INFRACCIONES Y SANCIONES. LA INFRACCIÓN CONTINUADA

La STS, Sección Sexta, de 24 de octubre de 1998 (Ar. 8849) intenta conceptuar la infracción continuada para establecer los supuestos en que debe recaer una única sanción. Los hechos eran los siguientes: se sancionó a una misma entidad con dos multas por dos infracciones de juego; la sentencia de instancia anuló una de las multas porque consideró que los hechos sancionados eran constitutivos de una única infracción continuada. La Administración recurrió al entender que no se daban las condiciones de una infracción continuada, ya que “los hechos ocurrieron en localidades y fechas diferentes y fueron ejecutados por distintas personas”. El TS confirma la sentencia con esta fundamentación:

“Esta tesis, expuesta por la Sala de primera instancia, se sustenta en la tradicional y muy conocida doctrina del denominado delito continuado, sin que, obviamente, pueda exigirse (...) la unidad de acción, porque su genuina naturaleza se halla en su pluralidad, mientras que el sujeto activo o el pasivo puede ser singular o plural, de manera que cabe el delito continuado con diferentes autores y con diversos perjudicados (...). Son, pues, requisitos o condiciones de la infracción, para que pueda calificarse de continuada (...) a saber: la pluralidad de acciones, que obedecen a un mismo propósito, y su tipificación en idéntico precepto, que tampoco cabe confundir con la infracción continuada (*sic*) o permanente, la cual consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos.”

Próxima a esta doctrina se encuentra la STS, Sección Cuarta, de 3 de noviembre de 1998 (Ar. 8215): la Administración entendió que una empresa había cometido dos infracciones por no tener las medidas de protección en huecos, por una parte, y aberturas de paredes, por otra, imponiendo sendas sanciones. Frente a ello, para la sentencia “se trata de una sola infracción, pues no es que en un sitio se aprecie la existencia de falta de protección de una abertura en una pared y en otro la falta de protección de un hueco de un

VII. Derecho Administrativo Sancionador

pero, sino que la falta de protección se aprecia en toda una planta, y por tanto es procedente valorar sólo una infracción que cubre a los dos elementos –paredes y huecos– faltos de protección, si bien teniendo en cuenta esa circunstancia a los efectos de graduar la sanción (...)”. También es significativa la STSJ de Madrid de 19 de octubre de 1998:

“(…) los hechos imputados a la recurrente en la venta de sus productos (...), por los que la Administración apreció la existencia de siete infracciones y a consecuencia de ello impuso siete sanciones (...) han de entenderse como una sola conducta por parte del infractor si bien continuada en el tiempo, siendo artificiosa la calificación que realiza la Administración según los productos y distinguiendo entre los diferentes objetos pues lo que se sanciona es una conducta única de la recurrente (la omisión de los datos mínimos en el etiquetado y la no consignación de las instrucciones de los productos en el idioma oficial español), si bien, lógicamente, exteriorizada en una sucesión diversa de actos, pues, de seguirse hasta sus últimas consecuencias la tesis de la Administración nos llevaría, incluso, a imponer tantas sanciones, no ya como cada clase de productos de igual o similar forma vendidos, sino por cada producto en concreto, llegándose al absurdo de cientos de sanciones (...) Por consiguiente (...), ha de entenderse que los hechos imputados constituyen tan sólo dos infracciones (...)”.

5. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Competencia territorial

En la STSJ de Andalucía/Granada, de 21 de septiembre de 1998 (Ar. 3434) se considera competente a la Comunidad en cuyo territorio se localiza la infracción. Se había sancionado por fraude en la composición de ciertos objetos. Según la sancionada no compete a la Junta de Andalucía la imposición de esta sanción porque su domicilio social está en Valencia. Se rechaza este argumento “pues el hecho originario de la infracción se comete en la Comunidad Autónoma andaluza”.

B) Imparcialidad de los órganos que intervienen en el procedimiento sancionador

De la STC 14/1999, de 22 de febrero, importa recoger su respuesta a la invocación de parcialidad del órgano instructor del expediente:

“(…) el Instructor es una persona vinculada a la Administración pública correspondiente por una relación de servicio y, por tanto, dentro siempre de una línea jerárquica (...). Por eso, la mera condición de funcionario inserto en una esquema necesariamente jerárquico no puede ser, por sí misma, una causa de pérdida de la objetividad constitucionalmente requerida (...) Lo que del Instructor cabe reclamar, ex arts. 24 y 103 CE, no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen la jurisdicción, sino que actúe con objetividad, (...), es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal”.

C) Separación entre instructor y sancionador

Sintetizando jurisprudencia del TC, el ATS, Sección Primera, de 11 de septiembre de 1998 (Ar. 8887), afirma que “por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre la instrucción y la resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales”.

D) Identificación, firma y actuación real del órgano competente

Reiterando una jurisprudencia de la que ya hemos dado cuenta en crónicas anteriores, la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 1998 (Ar. 3442) anula la resolución de un recurso contra una sanción de tráfico que el Tribunal considera inexistente, pues:

“en el expediente no consta que se dictara por el órgano competente resolución sancionadora alguna; lo único que aparece es la cédula de notificación de esa supuesta resolución, aportada precisamente por el actor con el escrito en el que se interponía recurso ordinario, en la que se hace constar que la autoridad sancionadora de la provincia (sin identificar de qué autoridad en concreto se trata) ha dictado la resolución que seguidamente se transcribe (...).

Todo ello puede ser expresivo de un cierto automatismo burocrático que se materializa en una serie de actuaciones puramente mecánicas y rutinarias de los trámites esenciales del procedimiento sancionador que, finalmente, culmina en una dejación de la potestad sancionadora, potestad que a la postre y en su materialidad, viene a ser ejercida por el agente que denuncia los hechos –que se mantienen inalterables– o bien, por el funcionario o funcionarios encargados de la tramitación del expediente, pero sin una participación efectiva y eficaz en la resolución de la autoridad o del órgano que (...) que tiene atribuida esa potestad sancionadora que, en definitiva, no se ejercita adecuadamente y con las garantías mínimas exigidas”.

En el mismo sentido, la STSJ Canarias/Las Palmas, de 5 de octubre de 1998, Ar. 3605, y similar la STSJ de Navarra de 25 de noviembre de 1998, Ar. 4244.

6. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**A) Actuaciones previas**

Según la STSJ de Madrid de 2 de octubre de 1998 (Ar. 3594) carece de relevancia y no impide valorar sus resultados en un posterior procedimiento sancionador que el imputado no estuviera presente al realizarse la inspección. Similar doctrina late en la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de noviembre de 1998 (Ar. 4402) para la que “ningún precepto impone la entrega inmediata de la denuncia o la posibilidad de realizar alegaciones en el acto mismo de formularse” por los agentes que detectaron la superación de la hora de cierre del establecimiento.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) Iniciación del expediente, pliego de cargos y propuesta de resolución

En la STC 3/1999, de 26 de enero, aunque se reconoce que el acuerdo de incoación no concretaba los hechos ni la infracción que constituía su objeto y sólo hacía una vaga referencia a la conducta del demandante, “no se aprecia una indefensión con relevancia constitucional” porque tal indeterminación inicial se superó inmediatamente en el pliego de cargos que permitió un “conocimiento tempestivo y completo de la imputación”.

Según la STSJ de Baleares de 23 de diciembre de 1998, (Ar. 4609), la falta de indicación en el pliego de cargos de la posibilidad de presentar alegaciones y pruebas de descargo “es susceptible de motivar la nulidad procedimental toda vez que afecta de raíz al derecho de audiencia del interesado (...), sin que la simple remisión a preceptos legales sea suficiente como para tener cumplimentado el trámite”.

Entiende la STSJ Castilla y León/Valladolid, de 20 de noviembre de 1998, (Ar. 4400), que la omisión del trámite de la propuesta de resolución constituye una violación del derecho constitucional de defensa, consagrado en el art. 24.1 CE que implica la nulidad del acto recurrido, sin que este trámite “pueda entenderse sustituido por el que se concedió al notificarse la incoación del expediente, toda vez que hasta la propuesta de resolución no existe una imputación motivada de infracción resultante de las actuaciones practicadas en el expediente”, más aún, cuando en la propuesta de resolución se amplía la inicial imputación de infracción notificada en el acuerdo de iniciación. Igualmente, STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 1998, (Ar. 3431).

C) Modificación de la acusación o sólo de la extensión de la sanción

Explica la STS, Sección Tercera, de 23 de septiembre de 1998, (Ar. 8170) que no hay vicio por el hecho de que, al resolver, se imponga una sanción más grave que la propuesta por los mismos hechos de los que se acusaba desde el principio: “no era exigible abrir una nueva fase de alegaciones del inculpado, exigencia que sólo procede cuando el órgano competente para resolver estima que la infracción resulta de mayor gravedad, más no cuando considera que procede una sanción distinta de la recogida en la propuesta de resolución pero en todo caso prevista por la Ley como una de las varias aplicables a una misma clase de infracción”. En cambio, sí hay un vicio invalidante cuando se cambian sustancialmente los hechos (STS, Sección Quinta, de 28 de octubre de 1998, Ar. 8120).

7. PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La presunción de inocencia incluye la presunción de falta de negligencia

Así se desprende de la STS, Sección Segunda, de 5 de noviembre de 1998, (Ar. 7945). La resolución administrativa impugnada decía: “no queda debidamente probada la falta de imprudencia o de una simple negligencia que eximieran de cualquier responsabilidad en el orden tributario”. La sentencia considera que esa “aseveración es contraria al

principio de presunción de inocencia previsto en el art. 24.2 de la Constitución (...); no es el interesado quien ha de probar la falta de culpabilidad, sino que ha de ser la Administración sancionadora la que demuestre la ausencia de diligencia”.

B) Consecuencias de la indebida inadmisión de prueba

La **STC 14/1999, de 22 de febrero**, recuerda que “no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, pues el dato relevante es que la inadmisión (...) haya supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa”. Más rigurosamente, la **STSJ de Andalucía/Sevilla de 3 de diciembre de 1998**, (Ar. 4699), anula la sanción porque no se motivó la inadmisibilidad de las pruebas propuestas por el infractor, sin que se mencione si se causó indefensión.

C) Valor de actas u otros documentos del personal administrativo

Las **SSTS, Sección Cuarta, de 14 y 22 de septiembre, 5 y 6 de octubre, 14 de septiembre de 1998**, (Ar. 6914, 7188, 7690, 7692, 6913) reiteran y sintetizan la jurisprudencia sobre los límites y requisitos del valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo y de los controladores laborales. La **STSJ de Canarias/Las Palmas de 4 de septiembre de 1998**, (Ar. 3383) hace lo mismo respecto de las actas de inspecciones turísticas y la **STSJ de Extremadura de 24 de noviembre de 1998**, (Ar. 4413) para las de consumo. Pero más interés tienen las **SSTSJ de Extremadura de 20 de octubre de 1998**, (Ar. 3609), de **Castilla y León/Valladolid de 24 de noviembre de 1998**, (Ar. 4402) y de **Madrid de 13 de noviembre de 1998**, (Ar. 4421) que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1992, exigen, si el inculpado niega los hechos, la ratificación de la denuncia por parte de los agentes. Si no se hizo así, la resolución sancionadora carece de base probatoria bastante y debe ser anulada si la denuncia era la única prueba de cargo.

D) Práctica de prueba testifical y participación del imputado

La **STC 14/1999, de 22 de febrero**, no cree vulnerado el derecho de defensa por el hecho de que el Instructor, antes de formular el pliego de cargos, tomase declaraciones testificales sin la asistencia del recurrente; tal alegación parte:

“de la mimética aplicación en la fase de investigación de las garantías de contradicción exigibles en el acto de juicio oral, para después trasladar esta errónea conclusión al procedimiento administrativo sancionador. Tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal traen a colación nuestra doctrina jurisprudencial relativa, en su caso, a las garantías de defensa que

VII. Derecho Administrativo Sancionador

por decisión legislativa han de observarse en el proceso de investigación por delito (...), como a las exigencias de contradicción que constitucionalmente ha de reunir una declaración testifical para desvirtuar la presunción de inocencia (STC 64/1994). Mas no cabe olvidar que las declaraciones testificales de que aquí se habla se produjeron en la fase previa a la formulación del pliego de cargos, cuando aun no estaba ni tan siquiera concretada la imputación inicial. No estamos, por ello, ni ante pruebas que hayan servido para fundar la decisión sancionadora, por cuanto hubo después plena posibilidad de contradecirlas y aún de reiterarlas, ni ante un proceso penal en el que, *ex lege*, se exige la comunicación de la imputación tan pronto como éste se formule”.

Tampoco la **STC 3/1999, de 26 de enero**, aprecia indefensión material por la falta de participación del sancionado en las iniciales declaraciones testificales.

E) Vinculación a los hechos y calificación de las sentencias de la jurisdicción social

Se recurría una sanción por no dar de alta a una trabajadora en la Seguridad Social. El recurrente negaba la existencia de la relación laboral pese a que una sentencia del orden social la declaraba existente. Pero la **STS, Sección Cuarta, de 6 de julio de 1998 (Ar. 6770)** la confirma:

“(...) reconocida por la jurisdicción laboral la existencia de la relación laboral, el salario percibido por la trabajadora y su antigüedad, no puede desconocerse en este orden jurisdiccional (...) dicha decisión. No se trata de poner en tela de juicio la proclamada independencia entre dichos órdenes, sino que, aun así, la declaración de laboralidad de la relación ha de hacerse por esta jurisdicción con el carácter prejudicial previsto en el artículo 4 LJCA cuando, como ocurre en el supuesto que nos ocupa, aquel dato es preciso para revisar la sanción impuesta (...). Se da, por tanto, la vinculación positiva a lo resuelto por el Juzgado de lo Social, pues es reiterada la Jurisprudencia (según la cual) deben tenerse en cuenta los hechos probados y los fundamentos jurídicos de la sentencia dictada por la Jurisdicción Social”.

En el mismo sentido, **STS, de igual Sección, de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 6924)**.

F) Motivación de la resolución sancionadora

Debe ser especialmente motivada la elección de la sanción procedente, sobre todo si no se opta por imponerla en su extensión mínima, según reiteran numerosas sentencias que conectan esta exigencia con el principio de proporcionalidad; entre ellas, las siguientes: **STSJ de Madrid de 14 de octubre de 1998 (Ar. 3679)**, **STSJ de Navarra de 16 de octubre de 1998 (Ar. 3726)**, **STSJ de Andalucía/Granada de 21 de septiembre de 1998 (Ar. 3434)**, **STSJ de Murcia de 13 de octubre de 1998 (Ar. 3711)** y la **STSJ Navarra de 18 de septiembre de 1998 (Ar. 3453)** que, en concreto, aclara que “no puede tenerse por motivación o fundamentación bastante la estereotipada expresión ‘habida cuenta de la gravedad de la infracción’ (...)”.

8. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) *Dies a quo* e infracciones continuadas

Cuando se trata de una infracción que se ha continuado realizando no empieza siquiera a contarse el plazo de prescripción (STS, Sección Tercera, de 26 de octubre de 1998, Ar. 7643); lo mismo ocurre si no ha llegado a terminarse la actuación urbanizadora en que consistía la infracción (STS, Sección Quinta, de 30 de octubre de 1998, Ar. 8001).

B) Interrupción del cómputo del plazo

El intento de notificación del acuerdo de iniciación de un expediente sancionador, devuelto por encontrarse ausente su destinatario, pero realizado con todas las garantías y en el domicilio de aquél, interrumpe el plazo de prescripción (STSJ de Andalucía/Granada de 3 de noviembre de 1998, Ar. 4251; parcialmente en contra, STSJ de Murcia de 20 de noviembre de 1998, Ar. 4142).

El plazo de prescripción no corre mientras se tramita el recurso administrativo impuesto contra la resolución sancionadora (STSJ Navarra de 18 de septiembre de 1998, Ar. 3453; STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 1998, Ar. 4240, STSJ de Baleares de 25 de noviembre de 1998, Ar. 4248, y STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 1998, Ar. 4412).

La suspensión del procedimiento provocada por la iniciación de actuaciones penales “no puede operar la prescripción por no ser esta paralización imputable a la Administración” (STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 1998, Ar. 3865).

MANUEL REBOLLO PUIG

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:**1. Consideración preliminar. 2. Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial.**

A) Anulación de expediente expropiatorio por vía de hecho: improcedencia de acudir al instituto reversional en sede indemnizatoria al tratarse de un supuesto de responsabilidad patrimonial. **3. Causa y objeto de la expropiación.** A) Declaración de utilidad pública o interés social: requisito implícito en la reclasificación de terrenos operada mediante la subsanación de deficiencias del Plan de ordenación urbana.

B) Expropiación parcial: diferencias entre antieconomicidad de parte sobrante y disminución de los beneficios por demérito en parte sobrante. Consecuencias del carácter discrecional de la expropiación global del art. 23 de la LEF y momento de fijación de la indemnización del art. 46 LEF. **4. Procedimiento expropiatorio.** A) Jurado Provincial: alegación de defecto de composición por designación de un arquitecto municipal como vocal técnico del Jurado en expropiaciones municipales. B) Mutuo acuerdo: Convenio suscrito entre el Ayuntamiento y los expropiados por el que el primero se compromete a aceptar las valoraciones presentadas por los segundos. Eficacia de los Convenios como actos generadores de derechos subjetivos y vinculación de la Administración al principio de buena fe. **5. Expropiaciones urgentes.** A) Hojas de depósito previo a la ocupación: imposibilidad de impugnación autónoma por ser actos de trámite. B) Justiprecio en expropiaciones urgentes: el momento al que ha de referirse la valoración no tiene por qué ser necesariamente el levantamiento del acta previa a la ocupación cuando no hay sincronía entre ese momento y el requerimiento al expropiado para que aporte su hoja de aprecio. **6. Determinación del justiprecio y otros conceptos indemnizables.** A) Intereses de demora en la tramitación del justiprecio: competencias del Jurado en su determinación. B) Justiprecio en expropiaciones urbanísticas: valoración de terrenos no incorporados a la Junta de Compensación.

7. Garantías sustanciales. A) Derecho de reversión. a) Contenido patrimonial del derecho de reversión: requisitos y alcance de su renuncia. b) Interpretación finalista de los

Convenios como actos generadores de derechos subjetivos y vinculación de la Administración al principio de buena fe. **5. Expropiaciones urgentes.** A) Hojas de depósito previo a la ocupación: imposibilidad de impugnación autónoma por ser actos de trámite. B) Justiprecio en expropiaciones urgentes: el momento al que ha de referirse la valoración no tiene por qué ser necesariamente el levantamiento del acta previa a la ocupación cuando no hay sincronía entre ese momento y el requerimiento al expropiado para que aporte su hoja de aprecio. **6. Determinación del justiprecio y otros conceptos indemnizables.** A) Intereses de demora en la tramitación del justiprecio: competencias del Jurado en su determinación. B) Justiprecio en expropiaciones urbanísticas: valoración de terrenos no incorporados a la Junta de Compensación.

7. Garantías sustanciales. A) Derecho de reversión. a) Contenido patrimonial del derecho de reversión: requisitos y alcance de su renuncia. b) Interpretación finalista de los

7. Garantías sustanciales. A) Derecho de reversión. a) Contenido patrimonial del derecho de reversión: requisitos y alcance de su renuncia. b) Interpretación finalista de los

arts. 55 de la LEF y 64.2 y 67.2 del REF: criterio procesal antiformalista. B) Retasación: el art. 58 de la LEF se refiere sólo al justiprecio, sin que pueda desprenderse de él la obligación de abonar los intereses en el plazo de dos años ni tampoco entender que procede retasar los bienes si los intereses no se abonan en dicho plazo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Con la presente crónica se completa el análisis de la jurisprudencia recaída en materia expropiatoria durante el pasado año. En total, se han analizado 75 Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo correspondientes a los últimos meses de 1998, no obstante haber sido publicadas a lo largo del primer cuatrimestre de 1999. Desde un punto de vista estrictamente procesal destaca la resolución de un buen número de recursos de apelación de los que todavía quedan pendientes tras la supresión de esta vía en la reforma de 1992. En atención al objeto de los pronunciamientos que se comentan destacan, como viene siendo habitual, los referidos a las garantías sustanciales del instituto expropiatorio. Junto a ello, también merece reseñarse esta vez la importancia cualitativa de los que versan sobre cuestiones procedimentales, tanto en el procedimiento ordinario como en el de urgencia.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Anulación de expediente expropiatorio por vía de hecho: improcedencia de acudir al instituto reversional en sede indemnizatoria al tratarse de un supuesto de responsabilidad patrimonial

Según doctrina jurisprudencial consolidada, cuando la Administración infringe sustancialmente el procedimiento expropiatorio incurriendo en vía de hecho resulta improcedente reparar los perjuicios causados por la vía procedimental que aquélla debió seguir y no siguió. En aplicación de esta doctrina, la STS de 21 de noviembre de 1998 (Ar. 9963), declara que tras la anulación judicial de una expropiación que incurrió en vía de hecho, el Tribunal que anula la referida actuación administrativa no puede proceder a reparar los perjuicios causados por la ocupación indebida acudiendo al instituto de la reversión, pues en tal caso:

“(…) no se trata de ejercitar el derecho de reversión de los bienes expropiados en los supuestos legalmente previstos, sino de reparar los daños y perjuicios causados por el desamparamiento de aquéllos sin causa legítima”.

La ausencia de título legítimo para la privación de los bienes es la que determina, por tanto, el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de modo que la obligación de reparar debe sustanciarse en el seno de este último instituto aplicando los criterios indemnizatorios propios del mismo, y no —como entendió el Tribunal

VIII. Expropiación Forzosa

a quo— mediante la aplicación del procedimiento previsto en los arts. 54 de la LEF y 68 del REF para los supuestos de reversión.

3. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Declaración de utilidad pública o interés social: requisito implícito en la reclasificación de terrenos operada mediante la subsanación de deficiencias del Plan de ordenación urbana

La STS de 19 de septiembre de 1998 (Ar. 7767) se pronuncia sobre la posibilidad de extender la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación implícita en los Planes de ordenación urbanística a determinados supuestos de reclasificación del suelo que no han seguido el procedimiento ordinario de modificación del Plan. Del relato de hechos se deduce que al aprobar definitivamente el Plan General que legitimó la expropiación cuestionada se había acordado, por Orden de la Consejería autonómica competente, la subsanación de deficiencias en la clasificación del suelo, lo que —a los efectos de la expropiación debatida— supuso una reclasificación de los terrenos afectados que quedaban ahora destinados a la ejecución de un Campus universitario. La parte recurrente basa su argumentación en considerar que la reclasificación del suelo como dotacional público por vía de una “subsanación de deficiencias” constituye una auténtica modificación sustancial del PGOU que, por no haber seguido los trámites de información pública y ulterior aprobación definitiva, priva a la modificación así acordada de eficacia en lo que atañe a la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación implícita en la aprobación de planes urbanísticos.

El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación afirmando, de un lado, que la modificación del Plan carece de carácter sustancial, por cuanto no altera fundamentalmente el modelo territorial ni la estructura general y orgánica del territorio, y, de otro, que la subsanación de deficiencias en la clasificación del suelo adquirió ejecutividad y eficacia inmediata a los efectos expropiatorios desde que fue acordada por Orden de la Consejería de la Comunidad Autónoma competente, conllevando dicha subsanación reclasificatoria la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los terrenos destinados a la ejecución del Campus universitario mencionado.

B) Expropiación parcial: diferencias entre antieconomicidad de parte sobrante y disminución de los beneficios por demérito en parte sobrante. Consecuencias del carácter discrecional de la expropiación global del art. 23 de la LEF y momento de fijación de la indemnización del art. 46 LEF

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, y reiteran las SSTS de 8 de octubre (Ar. 8832) y 12 de noviembre de 1998 (Ar. 9462), en los casos de expropiación parcial debe distinguirse el supuesto indemnizatorio contemplado en el art. 46 de la LEF (en relación al art. 23) con la indemnización por la simple reducción de la superficie del terreno, pues mientras que el primero tiene como fundamento la antieconomicidad de la explotación de la porción restante, el segundo se justifica en la disminución de los beneficios, y no en su agotamiento, aunque en este otro caso también proceda fijar una indemnización

en función del demérito que sufre la parte que queda en poder del expropiado. En relación al supuesto de antieconomicidad de la parte restante, la jurisprudencia se ha pronunciado repetidas veces sobre la naturaleza y el alcance de la facultad administrativa para acordar la expropiación de la totalidad de la finca en los términos a los que se refiere el art. 23 de la LEF, sosteniendo invariablemente el carácter discrecional de dicha facultad. En este sentido, la **STS de 17 de noviembre de 1998** (Ar. 9151) reconoce que:

“(…) no puede obligarse a la Administración a la expropiación total si el interés público no la legitima, sino que, teniendo carácter discrecional el acoger o no la petición que formule el expropiado en este sentido, si se demuestra que concurren los requisitos del art. 23 de la LEF (carácter antieconómico de la explotación del resto de la finca) y la Administración no concede la expropiación total, se producirá el efecto prevenido en el art. 46 de la misma Ley (…)”.

La naturaleza discrecional de dicha potestad limita igualmente el alcance de la facultad revisora de la jurisdicción, en tanto que la eventual impugnación por el expropiado de la denegación administrativa de la expropiación total solicitada

“(…) no permite al Tribunal contencioso-administrativo más que pronunciarse sobre la pertinencia o no del derecho indemnizatorio de acuerdo con lo acreditado respecto a los deméritos o perjuicios que pudieran ocasionarse en la finca por la expropiación parcial, siempre que hagan antieconómica su conservación o utilización acorde con el destino para el que venía siendo utilizada”.

Finalmente, la Sala apostilla que la indemnización correspondiente por tal concepto no puede fijarse por la Administración al resolver la petición de expropiación global a instancia de parte, sino que dicha indemnización debe establecerse en la pieza de justiprecio junto al resto de partidas que lo integran.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Jurado Provincial: alegación de defecto de composición por designación de un arquitecto municipal como vocal técnico del Jurado en expropiaciones municipales

A tenor del art. 85.2 de la LEF, en las expropiaciones urbanísticas y en las de cualquier otra índole que realicen las Entidades Locales, el vocal técnico del Jurado de expropiación al que se refiere el art. 32.1.b) de la LEF será designado por la Corporación local interesada, a cuyo efecto, la Orden Ministerial de 10 de julio de 1958 precisó que tal designación del funcionario técnico podrá recaer en un arquitecto municipal, en lugar del “arquitecto al servicio de Hacienda cuando la expropiación afecte a fincas urbanas” al que alude el citado art. 32.1.b) de la Ley expropiatoria, a lo que el art. 103 del REF añade que “Cuando funcionen Comisiones u Organismos encargados no sólo de la apro-

VIII. Expropiación Forzosa

bación de los Planes, sino de su ejecución y realización, el funcionario técnico al que se refiere el apartado b) del artículo 32 de la Ley será designado por los mismos.”

A la vista de las estas previsiones y retomando una antigua jurisprudencia –anterior incluso a la referida Orden Ministerial– que había reconocido la compatibilidad entre las funciones del perito municipal que valora los bienes en la hoja de aprecio y el vocal designado por el Ayuntamiento, la STS de 30 de octubre de 1998 (Ar. 8424) y, en parecidos términos, la de 22 de octubre de 1998 (Ar. 8846), confirman la legalidad de esta práctica que, a juicio del Tribunal, no se opone a los principios constitucionales de igualdad ni de seguridad jurídica. Sin que por tal hecho pueda apreciarse tampoco un desequilibrio de fuerzas entre las partes, por cuanto

“ (...) el Jurado, como órgano colegiado, toma sus decisiones aunando criterios plurales, siendo esta pluralidad de criterios, derivados de los conocimientos jurídicos que alguno de sus miembros poseen y del conocimiento de la realidad social y económica en la que participan otros, el fundamento de la presunción de acierto y veracidad de que sus resoluciones gozan (...) y que son a la vez garantía de su objetividad, procediendo en consecuencia la desestimación del motivo, que en el fondo, lo que en realidad plantea es una cuestión de *lege ferenda*, pues conforme a *lege data*, no infringió ésta”.

A pesar de esta última apreciación, la pretensión debatida no parece ser tan claramente una cuestión de *lege ferenda*, pues no cabe desconocer que el art. 189.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil admite como causa de recusación la de haber sido defensor de alguna de las partes, o haber emitido dictamen sobre el pleito como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo. Consagrando un principio de imparcialidad que, para el ámbito del procedimiento administrativo ha sido recogido por los apartados d) y e) del art. 28.2 de la Ley 30/1992, si bien este último no estaba vigente en el momento de producirse los hechos que debaten las sentencias comentadas.

B) Mutuo acuerdo: Convenio suscrito entre el Ayuntamiento y los expropiados por el que el primero se compromete a aceptar las valoraciones presentadas por los segundos. Eficacia de los Convenios como actos generadores de derechos subjetivos y vinculación de la Administración al principio de buena fe

A raíz de la suspensión judicial de la ejecución de un Plan urbanístico municipal y al objeto de impedir la paralización de las obras en él proyectadas, las partes afectadas suscribieron Convenios en los que la Administración expropiante se comprometía a aceptar las valoraciones presentadas por los propietarios como justiprecio, siempre que no resultasen contrarias a Derecho, fijándose para ello un criterio general de valoración de los terrenos conforme a su valor urbanístico y refiriendo a las viviendas el valor de reposición, sin pactar, no obstante, un procedimiento concreto por el que dar cumplimiento al compromiso alcanzado. Como quiera que llegado el momento de la valoración la Administración hizo caso omiso del referido compromiso, fijando los correspondientes justiprecios a través del Jurado de Expropiación –sin aceptar, por tanto, las valoraciones de parte–, los interesados acudieron a la vía judicial para hacer valer los mencionados

Convenios. Para resolver esta cuestión, la **STS de 17 de diciembre de 1998** (Ar. 10219), recuerda su sentada doctrina según la cual la Administración no puede desligarse del mutuo acuerdo alcanzado mediante Convenio, por ser éste un acto generador de derechos subjetivos que sólo podrían ser desconocidos previa declaración de lesividad del Convenio para el interés público y ulterior impugnación judicial del mismo, con lo que, en el caso de autos, las valoraciones practicadas por el Jurado deben ser anuladas, quebrando su presunción de validez y acierto.

Pero lo novedoso del citado pronunciamiento no es el fallo estimatorio alcanzado en aplicación de este razonamiento, sino parte de la argumentación esgrimida por la Sala; ya que, a la par que señala el procedimiento de revisión de oficio que hubiera sido procedente, la sentencia afirma que, al negar la eficacia vinculante de los Convenios celebrados, la Administración ha protagonizado un ataque frontal al principio de buena fe que debe presidir las relaciones entre aquélla y los ciudadanos, en tanto que dicho principio impone el “deber de coherencia en el comportamiento”, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes *venire contra factum proprium*. Por ello, ya que la Administración ha tenido una conducta obstativa y contraria a la buena fe, además de irrazonada e irrazonable, “debe estar y pasar por la valoración hecha por los recurrentes”, en tanto que, según lo convenido, dicha valoración no resulta contraria a Derecho. En consecuencia, la Sala acepta los razonamientos evacuados en el dictamen de parte respecto a la valoración de los bienes expropiados, en el que se siguieron los criterios valorativos inicialmente acordados.

5. EXPROPIACIONES URGENTES

A) Hojas de depósito previo a la ocupación: imposibilidad de impugnación autónoma por ser actos de trámite

La formulación de las hojas de depósito previo a la ocupación en las expropiaciones urgentes viene regulada en los arts. 52.4 de la LEF y 57.2 y 58.2 del REF, de los que se deduce que dichas hojas de depósito constituyen simples tasaciones provisionales con el limitado efecto de posibilitar la ocupación material de los bienes mediante la consignación de una cantidad legalmente determinada (la capitalización del líquido imponible declarado con dos años de antelación a la expropiación más los perjuicios derivados de la rápida ocupación), pero sin que tal tasación prejuzgue la ulterior decisión sobre el justiprecio correspondiente, toda vez que, como tiene declarado la jurisprudencia, no cabe confundir las reglas de valoración de los bienes a efectos expropiatorios con el cálculo del depósito previo según el criterio de capitalización al que se refiere el art. 52.4 de la LEF.

En atención a esta especial naturaleza de las hojas de depósito previo en las expropiaciones de urgencia, la **STS de 6 de noviembre de 1998** (Ar. 9018) declara la imposibilidad de su impugnación jurisdiccional autónoma por ser meros actos de trámite, lo que, por otra parte, no se opone a lo dispuesto en el art. 126.3 de la LEF. En efecto, dicho precepto, que permite fundar “en todo caso” el recurso contencioso-administrativo en un vicio

VIII. Expropiación Forzosa

sustancial de forma o en la omisión de los preceptos establecidos en la Ley expropiatoria, no puede interpretarse en el sentido de entender que la interposición del mencionado recurso ha de producirse necesariamente en el momento en que la Administración comete la infracción, sino en el momento en que finalice el expediente o la pieza separada de que se trate, salvo que el vicio o la infracción sea determinante de la nulidad radical, en cuyo caso la jurisprudencia admite excepcionalmente el recurso.

B) Justiprecio en expropiaciones urgentes: el momento al que ha de referirse la valoración no tiene por qué ser necesariamente el del levantamiento del acta previa a la ocupación cuando no hay sincronía entre ese momento y el requerimiento al expropiado para que aporte su hoja de aprecio

En principio, el momento oportuno al que referir la valoración de los bienes en las expropiaciones de urgencia es el del levantamiento del acta previa a la ocupación, tal y como se desprende de la interpretación jurisprudencial de los arts. 52.7 y 36 de la LEF. No obstante, la STS de 25 de septiembre de 1998 (Ar. 7769) sostiene la posibilidad de referir la valoración a un momento ulterior en aquellos supuestos en los que el requerimiento al expropiado para que formule su hoja de aprecio sea muy posterior al levantamiento del acta previa a la ocupación. Pues habiendo reiterado la jurisprudencia que en las expropiaciones ordinarias dicho requerimiento constituye el momento inicial del expediente de justiprecio a los efectos de referir la valoración de los bienes, debe entenderse que cuando en las expropiaciones de urgencia transcurre un lapso de tiempo considerable entre el acta previa a la ocupación y el requerimiento al expropiado para que formule su hoja de aprecio ha de estarse a este segundo momento, pues lo contrario sería hacer de peor condición al expropiado por el procedimiento de urgencia que al que lo ha sido por el procedimiento ordinario.

6. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO Y OTROS CONCEPTOS INDEMNIZABLES

A) Intereses de demora en la tramitación del justiprecio: competencias del Jurado en su determinación

Como en alguna ocasión ha declarado el Tribunal Supremo, no es misión del Jurado Provincial el pronunciarse sobre los intereses de demora en la tramitación del justiprecio, pues éstos se devengan *ope legis* y como tal son reclamables por los interesados. La sola excepción a este principio de abstención es la que introduce el art. 72.1 del REF, en tanto que exige al Jurado pronunciarse sobre los intereses que ha de abonar el beneficiario de la expropiación cuando éste no es la Administración expropiante y la demora ha sido ocasionada por dicho beneficiario. Fuera de este supuesto, si el Jurado se pronuncia sobre los intereses de demora en la fijación del justiprecio, su decisión no priva al expropiado del derecho a exigir la liquidación y abono de los intereses a la Administración, sin que ésta pueda esgrimir la improcedencia de dicha petición por haber devenido firme y consentido el acuerdo del Jurado en el que indebidamente se fijaron los intereses por la mora en la determinación del justiprecio. La STS de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 7769) abunda en este último razonamiento indicando la improcedencia de entender firme y consentida la fijación de los intereses de demora acordada por el Jurado porque:

“(…) la eficacia del acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación no sobrepasa el de sus propias atribuciones (…) (y) entre éstas no tiene la de decidir sobre los intereses de demora en el pago y, en cuanto a los derivados de la mora en la tramitación, sólo ha de resolver cuando el responsable sea el beneficiario de la expropiación, siempre que no sea la Administración expropiante, aunque aquél, excediéndose de su competencia se pronuncie al respecto, tal decisión tendrá exclusivamente un significado indicativo o de remisión a la ley, por lo que, consentido dicho acuerdo, no cabe sostener que la aludida recomendación acerca del abono de intereses constituya un acto firme, pues el expropiado o sus causahabientes pueden ejercitar el derecho que les concede el art. 72.2 del REF para reclamar a la Administración expropiante la liquidación y pago de los intereses por demora cuando éstos no le hubiesen sido abonados juntamente con el justiprecio o los satisfechos no hubiesen sido correctamente liquidados, siempre que no haya prescrito la acción para exigirlos”.

B) Justiprecio en expropiaciones urbanísticas: valoración de terrenos no incorporados a la Junta de Compensación

Como es sabido, en el sistema de ejecución del planeamiento por compensación, la legislación urbanística prevé el beneficio de la expropiación forzosa en favor de la Junta de Compensación respecto de los terrenos de los propietarios no incorporados voluntariamente al sistema. La valoración de estos terrenos habrá de hacerse conforme al valor urbanístico que en cada caso corresponda en aplicación de los criterios legales. Por ello, la **STS de 31 de octubre de 1998** (Ar. 9521) sostiene que si en las Bases de Actuación que rigen la ejecución del sistema de compensación la Junta acuerda una valoración unitaria para la totalidad de los terrenos que integran la Unidad de Ejecución inferior a la que resultaría de la aplicación de los criterios legales, la valoración así convenida sólo sería de aplicación a los propietarios voluntariamente incorporados a la Junta, pero no a los propietarios de los terrenos no aportados que se obtienen por la vía expropiatoria, salvo que la Junta pruebe debidamente en el curso del procedimiento expropiatorio que los aprovechamientos pactados en las Bases de Actuación para los terrenos no aportados corresponden exactamente a los que el ordenamiento urbanístico prevé en aplicación de los criterios legales generalmente aplicables.

7. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Derecho de reversión

a) Contenido patrimonial del derecho de reversión: requisitos y alcance de su renuncia

Según doctrina jurisprudencial consolidada, el derecho de reversión tiene un claro contenido patrimonial y, por consiguiente, puede ser objeto de transmisión incluso con anterioridad a que se produzcan los presupuestos jurídicos que determinan su nacimiento, tal y como se desprende de los arts. 54 de la LEF y 63 de su Reglamento que facultan para su ejercicio bien al primitivo dueño de los bienes expropiados o bien a sus

VIII. Expropiación Forzosa

causahabientes, con lo que avalan la transmisibilidad *inter vivos* o *mortis causa* del citado derecho. De este carácter transmisible, la jurisprudencia ha derivado tradicionalmente el carácter renunciabile del derecho de reversión, ya que no sólo aparece configurado con carácter potestativo en la legislación expropiatoria, sino que, además, el art. 6.2 del Código Civil limita la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la ley a los supuestos en que sea contraria al interés o al orden público o perjudique a terceros.

Este razonamiento es matizado y completado por la **STS de 19 de septiembre de 1998** (Ar. 8829), que plantea si un supuesto de renuncia al ejercicio del derecho de reversión efectuado por el propietario en el momento de convenir con la Administración el precio de los terrenos pudiera desvirtuar el cumplimiento de la *causa expropriandi* por cuanto al desaparecer la garantía reversional también desaparecería la posibilidad de controlar el cumplimiento de aquélla por el expropiado y, en esta medida, no debe olvidarse que el derecho de reversión constituye una garantía legal del cumplimiento del fin que legitimó la expropiación. Justamente por ello, cabría plantear si una renuncia tal, efectuada en el momento de convenir el justiprecio, desnaturalizaría el instituto expropiatorio asimilándolo a una transmisión voluntaria a título oneroso, de manera que la Administración dejaría de estar vinculada por el fin que legitimó la expropiación y el expropiado obtendría el justiprecio por mutuo acuerdo a cambio de renunciar a su derecho reversional. Atendiendo a esta posibilidad, la citada sentencia subraya la necesidad de proceder con suma cautela en el análisis jurisprudencial de los supuestos de renuncia del derecho de reversión, siendo los aspectos más relevantes de dicho análisis los siguientes: en primer lugar, los términos en que se produce la renuncia, que han de ser claros, ciertos e inequívocos; y, en segundo lugar, la finalidad última que dicha renuncia persigue, que no podría ser la de que la Administración expropiante destinase los terrenos un fin distinto al que inicialmente legitimó la expropiación, pues ello constituiría una actuación en fraude de ley proscrita por el art. 6.4 del Código Civil (que tiene su trasunto en el ámbito administrativo en la figura de la desviación de poder).

b) Interpretación finalista de los arts. 55 de la LEF y 64.2 y 67.2 del REF: criterio procesal antiformalista

La **STS de 12 de noviembre de 1998** (Ar. 9146) realiza una interpretación conjunta del art. 55 de la Ley expropiatoria en relación a los arts. 64.2 y 67.2. b) de su Reglamento, que disciplinan el ejercicio del derecho reversional a petición de parte por inexecución de la obra o servicio que motivó la expropiación. El criterio finalista que inspira al Tribunal le lleva a concluir que lo que cabalmente debe interpretarse de los citados preceptos es que una vez que el titular de los bienes y derechos expropiados o sus causahabientes han manifestado a la Administración expropiante su voluntad de recuperarlos por haber transcurrido cinco años desde la expropiación sin que los bienes se destinasen a su fin, la Administración puede todavía, durante el término de dos años, destinarlos a tal fin iniciando la ejecución prevista. Pero, si como sucedió en el caso examinado, la Administración denegó la petición de reversión y dicha denegación es impugnada ante los Tribunales, de modo que cuando llega el momento de resolver judicialmente la cuestión ya han transcurrido los dos años desde la petición del interesado sin que la Administración haya iniciado la ejecución de las obras o la instalación del servicio:

“ (...) es contrario a la finalidad del proceso administrativo, como instrumento de tutela de intereses legítimos, remitir de nuevo a la vía administrativa para que se vuelva a iniciar todo el procedimiento, tanto en dicha vía como posteriormente en la jurisdiccional, en demanda de un derecho que ya ostentaba con anterioridad a la sentencia del primer proceso (...)”.

Lo que en este caso conduce a estimar cumplidos los requisitos legales y los presupuestos temporales de la reversión, tanto para solicitarla como para que la Administración cumpliera aún la obligación de destinar los bienes al fin expropiatorio, y así debió entenderlo en su momento la Sala *a quo*, por lo que el Tribunal Supremo casa la sentencia impugnada declarando ejercitado el derecho de reversión en tiempo y forma.

B) Retasación: el art. 58 de la LEF se refiere sólo al justiprecio, sin que pueda desprenderse de él la obligación de abonar los intereses en el plazo de dos años ni tampoco entender que procede retasar los bienes si los intereses no se abonan en dicho plazo

El art. 58 de la LEF dispone que “si transcurrieren dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación (...)”. Uno de los problemas interpretativos que plantea el derecho de retasación consagrado en este precepto es si de él sólo cabe derivar la obligación de que en el término de dos años se abone el justiprecio, y en su defecto se proceda a retasar los bienes, o si también cabría interpretar del mismo la obligación de abonar los intereses en dicho plazo, de forma que de no abonarse éstos en el curso de los dos años procedería igualmente la retasación. La jurisprudencia se mostró vacilante entre estas dos posibilidades hasta que, al objeto de unificar la doctrina al respecto, sentó definitivamente el criterio de no considerar comprendidos en el contenido material del derecho de retasación los intereses de los bienes expropiados. La **STS de 22 de octubre de 1998** (Ar. 9456) confirma esta interpretación jurisprudencial, que hoy puede entenderse plenamente consolidada, recordando que la solución dada al problema hermenéutico es consecuencia de la diversa naturaleza que tienen los intereses de demora respecto al justiprecio, pues mientras que éste es un valor de sustitución conmutativo del derecho expropiado, los intereses de demora son un crédito accesorio del mismo que se devenga por ministerio de la ley. Y, en consecuencia,

“(...) el pago del justiprecio fijado en vía administrativa, o su válida consignación, sin el abono o la consignación de los intereses dentro del plazo de dos años que señala el art. 58 de la LEF enerva los efectos de la retasación de los bienes y derechos expropiados”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Imputabilidad subjetiva.** Legitimación pasiva en los casos de trasposos de competencias cuando el daño se produce con anterioridad y la reclamación se presenta con posterioridad: contraste de soluciones de tres diferentes órdenes jurisdiccionales. **3. Carácter objetivo del sistema de responsabilidad y relación de causalidad.** A) Causalidad indirecta. Doctrina general y apreciación en casos de funcionamiento anormal. B) Daños hospitalarios. Inversión de la carga de la prueba en el caso de daños desproporcionados. C) Diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Transmisión de la Hepatitis B en una transfusión sanguínea. D) Concurrencia de causas con desigual reparto de la cuantía de la indemnización. E) Obligaciones del dañado en orden a la prevención o amortiguación del daño. **4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo. Potestades discrecionales, conceptos jurídicos indeterminados y responsabilidad por actos administrativos anulados.** **5. Daño.** A) Expectativas de un colectivo sometido a un régimen estatutario. B) Perjuicios consistentes en pérdida de un curso académico. C) Ausencia de toma en consideración de los gastos procesales derivados de un previo procedimiento encaminado a la anulación del acto origen del daño. D) Efectos de la omisión administrativa en la evaluación de los daños. **6. Acción de responsabilidad y procedimiento. Efectos interruptivos de una previa reclamación civil.** **7. Responsabilidad del Estado legislador.** Ley autonómica que vulnera los principios de igualdad y justicia fiscal. **8. Responsabilidad del Poder Judicial.** Error judicial: apreciación restrictiva. Contraste de soluciones de tres diferentes órdenes jurisdiccionales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica, se analizan sentencias de los órdenes contencioso-administrativo, civil y social en materia de responsabilidad administrativa, dictadas hasta finales de 1998. Destacan diversos pronunciamientos relativos al nexo causal y al daño resarcible y su valoración. Junto a ello, puede resaltarse una sentencia en materia de antijuridicidad del daño en los casos de ejercicio de potestades discrecionales o por la apreciación de con-

ceptos jurídicos indeterminados, así como un pronunciamiento favorable a la responsabilidad de un legislador autonómico.

2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA

Legitimación pasiva en los casos de traspasos de competencias cuando el daño se produce con anterioridad y la reclamación se presenta con posterioridad: contraste de soluciones de tres diferentes órdenes jurisdiccionales

Una interesante cuestión se ha planteado en el período considerado ante las jurisdicciones social, administrativa, civil: qué Administración responde en los casos de daños derivados de la actuación de la Administración del Estado, cuando la reclamación se produce una vez efectuado el traspaso de servicios y medios a una Comunidad Autónoma.

La **STS de 11 de noviembre de 1998**, Ar. 9631, es dictada por la Sala de lo Social en un recurso de casación para la unificación de doctrina. El TS casa la sentencia de instancia y reafirma el principio según el cual, cuando la reclamación se plantea con posterioridad al traspaso de competencias, ha de hacerse contra la Administración autonómica, puesto que a ella se transfieren obligaciones a la par que bienes y derechos.

En la **STS de 21 de noviembre de 1998**, Ar. 996, la Sala de lo Contencioso-administrativo entiende que el daño derivado de una expropiación posteriormente anulada ha de ser resarcido por la Administración de la Comunidad Autónoma en cuestión, puesto que las parcelas afectadas le fueron transferidas con anterioridad a la reclamación.

Por último, la **STS de 12 de diciembre de 1998**, Ar. 9889, de la Sala de lo Civil, acoge una solución a primera vista diferente para un supuesto similar. Sin embargo, ésta ha de ser cohonestada con los presupuestos materiales y procesales. Se trata de un supuesto de responsabilidad por secuelas de una operación en un hospital perteneciente al INSALUD y posteriormente traspasado al Servicio Valenciano de Salud (SERVASA). Recurrida la sentencia de primera instancia, la Audiencia absolvió al SERVASA. La representación del INSALUD pretendía en casación que se aplicara el principio según el cual cuando el hecho causante tiene lugar antes del traspaso, pero la reclamación es posterior, es la Administración autonómica la llamada a responder, apoyándose en que todos los Decretos de transferencia prevén la subrogación en derechos y deberes. El TS parte del recordatorio de que:

“(…) el problema de la legitimación constituye una cuestión procesal que, aunque íntimamente ligado al fondo del asunto, ha de resolverse con antelación a la entrada del examen del mismo (...) si se estima su falta, la absolución del demandando que la alega ha de producirse en la instancia, con todas las consecuencias que ello conlleva (...)”.

IX. Responsabilidad Administrativa

El TS no estima el recurso puesto que:

“(…) un demandando que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otros codemandados, a quienes absuelve la sentencia recurrida”.

Apela para ello a la llamada “solidaridad impropia” o por necesidad de salvaguardar el interés social y proteger a los perjudicados:

“(…) sin perjuicio de la facultad de repetición *ad intra* entre los obligados, pero sin que en modo alguno pueda ser esgrimido un contrato contra un tercero perjudicado (...) ni, en el caso que nos ocupa, una sustitución pactada en acto político-administrativo que sólo encontraría parangón en el derecho privado con la sucesión universal, no oponible *ad extra*, frente a tercero y para perjudicarlo (...)” (FJ 2º).

Como puede verse, una solución marcada por una preocupación de asegurar en este caso la indemnización al perjudicado, aparte de una curiosa asimilación *iusprivatista*.

3. CARÁCTER OBJETIVO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Causalidad indirecta. Doctrina general y apreciación en casos de funcionamiento anormal

La STS de 28 de octubre de 1998, Ar. 8420, acoge doctrina general en materia de causalidad. En el caso de autos, se trata de un accidente de circulación, en el cual el recurrente pretende hacer valer que fue el remate de la valla metálica de protección el que, por su disposición, provocó que el vehículo iniciase una ascensión que propició que saltase a la calzada de dirección contraria. El TS rechaza esta argumentación, al entender que la causa adecuada fue una maniobra inadecuada del propio conductor que le hizo precipitarse contra dicha valla.

La síntesis de la doctrina en materia de causalidad contenida en esta sentencia merece su reproducción literal:

“El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acacimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menos medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para reducir el resultado final y la doctrina administrativista tratando de definir qué sea la relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfe-

ra del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige como presupuesto, una 'conditio sine qua non', esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios" (FJ 3°).

Como línea general, el TS se muestra abierto a reconocer la existencia de causalidad en los casos de defectuosidad en el funcionamiento del servicio. Veamos brevemente algunos ejemplos de su aplicación por la Sala de lo Contencioso-administrativo que pueden resultar de interés.

La **STS de 3 de octubre de 1998**, Ar. 8345, acoge la pretensión indemnizatoria de los familiares de un soldado que, en precario y conocido estado de salud, fue obligado a participar en ejercicios de tiro con arma defectuosa y sin adiestramiento y que falleció por un inadecuado manejo de la misma. La causa eficiente es localizada en el actuar administrativo.

El deficiente mantenimiento de la red de alcantarillado, que provoca su atasco y desbordamiento, con consiguiente inundación de un sótano, es considerada la causa eficiente que permite establecer la causalidad adecuada entre el daño y la omisión administrativa, sin que quede roto por la ineficacia de las barreras u obstáculos en la entrada del sótano que, según alegaba la Administración, hubieran podido impedir su inundación. El supuesto es objeto de la **STS de 6 de octubre de 1998**, Ar. 7813.

En las **SSTS de 8 de octubre de 1998**, Ar. 8348 y **de 27 de octubre de 1998**, Ar. 9460, la ubicación, fijada por la Administración, de una caseta ambulante, demasiado próxima a un edificio, es considerada la causa adecuada de la expansión de un incendio.

El fallecimiento de una persona aquejada de crisis coronaria origina la responsabilidad de la Administración, que no procedió a su ingreso a tiempo en un hospital con unidad coronaria, **STS de 13 de octubre de 1998**, Ar. 7820.

También se estima procedente la indemnización en la **STS de 24 de octubre de 1998**, Ar. 8847. Se trata de un conductor accidentado al patinar el vehículo en un encharcamiento de la calzada. El TS reputa existente la relación de causalidad entre la omisión de garantizar el buen estado de la red vial y el daño, pues "sería difícilmente concebible la manera de no penetrar en el encharcamiento por muy moderada que fuese la velocidad".

IX. Responsabilidad Administrativa

En la **STS de 3 de noviembre de 1998**, Ar. 9523, los destrozos en unos jardines por lanzamiento de castillo de fuegos y por actos vandálicos que tienen su origen en un deficiente emplazamiento del castillo de fuegos dan lugar a la responsabilidad administrativa.

Un supuesto igualmente referido a daños por artefactos pirotécnicos se encuentra en la **STS de 17 de noviembre de 1998**, Ar. 9149. Se concede indemnización por los daños sufridos por un menor accidentado al manipular los restos del castillo de fuegos artificiales, en un festejo patrocinado por un Ayuntamiento. El nexo causal no se rompe ni siquiera se comparte por el dato de que fuera el menor el que, al día siguiente, se dirigió al lugar donde se hallaban dichos restos, pues la omisión del Ayuntamiento de retirarlos es considerada la causalmente relevante.

Como última muestra, la **STS de 26 de noviembre de 1998**, Ar. 9312, acoge el caso del ahorcamiento en prisión de una persona con antecedentes de internamiento en psiquiátrico respecto a la que no se había adoptado medida especial alguna y que había sido examinada por el equipo de observación del centro penitenciario del que no formaba parte ningún psiquiatra. En la omisión administrativa se localiza la causa adecuada.

En el ámbito de la jurisdicción civil, la **STS de 20 de octubre de 1998**, Ar. 8731, aborda un supuesto de accidente ferroviario por colisión entre ferrocarril y un turismo en un paso a nivel. El TS tiene en cuenta una serie de factores: la peligrosidad del paso a nivel, denunciada por los vecinos con antelación al accidente; su aceptación por los responsables, que aprobaron un proyecto de automatización del paso a nivel, instalando barreras automáticas y semáforos, que no obstante no llegaron a surtir efecto, ya que sólo se colocaron las primeras pero no estaban en funcionamiento en el día de los hechos; la visibilidad reducida del cruce, por existencia de un muro y por hallarse en una curva; o la ausencia de uso del silbato del tren. Todos ellos hacen que el nexo causal sea localizado exclusivamente en la omisión administrativa.

B) Daños hospitalarios. Inversión de la carga de la prueba en el caso de daños desproporcionados

La **STS de 8 de septiembre de 1998**, Ar. 7548, de la Sala de lo Civil reitera doctrina del máximo interés. La obligación del personal sanitario es de medios, no de resultado, rigiendo plenamente la responsabilidad subjetiva y sin que opere la inversión de la carga de la prueba en el demandado que sí juega en otros ámbitos. La prueba incumbe por tanto al paciente. Ahora bien,

“(…) no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia, y el descuido en su conveniente y temporánea utilización” (FJ 2º).

C) Diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Transmisión de la Hepatitis B en una transfusión sanguínea

La STS de 28 de octubre de 1998, Ar. 8928, enjuicia un caso de transmisión del virus de la hepatitis B por transfusión. La Administración alega que se trata de un supuesto de fuerza mayor, pues el virus tiene un período “ventana” donde el donante puede ser portador del virus y éste no llega a detectarse. El TS se separa de esta argumentación, situándolo en la órbita del caso fortuito, del que la Administración sí ha de responder.

D) Concurrencia de causas con desigual reparto de la cuantía de la indemnización

En la STS de 28 de noviembre de 1998, Ar. 9967, se reclama responsabilidad por daños sufridos en accidente aéreo a bordo de una avioneta en servicio de aero-taxi. Se daba la circunstancia de que la empresa carecía de habilitación para prestar este servicio, a pesar de lo cual le fue concedida antirreglamentariamente autorización para el vuelo por la autoridad aeroportuaria. El TS aprecia la existencia de concausas. La solución consiste en declarar la obligación de la Administración de indemnizar por un importe correspondiente al sesenta por ciento del montante del perjuicio.

“(…) aun habiéndose afirmado (...) que no puede determinarse qué condición de las concurrentes es causa adecuada y eficiente, con carácter excluyente para la otra que concurre y para haber generado la lesión jurídica objeto de reclamación entiende, no obstante, que en el actuar de la Administración ha existido un plus adicional respecto de la otra concausa que debe llevar la consecuencia inherente de tener que hacer frente a una mayor parte de la responsabilidad reclamada (...) porque se considera que si bien la propiedad de la avioneta siniestrada incurre en ilegalidad en la medida que contrata una clase de vuelo para el que no estaba autorizada la aeronave, no resulta menos cierto que los servicios administrativos deben llevar un exhaustivo control (...) que en este caso presentó deficiencias muy acusadas (...)” (FJ 5º).

E) Obligaciones del dañado en orden a la prevención o amortiguación del daño

Es un principio clásico en materia de responsabilidad en diversos sistemas nacionales el que impone al sujeto dañado la obligación de tratar de prevenir o amortiguar el daño. En caso contrario, puede llegar a apreciarse la ruptura de la relación de causalidad entre la acción u omisión administrativa y el daño, o bien apreciarse la existencia de concausas.

La STS de 16 de noviembre de 1998, Ar. 9876, tiene el siguiente marco. La Administración había manifestado su voluntad de hacer uso del derecho de adquisición preferente de una finca forestal. Posteriormente, renunció a formalizarla. Se reclaman daños derivados de la frustración de una compraventa concertada con anterioridad a la manifestación de la voluntad de ejercicio del derecho de adquisición por parte de la Administración. El TS entiende que no hay causalidad porque el contrato de compraventa inter privados podía haberse perfeccionado introduciendo una condición resolutoria.

IX. Responsabilidad Administrativa

Un mismo orden de consideraciones aparece en la STS de 19 de noviembre de 1998, Ar. 9961. El supuesto enjuiciado es el de la detección de inadecuación en el Plan de Emergencia Interior de una empresa dedicada a la producción de cloro. La Administración en cuestión adopta una medida cautelar de suspensión temporal de la producción. Presentado por la empresa el Plan en cuestión y antes de su aprobación por la Administración, se efectúan medidas correctoras, ante las cuales se modifica la medida cautelar, imponiendo una limitación a la producción y almacenamiento de cloro. El perjuicio alegado consiste en el derivado del incumplimiento de suministro de cloro a una empresa perteneciente al mismo grupo. El TS estima, teniendo en cuenta esta vinculación interempresarial, que las empresas no trataron de coordinar sus actividades, concentrar sus suministros o buscar proveedores alternativos, por lo que ha de entenderse roto el nexo causal.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTARLO

Potestades discrecionales, conceptos jurídicos indeterminados y responsabilidad por actos administrativos anulados

En materia de antijuridicidad del daño, como sabemos, el principio general es que, si bien toda lesión implica un daño, no todo daño constituye una lesión en sentido técnico-jurídico, sino sólo en los casos en que es antijurídica, porque el particular no tiene el deber de soportar el daño. Un ejemplo de obligación de soportar los daños la aporta la STS de 8 de octubre de 1998, Ar. 7816: se trata de los derivados de la aplicación de una Orden ministerial que fija servicios mínimos cuya validez ha sido confirmada en sentencia previa.

La STS de 29 de octubre de 1998, Ar. 8422, resulta del máximo interés. Un Ayuntamiento solicitó el pago de la indemnización o contribución en metálico sustitutiva del diez por ciento de cesión obligatoria del art. 125 TRLS al momento de aprobarse el plan y antes de iniciarse su ejecución. El TS aborda las relaciones entre potestad discrecional, concepto jurídico indeterminado y responsabilidad. Su razonamiento da relevancia, a los efectos de la responsabilidad, al margen de apreciación de que dispone la Administración, si bien trata de conciliarlo con el principio de responsabilidad objetiva. El elemento en que apoya su argumentación es el de la antijuridicidad. El TS afirma que la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad

“(…) ha de ser examinada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo

de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo en el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión (...) en consecuencia el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismo la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite, al abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución Española. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

El supuesto, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución Española, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en 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.

En tales casos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razo-

IX. Responsabilidad Administrativa

nables 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 y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones.

Lo hasta aquí razonado permite que en la valoración del caso concreto, función que necesariamente han de efectuar los Tribunales para poder dar una respuesta acorde a los intereses de la justicia en consonancia con las peculiaridades que concurren en cada supuesto sometido a su decisión, puedan operar, para la determinación de la concurrencia del requisito de antijuridicidad de la lesión que se examina, datos de especial relevancia cual sería la alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviera antes de producirse la resolución anulada o su ejecución, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la valoración, con un margen de apreciación subjetivo, por la Administración de un concepto en sí mismo indeterminado” (FJ 2º).

Es de destacar que, en el caso de autos, el TS entiende que el artículo 125 TRLS no integra conceptos jurídicos indeterminados ni requiere aplicación de criterios valorativos para cuya determinación exista cierto margen de apreciación, sino que por el contrario la aplicación del precepto aparece clara en el sentido de que no cabe solicitar el pago de la indemnización o contribución en metálico sustitutoria del diez por ciento de cesión obligatoria hasta tanto no se haya iniciado el proceso de ejecución del Plan. Por ello, existe lesión antijurídica.

5. DAÑO

A) Expectativas de un colectivo sometido a un régimen estatutario

La STS de 10 de octubre de 1998, Ar. 9058, se enfrenta a un supuesto de responsabilidad por vulneración de las expectativas legítimas. La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de noviembre de 1987 reorganizó los servicios de recaudación del Estado y previó la extinción de las encomiendas recaudatorias atribuidas a las Diputaciones Provinciales y el cese de los Recaudadores de Hacienda y de la Zona. Este colectivo, la naturaleza de cuyo estatuto jurídico era muy peculiar, vio reconocida la facultad alternativa de adscripción a las nuevas Unidades Administrativas de las

Delegaciones y Administraciones de Hacienda o reingresar a sus antiguos cuerpos y escalas. El TS desestima el recurso, en razón a que no se han originado pérdidas de estrictos derechos económicos sino, a lo sumo, de expectativas, teniendo en cuenta precisamente la posibilidad de adscripción o reingreso y el dato de que la transición se hizo de modo paulatino. Viene a entender, implícitamente, que no se ha vulnerado la confianza legítima de los recurrentes por una actuación por lo demás legal, por lo que han de soportar los daños, que no son constitutivos de lesión en sentido técnico.

B) Perjuicios consistentes en pérdida de un curso académico

El supuesto de la **STS de 13 de octubre de 1998**, Ar. 7822, es el de un error en la redacción del boletín de notas de un alumno, en el que figura suspensa una asignatura, siendo así que en la certificación académica oficial aparece como aprobada. El perjuicio consiste en tener que repetir COU, demorando en consecuencia un año su ingreso en la Universidad. El Abogado del Estado alega que no se trata de un perjuicio efectivo evaluable económicamente e individualizado. El TS admite que la cuantificación tiene un cierto componente subjetivo, y reputa conforme a Derecho la fijación de una cantidad a tanto alzado llevada a cabo por el Tribunal de instancia.

C) Ausencia de toma en consideración de los gastos procesales derivados de un previo procedimiento encaminado a la anulación del acto origen del daño

La **STS de 12 de noviembre de 1998**, Ar. 9530, declara no haber lugar a la indemnización de los gastos de procurador y abogado en los casos en los que los servicios de éstos no son preceptivos. Tampoco cuando, aun siéndolo, se trate de los honorarios por representación y defensa en un previo proceso encaminado a la anulación del acto generador del daño, puesto que la anulación no es requisito para plantear demanda de indemnización. A ello añade la **STS de 29 de octubre de 1998**, Ar. 8422, que la indemnización de este último género de gastos iría en contra de la autoridad de cosa juzgada del previo pronunciamiento sobre costas producido en vía de anulación.

D) Efectos de la omisión administrativa en la evaluación de los daños

La **STS de 21 de noviembre de 1998**, Ar. 9963, señala que:

“(…) el silencio de la Administración respecto de los concretos daños y perjuicios reclamados es razón suficiente para acceder a las pretensiones deducidas de contrario salvo que resultasen manifiestamente improcedentes (...) al ser rechazable el planteamiento genérico descalificador de los informes aportados con la demanda (...)” (FJ 6°).

IX. Responsabilidad Administrativa

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. EFECTOS INTERRUPTIVOS DE UNA PREVIA RECLAMACIÓN CIVIL

En la STS de 3 de noviembre de 1998, Ar. 9015, se ha reiterado la doctrina según la cual el ejercicio de reclamación previa a la vía civil y la posterior interposición de acción civil de responsabilidad, seguida de una declaración de falta de jurisdicción, interrumpe el plazo para interponer la reclamación contencioso-administrativa.

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

Ley autonómica que vulnera los principios de igualdad y justicia fiscal

Las SSTs de 8 de octubre de 1998, Ar. 7903 y de 9 de octubre de 1998, Ar. 7905, abordan un supuesto de responsabilidad del legislador, en este caso, autonómico. La Ley canaria 5/1986 estableció un impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo. Una multinacional afectada reclama porque, en definitiva, la Ley autonómica había tenido como consecuencia obligarle a vender a pérdida unos stocks. El TS afirma la responsabilidad del legislador canario, que no previó disposición transitoria alguna para impedir la situación de imposible repercusión del tributo sobre el precio de estos productos almacenados, a pesar de haberle sido advertida por las empresas del sector. Como puede comprobarse, aun sin mencionarlo, el parámetro empleado es, una vez, el principio de confianza legítima, junto, expresamente, a los de igualdad y justicia fiscal.

8. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

Error judicial: apreciación restrictiva. Contraste de soluciones de tres diferentes órdenes jurisdiccionales

Como tuvimos ocasión de apuntar en el número anterior de esta Revista, en la jurisprudencia en torno a los requisitos para la declaración de error judicial, condición para una eventual reclamación de responsabilidad posterior, se mantiene una línea altamente restrictiva, marcada por la preocupación por no convertir en ningún caso este cauce en una nueva instancia judicial. Expresión de esta línea jurisprudencial la encontramos en las SSTs de 27 de noviembre de 1998, Ar. 10041, Sala de lo Social, FJ 1º; de 12 de noviembre de 1998, Ar. 8594, Sala de lo Civil, FJ 1º; o las de 3 de diciembre de 1998, Ar. 9917, FJ 1º, y Ar. 9915, de la Sala de lo Contencioso-administrativo. Esta última resulta sumamente expresiva:

“La sentencia recurrida puede haber incurrido, efectivamente, en algunas imprecisiones terminológicas e, incluso, en parciales confusiones conceptuales, pero no constituye, ni integra, per se, una equivocación integral o un estricto error judicial (...) craso, patente, indubitado, injustificable, flagrante, ilógico, esperpéntico y absurdo, producto exclusivo de la incuria o desaplicación del juzgador (...)” “No se llega a dar forma a un verdadero y

propio ‘error incomprensible integral’ que descalifique la decisión. No se dice, como sería imprescindible para que prosperara, en principio, una declaración de error judicial, que los hechos de que se partió no se corresponden en lo esencial con los planteados en el litigio, ni que el razonamiento aplicativo del derecho no tenga cabida en una inteligencia racional de éste o que escape a toda comprensión lógica (siendo cosa diferente el que el mismo responda o no a un criterio compartible)” (FJ 6º).

En cuanto a las pretensiones de indemnización derivadas de prisión preventiva seguida de pronunciamiento penal absolutorio, la **STS de 4 de noviembre de 1998**, Ar. 9868, reitera que, al supuesto contemplado en el artículo 294 LOPJ, “inexistencia del hecho imputado” (inexistencia objetiva), ha de sumársele la “imposibilidad de participación en los hechos suficientemente probada” (inexistencia subjetiva), pero no puede equiparse a ésta la absolución por falta de pruebas suficientes de la participación del reclamante.

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Acceso a la función pública. A) Las pruebas de acceso no pueden recabar sin causa fundada datos que afectan a la intimidad personal. B) Derecho a acceder en condiciones de igualdad. Promoción interna. Desigual valoración de méritos en situaciones idénticas. C) Personal laboral. Composición de los Tribunales de selección. Número y especialización de sus miembros. **3. Carrera administrativa.** Provisión de puestos de trabajo. Concurso. Valoración de méritos. Duración y fases de los cursos. Valoración conjunta. **4. Incompatibilidades.** La aplicación de un régimen de incompatibilidades en el sector público no supone la privación definitiva de uno de los puestos de trabajo sino sólo la suspensión de su desempeño actual con posibilidad de retorno a dicho puesto. **5. Derechos económicos.** A) La totalidad de las retribuciones de los funcionarios está sometida al dictado imperativo de la ley, sin que la Administración pueda abonar retribuciones distintas de las legales. B) No resulta disconforme a Derecho la generalización del complemento específico cuando se trata de pequeñas organizaciones administrativas en las que el escaso número de funcionarios tiene que llevar a cabo todas y cada una de las funciones que son propias de dicha organización. **6. Extinción de la relación funcional.** La pérdida de la condición de funcionario por condena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público aparece contemplada específicamente por el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles y no por el artículo 50.4 de la misma.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge algunos de los pronunciamientos más recientes del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, relativos al acceso a la función pública, a la carrera funcional y a las incompatibilidades y derechos de los funcionarios. Las sentencias comentadas han sido seleccionadas atendiendo tanto a la novedad de la doctrina que contienen, en unos casos, como a la importancia de los matices que establecen en relación con la doctrina ya conocida, en otros casos.

2. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

A) Las pruebas de acceso no pueden recabar sin causa fundada datos que afectan a la intimidad personal

La STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 1998, Ar. 4243, Sala de lo Contencioso-Administrativo, declara la nulidad del test realizado a profesores en período de prácticas tras acceder a la función pública, puesto que el contenido del test recurrido supone una intromisión ilegítima en la esfera de la personalidad, recabando sin justa causa el conocimiento de datos que afectan a la intimidad personal, según lo dispuesto por la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección del honor e intimidad personal y la Ley 12/1989, sobre modo de obtener y proteger datos informáticos.

En este sentido, la Sala señala que:

“(…) el test mismo desborda cualquier ámbito objetivo de justificación, sin perjuicio de que pudiera proponerse un test general de personalidad proporcionado, no denigratorio o de ámbito más limitado, o que ese mismo test pudiera estar justificado en sus líneas generales para el personal que se sospechase pudiera tener graves enfermedades psicológicas o alteraciones de personalidad que les hicieran incompatibles con el servicio público a desempeñar, lo que exigiría en todo caso una justificación individual previa y suficiente”.

B) Derecho a acceder en condiciones de igualdad. Promoción interna. Desigual valoración de méritos en situaciones idénticas

La STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 1998, Ar. 4652, Sala de lo Contencioso-Administrativo, estima parcialmente el recurso interpuesto por el demandante, anulando la resolución impugnada por falta de valoración del mérito relativo al “trabajo desarrollado según el nivel de complemento de destino del puesto de trabajo desempeñado en la fecha de publicación de la convocatoria”. Mérito cuya valoración aparecía condicionada en otra de las Bases a que el puesto de trabajo “se ocupe en la Administración General del Estado el día de la publicación de esta convocatoria”.

La Administración demandada afirma haber aplicado este último criterio en la puntuación del mérito alegado, circunstancia que es negada por el recurrente. Es cierto que, al publicarse la convocatoria, el actor se encontraba destinado en una Universidad, es decir, en un Ente público independiente de la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia. Ocurre, sin embargo, que la Administración valoró el mérito controvertido a cuatro funcionarias que, en la fecha de publicación de la convocatoria, no prestaban servicio en la Administración General del Estado, sino también en determinados Entes de Derecho Público independientes de ésta.

Por ello, afirma la Sentencia:

“(…) todos debían ser tratados de manera idéntica a la hora de calificar ‘el trabajo desarrollado’, pese a lo cual el órgano de selección estableció un doble criterio para valorar el aludido mérito al no otorgar puntuación alguna al recurrente, violando el principio constitucional que obliga a dispensar un trato igual a todos los concursantes y creando una situación discriminatoria que debe ser reparada”.

C) Personal laboral. Composición de los Tribunales de selección. Número y especialización de sus miembros

Según lo dispuesto por el artículo 11.2 del Real Decreto 223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado, “en la composición de los Tribunales se velará por el cumplimiento del principio de especialidad, en base al cual al menos la mitad más uno de sus miembros deberá poseer una titulación correspondiente al mismo área de conocimientos que la exigida para el ingreso y la totalidad de los mismos de igual o superior nivel académico”.

En el mismo sentido insistía la Base 7ª de la Convocatoria para la provisión de una plaza laboral de Técnico de Normalización Lingüística del Ayuntamiento de Ibiza, pronunciándose sobre la composición predominantemente técnica del Tribunal y la titulación o especialización de sus miembros igual o superior a las exigidas para el acceso a la plaza convocada.

Sin embargo, ninguna de las disposiciones anteriores fueron respetadas en la composición del Tribunal calificador de las pruebas para el acceso a la plaza indicada, ya que no resultó acreditado que ninguno de los actuantes tuviera la titulación correspondiente al área de conocimientos exigida para el ingreso. Tampoco el Tribunal calificador se compuso de los cinco miembros a los que hace referencia el Real Decreto 2223/1984, sino que solamente constaba de cuatro miembros, con ausencia del que corresponde designar a los representantes de los trabajadores.

Por todo ello, la STSJ de Baleares de 2 de noviembre de 1998, Ar. 4247, Sala de lo Contencioso-Administrativo, declaró la nulidad radical de las actuaciones seguidas por dicho Tribunal de Selección.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

Provisión de puestos de trabajo. Concurso. Valoración de méritos. Duración y fases de los cursos. Valoración conjunta

La Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía convocó un concurso para la provisión de plazas de Catedráticos de los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Escuelas Oficiales de Idiomas y Artes Gráficas y Diseño. El baremo del Anexo

III de la Orden de convocatoria del concurso, relativo a “Cursos de Formación y Perfeccionamiento”, distinguía, a efectos de su puntuación, entre cursos de duración no inferior a treinta horas ni superior a cien horas y cursos de duración superior a cien horas. En aplicación del baremo señalado, el recurrente, que había impartido las tutorías en las prácticas del Curso de Aptitud Pedagógica durante los cursos académicos 1988/1989 y 1989/1990, por espacio de noventa horas en cada uno de ellos, encargándose también de los módulos teóricos de Didáctica Especial, de treinta horas de duración cada uno y dentro de los citados Cursos de Aptitud Pedagógica, obtuvo la valoración correspondiente a dos cursos de duración inferior a cien horas.

Sin embargo, no cabe sostener dicha postura atendiendo a la norma reguladora de los Cursos de Aptitud Pedagógica, la Orden de 11 de diciembre de 1985. Pues, si bien la citada Orden contempla dentro de dichos cursos una fase práctica de noventa horas de duración, y una fase teórica, con duración de treinta horas, los alumnos obtienen un único certificado por la realización de dicho Curso, con la calificación correspondiente a la media aritmética de las fases práctica y teórica.

Dada la consideración inescindible de las fases que integran los Cursos de Aptitud Pedagógica, la STSJ de Andalucía de 3 de diciembre de 1998, Ar. 4700, Sala de lo Contencioso-Administrativo, declara el derecho del recurrente a la valoración de los cursos por él impartidos como dos cursos de duración superior a cien horas.

4. INCOMPATIBILIDADES

La aplicación de un régimen de incompatibilidades en el sector público no supone la privación definitiva de uno de los puestos de trabajo sino sólo la suspensión de su desempeño actual con posibilidad de retorno a dicho puesto

La STS de 19 de octubre de 1998, Ar. 8653, Sala Tercera, se ha pronunciado acerca de los efectos derivados de la aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. En este caso concreto, los demandantes recurren en última instancia contra las resoluciones administrativas que los habían declarado excedentes en los segundos o terceros puestos públicos antes ocupados por ellos. La causa de la impugnación se centra básicamente en el tratamiento diferenciado que proporciona la legislación laboral en materia de jubilación forzosa y, más concretamente, en la falta de compensación por el sacrificio de situaciones precedentes, al entender que la privación de un puesto de trabajo implica desigualdad si no es indemnizada.

El Tribunal Supremo entiende que el tratamiento dado al límite del derecho del trabajo en el orden privado, que supone la introducción en él de la jubilación forzosa, no guar-

da relación de homogeneidad con el tratamiento de los contenidos de las relaciones estatutarias del Derecho público. Por ello, la idea de sacrificio desproporcionado que alegan los recurrentes no puede operar en los mismos términos a la hora de justificar un determinado régimen de incompatibilidades en un orden estatutario jurídico-público. Así, mientras que la jubilación forzosa en el orden laboral implica la privación definitiva de toda ulterior posibilidad de trabajo retribuido,

“(…) la aplicación de un régimen de incompatibilidades en el sector público, y la consecuente excedencia en uno de los puestos incompatibles, no supone privación definitiva del mismo, sino sólo la suspensión de su desempeño actual (y naturalmente la pérdida de la retribución durante el tiempo de excedencia), con posibilidad de retorno al puesto, si cesa la situación de incompatibilidad, ni priva genéricamente de la posibilidad de trabajar, pues se conserva el otro puesto incompatible, y la retribución a él correspondiente, a parte de la posibilidad de ocupaciones privadas no incompatibles”.

5. DERECHOS ECONÓMICOS

A) La totalidad de las retribuciones de los funcionarios está sometida al dictado imperativo de la ley, sin que la Administración pueda abonar retribuciones distintas de las legales

En este supuesto un funcionario había reclamado a la Administración en la que prestaba servicio el pago de unos pluses que retribuían el trabajo en días festivos con período nocturno o en circunstancias de penosidad, toxicidad o peligrosidad. Se daba además la circunstancia de que diversas sentencias del Juzgado de lo Social habían reconocido el pago de dichos pluses al personal laboral del Ayuntamiento, lo que incita al funcionario recurrente a reclamar también el pago de estos pluses dada la identidad de funciones que realiza.

En STSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 1998, Ar. 4144, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se establece, no obstante, que:

“(…) la pretensión que postula el recurrente no puede ser aceptada y ello por la definitiva razón de que no puede desconocerse que la totalidad de las retribuciones que devengan los funcionarios públicos están sometidas al dictado imperativo de la ley, de tal suerte que éstos sólo pueden ser retribuidos por los conceptos en ella establecidos sin que la Administración a la que sirven pueda abonar retribuciones distintas de las legales ni, por consiguiente, el funcionario reclamarlas”.

Además, ello no supone ninguna violación del principio de igualdad entre el personal laboral y el funcional, toda vez que cada una de estas categorías está sometida a un régimen completamente distinto.

B) No resulta disconforme a Derecho la generalización del complemento específico cuando se trata de pequeñas organizaciones administrativas en las que el escaso número de funcionarios tiene que llevar a cabo todas y cada una de las funciones que son propias de dicha organización

En la STS de 4 de septiembre de 1998, Ar. 7044, dictada por la Sala Tercera en recurso de apelación se cuestionaba la generalización del complemento específico, pues el Abogado del Estado entendía que resultaba contraria a la naturaleza singular y limitada de este concepto retributivo.

El Tribunal Supremo ha declarado, no obstante, que para destruir la presunción de legalidad del acuerdo por el que se generalizaba el complemento específico:

“(…) no basta con invocar la improbabilidad, que no la imposibilidad, de que en todos los supuestos concurren elementos que justifiquen la existencia del complemento específico, en mayor o menor cuantía, olvidando que resulta igualmente improbable que en ninguno de ellos se den dichos elementos, cuando es razonable que en algunos concurren las características necesarias para la asignación de dicha retribución complementaria”.

Por ello, entenderá finalmente el Tribunal, que:

“la anulación de este acuerdo hubiera requerido la ruptura de la presunción de su legalidad mediante la acreditación de que en ninguno de los puestos aparece justificada la concesión del complemento específico”.

6. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

La pérdida de la condición de funcionario por condena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público aparece contemplada específicamente por el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles y no por el artículo 50.4 de la misma

El ATS de 18 de septiembre de 1998, Ar. 9073, Sala Tercera, Sección Primera, inadmite el recurso de casación interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Justicia por la que se declaró la pérdida de la condición de funcionario del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias del recurrente, por aplicación del artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, tras haber sido condenado, por delito doloso, a la pena de inhabilitación especial para cargo público.

El actor, por su parte, estima que debió aplicarse el artículo 50.4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que desarrolla y completa el artículo 37.1.d) de la misma Ley.

Sin embargo, el Tribunal Supremo:

“(…) considera de aplicación preferente el art. 37.1.d) frente al artículo 50.4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, por ser el primero específico al estar comprendido sistemáticamente en el capítulo III del título III de la Ley que regula la ‘Adquisición y pérdida de la condición de funcionario’, precepto aquel que determina de modo expreso y concluyente las causas que dan lugar a la pérdida de tal condición sin distinción ni motivación alguna; en cambio el artículo 50.4 está incluido en el capítulo IV del mismo título que regula las ‘situaciones’ en que se pueden encontrar los funcionarios, aludiendo el número 4 de dicho artículo a una situación de suspensión motivada por una pena de inhabilitación ‘con carácter perpetuo’, carácter éste de la pena abolido desde hace tiempo en nuestro ordenamiento jurídico”.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Régimen del suelo no urbanizable especialmente protegido. 2. Planeamiento urbanístico. A) PERI elaborado para modificar el uso de un inmueble. B) La suspensión del otorgamiento de licencias no surte efectos sobre las que hubieran podido obtenerse por silencio administrativo. C) No procede la aprobación definitiva por silencio del Plan Parcial debido a las deficiencias documentales. D) Efectos no invalidantes de la omisión del informe del Secretario de la Corporación en la aprobación de los Planes de Urbanismo. **3. Expropiaciones urbanísticas.** A) Valoración: momento y criterios. **4. Supuestos indemnizatorios.** A) Requisitos. **5. Ejecución del planeamiento.** A) Polígonos y unidades de actuación. B) Obras de urbanización: entidades de conservación de la urbanización. **6. Procedimiento de otorgamiento de las licencias.** A) Obras públicas exentas del deber de obtener licencia. B) Exigencia de licencia para la instalación de vallas publicitarias. **7. Naturaleza jurídica de las licencias.** A) Licencias de primera ocupación. B) Licencias provisionales. **8. Caducidad de las licencias.**

1. RÉGIMEN DEL SUELO NO URBANIZABLE ESPECIALMENTE PROTEGIDO

La STS de 3 de noviembre de 1998 (Ar. 8004), es un nuevo caso de aplicación de la doctrina sobre la discrecionalidad administrativa en la clasificación de suelo y el control judicial de posibles errores, arbitrariedades, vulneración de principios generales o desviación de poder. La prueba pericial admitía que los terrenos objeto de controversia tenían un valor paisajístico digno de protección, si bien consideraba que su destino más lógico era la urbanización. En esta tesitura, el Tribunal acepta que:

“(...) la opción del autor del planeamiento, preservando los mencionados terrenos del proceso urbanizador, haya de considerarse tan razonable, al menos, como la que pretende introducir dicho suelo en el proceso urbanístico”.

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) PERI elaborado para modificar el uso de un inmueble

A juicio de la STS de 16 de noviembre de 1998 (Ar. 9331), los arts. 17 y 23 del TRLS de 1976, al enunciar el posible objeto de los Planes Especiales, no prestan cobertura legal a un PERI elaborado con la estricta y única finalidad de modificar el uso dotacional de un inmueble (guardería) por el de “Bar-Restaurante”.

B) La suspensión del otorgamiento de licencias no surte efectos sobre las que hubieran podido obtenerse por silencio administrativo

Existe una copiosa jurisprudencia que declara que las solicitudes de licencias han de resolverse atendiendo al planeamiento vigente en la fecha de la resolución, si bien esta regla general ha de modularse cuando la Administración ha incurrido en un retraso injustificado en decidir que dé lugar a que en ese momento se hubiera suspendido el otorgamiento de licencias. La STS de 26 de octubre de 1998 (Ar. 8118), recuerda, en ese sentido, que:

“(…) la suspensión del otorgamiento de licencias surte sus efectos interruptivos sobre las peticiones formuladas con anterioridad, salvo sobre las que hayan podido dar lugar a la obtención de licencia por silencio administrativo positivo y aquellas que hayan sido presentadas al menos tres meses antes de la publicación de la suspensión”.

C) No procede la aprobación definitiva por silencio del Plan Parcial debido a las deficiencias documentales

La STS de 29 de octubre de 1998 (Ar. 8000), ateniéndose al art. 133 del Reglamento de Planeamiento, confirma que:

“(…) las deficiencias de la documentación y las insuficiencias en la justificación del cumplimiento de determinaciones esenciales del Plan en proyecto han sido una constante no corregida a los largo de toda la tramitación del mismo, desde su aprobación inicial, e impiden sostener con éxito la existencia de una aprobación por silencio administrativo positivo”.

En concreto, las carencias afectaban al abastecimiento y saneamiento de aguas, sistema de accesos y estudio de impacto ambiental.

XI. Urbanismo

D) Efectos no invalidantes de la omisión del informe del Secretario de la Corporación en la aprobación de los Planes de Urbanismo

La STS de 5 de noviembre de 1998 (Ar. 8124), mantiene la línea jurisprudencial que no aprecia efectos invalidantes en la omisión del informe preceptivo del Secretario de las Corporaciones locales en la aprobación de los Planes de Urbanismo –exigido en el art. 47.2.i) de la LBRL en relación con el art. 54.1.b) del TRRL–:

“(…) en cuanto que no habiendo producido la falta de informe indefensión para nadie ni privado al acto de los elementos esenciales para cumplir su fin, el vicio es no invalidante, y no puede arrastrar la anulación del acto”.

3. EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) Valoración: momento y criterios

En la determinación del justiprecio, la fecha a la que debe referirse es la del inicio del expediente de justiprecio, referido siempre al planeamiento vigente. En este sentido hemos de destacar la STS de 15 de septiembre de 1998 (Ar. 7526), en cuyo FJ 2º se manifiesta:

“(…) las determinaciones relativas al aprovechamiento del suelo contenidas en el planeamiento anterior al que se ejecuta, no son aplicables para obtener el valor urbanístico de los terrenos ya que la referencia que los artículos 105.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976(...) y 146 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978(...) hacen al planeamiento debe entenderse siempre hecha al vigente, aunque éste hubiere disminuido el aprovechamiento permitido por el anterior (...)”.

De idéntico tenor son las SSTs de 5 de diciembre de 1998 (FJ 1º) (Ar. 10172) y de 12 de noviembre de 1998 (Ar. 9145) FJ 6º.

Al tratarse de Expropiaciones Urbanísticas el TS, en reiterada jurisprudencia, declara inaplicable el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa. Así, en la STS de 21 de julio de 1998 (Ar. 7523), expresamente en el FJ 2º manifiesta:

“La naturaleza urbanística de la expropiación (...) es determinante, cual venimos reiterando hasta la saciedad (por todas Sentencias de 17 de febrero y 3 de marzo 1998, de que la tasación procedente ha de ser efectuada en todo, prescindiendo desde luego de los criterios estimativos que enuncia el artículo 43 de la Ley expropiatoria, con arreglo al valor urbanístico, según prescribe el artículo 108 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido de 1976 y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de aquélla y los 145 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística (...)”.

Igual apreciación se realiza en las siguientes: **Sentencia de 2 de octubre de 1998** (Ar. 7771) FJ 3º, **Sentencia de 29 de octubre de 1998** (Ar. 8423) FJ 5º, **Sentencia de 12 de noviembre de 1998** (Ar. 9145) FJ 3º, **Sentencia de 26 de noviembre de 1998** (Ar. 9314) FJ 1º, **Sentencia de 24 de noviembre de 1998** (Ar. 9584) FJ 2º, **Sentencia de 6 de noviembre de 1998** (Ar. 9871) FJ 4º, **Sentencia de 3 de diciembre de 1998** (Ar. 10029) FJ 2º.

El criterio prioritario para determinar el valor urbanístico lo será conforme al rendimiento que a dicho aprovechamiento se atribuya a efectos fiscales, que es el fijado a efectos de la contribución territorial urbana. Concretamente, la **STS de 22 de octubre de 1998** (Ar. 8846) en su FJ 7º recuerda:

“En nuestras Sentencias(...) hemos declarado que tanto el artículo 105.1 del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, como el artículo 145 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, fijan, como primer y prioritario criterio para determinar el valor urbanístico, el del aprovechamiento correspondiente a los terrenos según su situación, conforme al rendimiento que a dicho aprovechamiento se atribuya a efectos fiscales al iniciarse el expediente de valoración, que no es otro (...) que el determinado a los efectos de la contribución territorial urbana (...)”.

Otros pronunciamientos en idéntica dirección son: **STS de 9 de octubre de 1998** (Ar. 9360) FJ 2º, **STS de 31 de octubre de 1998** (Ar. 9521) FJ 2º, **STS de 12 de noviembre de 1998** (Ar. 9145) FJ 3º.

4. SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS

A) Requisitos

Tampoco en el examen del supuesto indemnizatorio regulado en el art. 87.2 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, Texto refundido de 1976, se ha producido ninguna novedad, sino todo lo contrario, se ha reiterado la doctrina que ya expusiéramos en números anteriores y que sintetizábamos en:

- a) No toda alteración de la ordenación urbanística origina automáticamente derecho a indemnización.
- b) Que el Plan haya llegado a su fase final de realización, que es entonces cuando se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación.
- c) Que se cause lesión a un derecho ya adquirido.

XI. Urbanismo

De este modo, en la STS de 5 de octubre de 1998 (Ar. 7983) FJ 4º se puede leer:

“La doctrina jurisprudencial (...) tiene reiterado que para la procedencia de la indemnización regulada en el artículo 87.2 de la Ley del Suelo de 1976, desde luego se requiere la constancia de lesión de un derecho o derechos y ni meras expectativas emanadas de un Plan Parcial anterior.”

Asimismo, comprobando la concurrencia de los requisitos que justifican la indemnización, encontramos la Sentencia del TS de 3 de noviembre de 1998 (Ar. 8004) FJ 3º y la STS de 5 de enero de 1999 (Ar. 88) FJ 2º.

5. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Polígonos y unidades de actuación

El TS, en su Sentencia de 9 de noviembre de 1998 (Ar. 8007), al analizar el deber de cesión gratuita de terrenos que los propietarios de suelo urbano están obligados a realizar a los Ayuntamientos, para ser destinados a viales (art. 83.3.1 del TRLS de 1976), indica que tal deber de cesión gratuita sólo opera en tanto en cuanto se actúa de conformidad con las técnicas recogidas en la Ley del Suelo, es decir, que para su virtualidad requiere la delimitación de un polígono o unidad de actuación (art. 117 del TRLS de 1976), que permita hacer efectivo el reparto equitativo de las cargas y de los beneficios que se derivan del planeamiento.

En este sentido, una actuación municipal al margen de estos preceptos (por ejemplo, imponiendo a los propietarios de suelo urbano cargas no recogidas en el art. 83 del TRLS de 1976, o que se esté actuando sin la existencia de un polígono en fase de ejecución), debe ser declarado como no ajustada a derecho, tal y como sucede en el supuesto concreto de que se ocupa la sentencia arriba citada.

B) Obras de urbanización: entidades de conservación de la urbanización

En la Sentencia de 26 de octubre de 1998 (Ar. 7688), el TS va a estudiar la naturaleza y normativa reguladora de las Entidades de Conservación. Según se deriva del art. 24 del RGU de 1979, entre las Entidades Urbanísticas Colaboradoras se encuentran las Entidades de Conservación, y como toda Entidad Colaboradora, tales Entidades de Conservación se configuran como un medio de participación en la gestión urbanística de los interesados en el procedimiento urbanístico.

En cuanto a su regulación, y al igual que el resto de Entidades Colaboradoras, será la que resulte de sus Estatutos, de lo establecido en los arts. 24 a 30 del RGU de 1979, y de las normas de los arts. 67 a 70 del mismo que resulten aplicables, según se indica en el art. 24.3 del citado RGU de 1979.

Lo que caracteriza, a juicio del TS, a estas Entidades de Conservación, es que los principios que rigen su estructura y funcionamiento, al ser agrupaciones de propietarios, mejor, “asociaciones *propter rem*”, cuya finalidad es asegurar el mantenimiento y conservación de la urbanización, son los de publicidad del procedimiento de toma de acuerdos y sistema democrático en la adopción de decisiones. Además, por la propia finalidad de estas Entidades, los propietarios que se encuentren situados en el ámbito de actuación de la Entidad contemplada, no pueden substraerse de la pertenencia a dichas Entidades, pues por aquella finalidad, esa pertenencia viene predeterminada por la propiedad de terrenos en el ámbito territorial de la urbanización.

Por todo lo anterior, el TS entiende que a las Entidades de Conservación no le son aplicables los capítulos II y III del Título V del RGU de 1979, en concreto, las normas referidas a constitución y funcionamiento y el quorum del art. 158 del RGU de 1979, ya que éstos sólo se refieren a las juntas de compensación y a las asociaciones administrativas de propietarios, pero no a las Entidades de Conservación que se rigen por la normativa antes referida.

6. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LAS LICENCIAS

A) Obras públicas exentas del deber de obtener licencia

La STS de 25 de noviembre de 1998 (Ar. 8610) declara, revocando la sentencia apelada, la no obligación de la Administración General del Estado de solicitar del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera licencia para la realización de determinadas obras en el aeropuerto de dicha localidad.

El argumento que maneja la Sala para exonerar del cumplimiento de dicho trámite se funda en la aplicación al supuesto considerado del artículo 180.2 del texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976. En este caso, basta con la notificación de la conformidad del órgano local de que las obras son acordes con la planificación vigente. Esta comunicación equivale a la licencia.

De la misma manera, la STS de 24 de noviembre de 1998 (Ar. 9607), siguiendo una abundante doctrina jurisprudencial del mismo órgano, distingue, a los efectos de necesidad de otorgamiento de licencia municipal de obras, los supuestos de ordenación urbanística en sentido estricto, y de ordenación del territorio. En este último se considerarán las grandes obras o construcciones de marcado interés público que son de competencia estatal, para cuya ejecución no se precisa autorización municipal dada su gran trascendencia social, que no puede quedar frustrada por esta voluntad.

En tal sentido, considera integradas en estas obras las autopistas y en el supuesto fallado exime de permiso de obras las edificaciones construidas dentro del Área de

XI. Urbanismo

Mantenimiento de aquélla que, por destinarse a Dirección de Explotación, Administración y Facturación, forman parte de la misma.

También en esta dirección se expresa la **STS de 7 de noviembre de 1998** (Ar. 9594), que reitera la no exigibilidad de la licencia municipal para las obras que, por su naturaleza, alcance o extensión, sobrepasen la materia estricta del urbanismo local e incidan en la ordenación del territorio, como es el caso de las obras analizadas en esta decisión: construcción de determinados módulos de almacén al servicio de una autopista (FJ 3º).

Finalmente, la **STS de 6 de octubre de 1998** (Ar. 7984) exime a la Administración pública del deber de obtener licencia municipal de obras exigida por el artículo 244 del Texto Refundido de 1992 cuando se cumplan las condiciones requeridas por el número 2 del precepto: razones de urgencia o excepcional interés público, remisión del proyecto por parte del Ministerio al Ayuntamiento y notificación por este último de la conformidad o disconformidad del mismo al planeamiento urbanístico vigente.

Estima la alta instancia jurisdiccional que el primero de estos requisitos, discutido en esta sede, se cumple en el supuesto ante la misma planteado.

B) Exigencia de licencia para la instalación de vallas publicitarias

La necesidad de recabar y obtener permiso municipal para la instalación de vallas publicitarias se deja patente en la **STS de 23 de noviembre de 1998** (Ar. 8604), que cumple así con lo dispuesto en los artículos 1.17 del Reglamento de disciplina urbanística y el 178.1 del Texto Refundido de 1976. Esta regla es, asimismo, aplicable al traslado de las mismas.

Dicha autorización no podrá entenderse concedida por silencio administrativo cuando la instalación de aquéllas vulneren lo dispuesto en el planeamiento urbanístico, como es el caso de su ubicación clandestina en un lugar próximo al perímetro de una autovía, por prohibirlo expresamente la Ley de Carreteras, según establece la **STS de 9 de noviembre de 1998** (Ar. 9596), o por incluirse tal criterio, por voluntad municipal, en las directrices y Ordenanzas del Ayuntamiento, tal y como señala el fallo de la **STS de 19 de noviembre de 1998** (Ar. 8603).

7. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LICENCIAS

A) Licencias de primera ocupación

La **STS de 14 de diciembre de 1998** (Ar. 10102), después de notar que este tipo de permiso se dirige a constatar si la obra ejecutada se ajusta a la licencia concedida, verificando si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habitarse para el uso al que se destina, insiste en la relación –destacada por la doctrina

jurisprudencial—, que existe entre la licencia de primera ocupación y la de obras, lo que determina que ni la Administración pueda aprovechar aquélla para revisar ésta, imponiendo condiciones o limitaciones no exigidas al concederse la última, ni que el administrado pueda apartarse en la ejecución de la construcción de los términos en que la licencia de obra fue concedida.

Esta habilitación a la Administración para denegar la licencia de ocupación si se observa disconformidad entre ambas autorizaciones es el argumento empleado por la **STS de 22 de octubre de 1998** (Ar. 7686), para denegar la misma (FJ 3º).

Este permiso, según la **STS de 20 de octubre de 1998** (Ar. 7995), puede ser extendido por el Ayuntamiento, previa inspección de los Servicios Técnicos competentes, en los casos de no respuesta de los Técnicos Directores al requerimiento municipal de emitir el certificado final de obra, o en aquellos en los que los mismos no manifiesten razones de carácter técnico o de habitabilidad para negarse a su emisión, en atención al artículo 4.2 del RD 469/1972, de 24 de febrero.

B) Licencias provisionales

La **STS de 22 de diciembre de 1998** (Ar. 10115) confirma la sentencia de instancia que declaró no ajustada a Derecho la denegación por parte de un Ayuntamiento de una licencia provisional. El Tribunal llega a esta conclusión porque el acto administrativo cuestionado no se ajustó al procedimiento legalmente establecido.

El TS entiende que las autorizaciones provisionales previstas en el artículo 58.2 del Texto Refundido de 1976:

“(…) vienen siendo ligadas por la jurisprudencia, de modo reiterado, con el principio de proporcionalidad. Son el último esfuerzo del ordenamiento para evitar restricciones no justificadas al ejercicio de los derechos y se fundan en la necesidad de no impedir obras o usos que resultan inocuos para el interés público” (FJ 2º).

En cuanto al procedimiento de concesión de las mismas, éste es diverso que el previsto para las licencias de obras, y cuyos criterios de apreciación vienen determinados en el propio artículo 58.2 señalado, lo que no permite inferir de su carácter discrecional o a precario que su otorgamiento pueda ser arbitrario.

Esta naturaleza jurídica para este tipo de permisos es la sustentada, asimismo, en la **STS de 15 de diciembre de 1998** (Ar. 9725).

8. CADUCIDAD DE LAS LICENCIAS

El TS, en su Sentencia de 3 de diciembre de 1998 (Ar. 9710) confirma la del Tribunal de instancia que consideró válida la previsión en unas Ordenanzas locales de un plazo de caducidad a partir de la entrada en vigor de las mismas, incluso respecto de las licencias concedidas con anterioridad no sometidas a esta restricción.

Los argumentos manejados por el Supremo son los siguientes:

En primer término, que la titularidad de una licencia sin sujeción a caducidad, no comporta para quien ostenta la misma la disposición de un derecho perfecto, inmodificable y esgrimible frente al planeamiento futuro (FJ 4º).

En segundo lugar, la previsión de caducidad no tiene efecto retroactivo pues estas limitaciones no inciden sobre los permisos cuyos derechos hayan sido ya ejercidos.

Tercero, que esta previsión no supone una revisión de oficio realizada fuera de los cauces exigidos por nuestro ordenamiento, ya que la imposición de un lapso de tiempo para iniciar las obras amparadas en licencias anteriores no está revisando ni imponiendo una condición que no constara implícitamente (FJ 5º).

Finalmente, tampoco faltan en el supuesto considerado los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial en materia de caducidad de licencias: inexistencia de causa que justifique el no uso de las mismas, previsión de esta limitación en las Ordenanzas municipales y declaración formal en un expediente específico (FJ 6º).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

CONSUELO ALONSO GARCÍA

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:****1. Consideraciones previas. 2. Bienes locales. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

A) Objeto y finalidad que cumple el dominio público. B) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos.

C) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros. D) Enajenación de bienes. Adjudicación directa de una parcela sobrante a colindantes. E) Enajenación de bienes. Permuta. Condiciones para su procedencia. F) Utilización de los bienes de dominio público. G) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Carácter oneroso de los usos especiales y privativos. H) Potestades. Deslinde del dominio público. I) Potestades. Recuperación de oficio.

3. Aguas continentales. A) Aguas subterráneas: autorizaciones de investigación, caducidad y legalización de obras de alumbramiento. B) Aprovechamientos de aguas públicas: concurrencia de vía de hecho administrativa y restitución de la situación jurídica posesoria anterior. C) Aprovechamientos hidroeléctricos. D) Infracciones: la paralización del expediente puede conllevar su prescripción. E) Inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción. F) Regadíos: conformidad a derecho del RD 950/1989, de 28 de julio. G) Responsabilidad administrativa: las extracciones excesivas de agua determinan el deber de indemnizar a un concesionario de piscifactoría perjudicado.

H) Servicios de las Corporaciones locales: abastecimiento a poblaciones. **4. Aguas marítimas.**

A) Extensión del demanio marítimo. B) Deslinde. C) Régimen sancionador.

D) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. E) Los usos del dominio público marítimo-terrestre. F) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo.

G) Puertos. H) Pesca marítima y cultivos marinos. **5. Carreteras.** A) Infracciones y sanciones: incumplimiento de condiciones de licencia y realización de obras sin autorización. B) Responsabilidad administrativa y expropiación forzosa en supuestos relativos a carreteras. C) Problemática jurídica de las licencias municipales en materias relacionadas con las carreteras. **6. Minas.** Concesiones de aprovechamiento minero y permisos de investigación: criterios de inclusión en Secciones A y C del art. 3 de la Ley de Minas.

7. Montes. A) Ejercicio del derecho de retracto por la Administración: procedencia. B) Los bienes patrimoniales se arriendan, no se conceden. C) Montes vecinales en mano común: criterios de clasificación. D) Materiales forestales de reproducción: competencias de la Comunidad Autónoma vasca. **8. Patrimonio del Estado.** Enajenación directa de fincas. Derecho de colindancia. **9. Patrimonio cultural.** A) Bienes de interés cultural: no necesidad de autorización para obras. B) Protección del patrimonio histórico: demolición improcedente de fachada. C) Expediente de declaración de bien de interés cultural: derecho a una resolución motivada.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Se reúnen en esta entrega la jurisprudencia ordinaria aparecida en el Repertorio Aranzadi hasta diciembre, inclusive, de 1998, y la jurisprudencia constitucional aparecida hasta finales de abril de 1999.

2. BIENES LOCALES. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Objeto y finalidad que cumple el dominio público

Puede tener la calificación de dominio público, según la STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 8228, la zona “porchada a nivel de planta baja” de un edificio que sea de libre acceso a todos los ciudadanos en general, viniendo constituido el título de adquisición por la aplicación de las normas urbanísticas derivadas de la documentación gráfica incorporada al Plan General de Ordenación urbana, que prevén la consideración como de uso público del espacio contiguo a la vía de ese mismo carácter constituida por la zona porchada antes referida. Y todo ello sin perjuicio de que el subsuelo de la zona mencionada y las viviendas existentes sobre la misma sean de propiedad privada.

Es compatible el uso del subsuelo para aparcamiento y el de la superficie de la parcela para accesos y arbolado, finalidad esta última que justificó en su día la expropiación de la parcela. La existencia de un uso compatible en el subsuelo que no afecta a la superficie no justifica la reversión del bien expropiado, por entender que el fin perseguido por la expropiación se ha incumplido. (STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 9958.)

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

B) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos

La STC de 15 de julio de 1998 declara la inconstitucionalidad parcial 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, o sujetos a una legislación especial, como el patrimonio municipal del suelo. La admisión del embargo de bienes patrimoniales no afectos a fines públicos procede siempre que el acreedor haya observado el procedimiento para la válida realización del pago (artículo 154.4 de la Ley de Haciendas Locales) y el ente deudor persista en el incumplimiento. Condiciones estas últimas que se aprecian en el caso objeto de examen en el **ATS de 9 de octubre de 1998**, Ar.9867. Y contra esta argumentación no es posible alegar la delicada situación en la que se encuentra el erario municipal o diferencias en la determinación de la cuantía de la deuda no probadas por el Ayuntamiento. Pero corresponden al acreedor la adecuada individualización y selección de los bienes, advirtiendo que dicha selección se halla sujeta a un obligado control jurisdiccional, al acordarse el embargo.

Las afirmaciones que se han realizado se reiteran en la **STS de 26 de noviembre de 1998**, Ar. 9463, vinculando dichas consideraciones a las ejecuciones de sentencias condenatorias al pago de cantidades líquidas por la Administración local. En el caso concreto habían transcurrido más de diez años desde que se dictó la Sentencia.

C) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros

En la **STS de 30 de septiembre de 1998**, Ar. 8931, siguiendo una jurisprudencia anterior, se afirma que se ha suprimido la carga impuesta a los Ayuntamientos en orden a proporcionar vivienda a los maestros. Sin embargo, es precisa una autorización del Ministerio de Educación y Ciencia u órgano autonómico equivalente para desafectar los bienes que hasta esos momentos cumplían esos fines. En el caso concreto no se había solicitado pero su ausencia no constituye un motivo de nulidad del acuerdo de desafectación, dadas las circunstancias concurrentes. Por otra parte, no era necesario notificar a la actual ocupante del inmueble, sino que bastaba con la información pública, puesto que la jurisprudencia que se cita y en la que se exige dicho requisito se refería a aquellos supuestos en que el arrendatario perdía esta condición al calificarse el bien como dominio público o a la inversa. Mutación en la situación real posesoria que no se da en el caso objeto de enjuiciamiento porque al actual ocupante sólo se le exige un canon bajo.

En otra **STS de 27 de noviembre de 1998**, Ar. 9473, se declara no haber lugar al recurso sobre un asunto similar de falta de autorización autonómica para desafectar una vivienda casa-habitación, porque la norma discutida era un precepto autonómico y, por tanto, no susceptible de recurso de casación la Sentencia dictada. En todo caso, se parte de la ausencia de obligación de los Ayuntamientos de ceder gratuitamente estas viviendas.

D) Enajenación de bienes. Adjudicación directa de una parcela sobrante a colindantes

En el artículo 115 del Reglamento de Bienes se dice que si fueran varios los propietarios colindantes a una parcela sobrante, la venta o permuta se hará en forma que las parcelas resultantes se ajusten al más racional criterio de ordenación del suelo, según dictamen técnico. En el caso debatido en la **STS de 8 de octubre de 1998**, Ar. 7986, se trata de una parcela no susceptible de edificarse de forma independiente y que puede ser agregada a varios colindantes, pudiendo tener destinos diferentes según a quien se adjudique: jardín o zona verde en un caso y en otro edificarse. Para decidir la solución más racional con el fin de adjudicar la parcela a uno de los colindantes, no debe tenerse como único criterio la edificabilidad, sino que pueden tenerse en cuenta otros factores. En todo caso el criterio de prioridad temporal en la solicitud para decidir la adjudicación directa no constituye argumento suficiente, dado que el Reglamento de Bienes utiliza el de la racionalidad justificado en un dictamen técnico.

E) Enajenación de bienes. Permuta. Condiciones para su procedencia

El Reglamento de Bienes no autoriza la permuta de bienes en el caso de que la diferencia del valor de los permutados sea superior al 40 por ciento. En el caso debatido en la **STS de 13 de octubre de 1998**, Ar. 9827, existía una diferencia superior al 90 por ciento, por lo que encubría una cesión gratuita, y ello sin perjuicio de que se hubiera incluido una cláusula penal en el contrato de permuta para asegurar el fin social que perseguía el particular solicitante de la misma. Por otra parte, la permuta sólo procede cuando el bien que se enajena tenga la calificación de bien de propios o se haya procedido a la desafectación del bien de dominio público y convertido en patrimonial, según se indica en la **STS de 7 de diciembre de 1998**, Ar. 10096.

F) Utilización de los bienes de dominio público

Para que sea procedente el otorgamiento de licencia para un uso común especial, la ocupación debe realizarse en un bien de dominio público y no en una propiedad privada (**STS de 18 de noviembre de 1998**, Ar. 8228). Asimismo, el particular no puede pretender una indemnización por revocación de licencia de vado, si no prueba que le ha sido concedida (**STS de 17 de noviembre de 1998**, Ar. 9273).

Las utilizaciones privativas de los bienes de dominio público requieren el otorgamiento de una concesión mediante licitación pública. En el caso debatido en la **STS de 15 de julio de 1998**, Ar. 6485, se trataba de un concurso para la concesión administrativa de explotación de un kiosco en la vía pública, en el que surgen problemas a la hora de aplicar el baremo y en el que no se han valorado aquellas ofertas que incumplen el pliego de condiciones en aspectos meramente técnicos.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

G) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Carácter oneroso de los usos especiales y privativos

No es susceptible el cobro de una tasa por ocupación de vía pública cuando es precisa para la construcción de un aparcamiento y posterior gestión realizada por el adjudicatario de un contrato de obras y servicios celebrado con el Ayuntamiento; en cambio, es procedente si rebasa el espacio suficiente para ejecutar las obras (STS de 12 de julio de 1998, Ar. 6043).

H) Potestades. Deslinde del dominio público

El deslinde administrativo se configura en nuestro ordenamiento como una prerrogativa de la Administración en virtud de la cual puede proceder a delimitar el ámbito territorial de sus pertenencias en relación con la de los particulares, siempre a través de un procedimiento y sin que a través del deslinde puedan resolverse cuestiones de propiedad. Los efectos del deslinde alcanzan únicamente a declarar provisionalmente la posesión de hecho de la finca delimitada, pero el ejercicio de esta potestad presupone la titularidad posesoria del objeto a deslindar. En el caso concreto se trataba de un deslinde de un camino en el que se dudaba si existía ese bien destinado al uso público y en el que se habían cometido diversas irregularidades procedimentales por parte de la Corporación (STS de 8 de julio de 1998, Ar. 6095).

I) Potestades. Recuperación de oficio

La potestad de recuperación se dirige exclusivamente a la posesión del bien público despojado y los tribunales contenciosos pueden enjuiciar la legalidad de la decisión, sin perjuicio de los pronunciamientos de los tribunales civiles con respecto a la propiedad o posesión definitiva. Para la efectividad del ejercicio de dicha acción se debe probar la posesión de forma proporcionada en función del tiempo transcurrido y la delimitación del bien, prueba que debe valorarse de forma comparativa con las aportadas por el particular que justifiquen sus derechos posesorios. En el caso debatido en la STS de 14 de octubre de 1998, Ar. 7658, se tienen en cuenta los certificados registrales de las fincas, unos acuerdos de transacción de modificación del camino de principios de siglo y acuerdos posteriores que afectan al mismo, datos catastrales y la conservación del camino recuperado por el Ayuntamiento, así como declaraciones testificales.

En la STS de 23 de noviembre de 1998, Ar. 9605, se afirma que en los casos de recuperación en vía administrativa de un bien de dominio público despojado recientemente, en el que no existe confusión de límites y no es preciso el previo deslinde, no es necesario que la Corporación acompañe los documentos acreditativos de la posesión. El caso concreto versaba sobre el cierre y aprovechamiento particular de unos terrenos al Ayuntamiento con destino a viales públicos cedidos por la persona a la que se dirige la actuación administrativa. En la Sentencia sólo se pronuncia sobre la posesión no sobre otros puntos ajenos a la misma que pudieran estar en discusión.

En todo caso, y tratándose de bienes patrimoniales, la recuperación debe realizarse en el plazo de un año desde que se produjo la usurpación, siendo irrelevante aquellos incumplimientos de trámites procedimentales que no impliquen indefensión del interesado (STS de 15 de julio de 1998, Ar. 6721).

La licencia urbanística supone un control de la actividad del particular en el que la Administración comprueba la adecuación de lo solicitado con las previsiones contenidas en la legislación urbanística y los planes aprobados. Queda excluido, por tanto, el control sobre la titularidad del espacio sobre el que se pretende construir o ejercer una actividad. No obstante, cuando la Administración municipal tenga dudas sobre sus derechos dominicales o cuando tenga dudas de si ese terreno le pertenece puede denegar la licencia, como manifestación en este último caso de la potestad de recuperación de oficio de sus bienes (STS de 5 de diciembre de 1998, Ar. 10095).

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas subterráneas: autorizaciones de investigación, caducidad y legalización de obras de alumbramiento

El art. 66.1 de la Lag. de 1985, determina que la Administración hidráulica pueda otorgar autorizaciones para investigación de aguas subterráneas, con el fin de determinar la existencia de caudales aprovechables. En la **STS de 6 de julio de 1998**, Ar. 7601, el Tribunal entiende conformes a derecho unas Resoluciones administrativas que denegaban la realización de un sondeo en función de la afección a otras explotaciones existentes tal y como demostraban los informes técnicos aportados.

Por otro lado, en la **STS de 22 de julio de 1998**, Ar. 6909, el TS, confirmando la Sentencia del TSJ de Canarias impugnada, considera válidas unas Resoluciones recaídas en 1983 y 1988 por las cuales, se declaraba la caducidad de una autorización para alumbrar aguas subterráneas. El fundamento para ello es que ha resultado probado que las obras autorizadas no fueron ejecutadas durante más de 30 años por culpa exclusiva del recurrente, concurriendo pues, todos los requisitos necesarios para que surta efecto la caducidad de dicha habilitación. Según reiterada jurisprudencia de la Sala, debe aplicarse por analogía el art. 411 del CC que, aunque al hilo de las concesiones de aguas, prevé la caducidad por no uso del derecho durante 20 años.

Según el art. 1257 del CC: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; (...)”. Este precepto se aplica en la **STS de 18 de noviembre de 1998**, Ar. 7969, para resolver que es válida la Orden de la Consejería de Obras públicas del Gobierno de Canarias por la que se revocó la legalización de unas obras de alumbramiento de aguas y la autorización para nuevas labores consistentes en la perforación de una galería. La parte apelante alega que, a pesar de que a través de dichas obras se afecta negativamente al “Pozo de las Tapias”, la legalización de las labores mencionadas no per-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

judica al interés general, y que además ha de ser soportada por el particular a quien únicamente afecta, como consecuencia de la aplicación de los pactos civiles que se suscribieron entre 1960 y 1961. Sin embargo, el TS entiende que dicho planteamiento no puede prosperar porque, al margen de otras razones, si bien a través de esos contratos civiles se convino no ejercitar acción judicial o administrativa alguna, a causa de las labores que cada titular llevase a cabo en sus respectivas concesiones y ampliaciones autorizadas, lo cierto es que según el art. 1257 del CC, lo dispuesto en los contratos sólo opera respecto de los contratantes y sus sucesores a título universal, y se extiende al ámbito de los terceros únicamente cuando una norma jurídica lo preceptúe, o si el contenido de dicho contrato es puesto en conocimiento del tercero al suceder al titular de la explotación lo que no sucedió en el caso.

B) Aprovechamientos de aguas públicas: concurrencia de vía de hecho administrativa y restitución de la situación jurídica posesoria anterior

En la STS de 5 de octubre de 1998 (Ar. 7328) (Sala de lo civil), el Tribunal resuelve un caso en el que se recurre contra una vía de hecho de la Administración —la sustitución de una arqueta por otra pieza sin dar conocimiento a la Comunidad de regantes afectada— y se reconoce la competencia de la jurisdicción civil por ser de aplicación el art. 1 de la LJ de 1956 en consonancia con el art. 9.2 de la LOPJ en ese momento. Al concurrir vía de hecho, el TS entiende que debe restituirse la situación jurídica posesoria que, amparada por la ley —derecho de aprovechamiento de aguas adquirido por prescripción conforme a la legislación anterior, Disposición Transitoria Primera de la Lag. de 1985—, disfrutaba la Comunidad de Regantes y Usuarios.

C) Aprovechamientos hidroeléctricos

La STS 22 de septiembre de 1998 (Ar. 8517), llega a la conclusión de que la adjudicación del salto de pie de presa, objeto de controversia, es conforme a derecho, debido a que la Empresa Municipal de Abastecimiento y Saneamiento de Agua de Sevilla (Emasesa) ostentaba un derecho preferente (como órgano gestor del Ayuntamiento) en virtud del Decreto de 31 de marzo de 1950 y la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1982. La Sentencia considera que esta normativa es especial y no ha sido derogada por la general constituida por los arts. 58.3 de la Lag. de 1985 y 98.3 del RDPH.

Por otro lado, la STS de 21 de octubre de 1998 (Ar. 9061), resuelve el recurso que contra el RD 2366/1994, de 7 de febrero, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras, abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, interpone una empresa privada. Como fundamento de la pretensión, se ha aducido que el RD mencionado vulnera los arts. 1 y 7.b) de la Ley 82/1980, 30 de diciembre, de conservación de la energía, y en especial, el principio de jerarquía normativa que se recoge en el art. 103 de la CE y arts. 51 y 62.2 de la Ley 30/1992. Sin embargo, el Tribunal desestima la demanda por la indefinición de lo solicitado, y segundo por la validez de la disposición impugnada. En efecto, el reglamento se configura

como un instrumento normativo muy adecuado para regular aspectos básicos, cuando éstos son técnicos, o de carácter coyuntural y cambiante (FJ 4º). La cuestión fue objeto de tratamiento ya por la **STS de 27 de marzo de 1998** (Ar. 2858) [vid. nº 2 de esta Revista, crónica XII.3.C)] en el mismo sentido desestimatorio. Debe tenerse en cuenta que el reglamento citado ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única del RD 2818/1998, de 23 de diciembre (BOE de 30 de diciembre).

D) Infracciones: la paralización del expediente puede conllevar su prescripción

Es posible la prescripción de infracciones no sólo penales (art. 114 del Código Penal), sino también administrativas, a causa de la paralización del expediente por tiempo superior al fijado en la norma. En la **STS de 20 de octubre de 1998** (Ar. 7642) se aplica este principio, y el Tribunal estima inválida la exigencia de una multa a una empresa por vertido no autorizado de aguas residuales, ya que el procedimiento estuvo paralizado por tiempo superior a dos meses, siendo de aplicación el art. 37 del Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 y modificado por el de 25 de mayo de 1972.

E) Inscripción de aprovechamientos adquiridos por prescripción

El art. 149 de la Lag. de 1879 preveía la adquisición del derecho al aprovechamiento de aguas públicas por prescripción ininterrumpida de veinte años y sin oposición. En la **STS de 16 de septiembre de 1998** (Ar. 7613) se resuelve un recurso contra una denegación para inscribir un aprovechamiento adquirido a través de esta técnica posesoria. El TS confirma la decisión del Tribunal de instancia y entiende que la negativa de la CH del Duero sobre inscripción del aprovechamiento controvertido es improcedente porque la valoración de la prueba efectuada (prueba testifical y Acta de notoriedad) en la Sentencia apelada no vulnera el ordenamiento jurídico en general, ni el art. 1248 del CC, en particular y porque las obras que tuvieron lugar en un determinado año no suponen una modificación sustancial del aprovechamiento (por lo que no es preciso estarse a lo dispuesto en el párrafo 4º del art. 11 de la Orden de 24 de julio de 1963, que prevé como condición de la inscripción en estos casos modificatorios, la aprobación de expediente de revisión de características).

A la misma materia se refiere la **STS de 14 de octubre de 1998** (Ar. 8526). El TS en este caso anula unas Resoluciones administrativas denegatorias de la solicitud de inscripción de un aprovechamiento de aguas adquirido por prescripción (conforme a la legislación anterior). El fundamento de esta decisión estriba en que, si bien la Disposición Transitoria Primera de la Lag. de 1985 condiciona la legalización (mediante inscripción) de los aprovechamientos adquiridos por prescripción a que se efectúe en un plazo de tres años desde la entrada en vigor de dicha Ley, aportando Acta de notoriedad, no es menos cierto que dicho plazo no puede perjudicar al ciudadano cuando solicitada el Acta de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

notoriedad por éste dentro de plazo, este documento no se expide a tiempo por un defectuoso funcionamiento del servicio notarial. Por todo ello, debe admitirse el derecho de la parte recurrente a que se admita a trámite la solicitud de inscripción. En el mismo sentido, véase la STS de 20 de julio de 1998 (Ar. 6906).

F) Regadíos: conformidad a derecho del RD 950/1989, de 28 de julio

La STS de 13 de julio de 1998 (Ar. 6777) resuelve la impugnación que contra el RD 950/1989, de 28 de julio (que declara de interés general de la Nación la transformación económica y social de las zonas regables de Manchuela-Centro y Canal de Albacete) interpone la Generalidad Valenciana. La parte recurrente alega que dicho RD es nulo porque no se dio trámite de audiencia al Gobierno valenciano y porque además, es de contenido imposible al no existir estudios que acrediten la existencia de agua disponible para el riego.

Para fundamentar la validez del RD controvertido el TS acude a considerar el RD como un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de personas, y no un reglamento. La audiencia a los interesados regulada en el art. 91 de la LPA de 1958, no sería aplicable a la CA valenciana que no reuniría los requisitos enumerados en el art. 23 de la misma Ley. Por último se insiste en que el RD impugnado no supone en sí mismo el otorgamiento de un uso privativo de caudal de agua que ha de efectuarse según las previsiones de los Planes Hidrológicos, por lo que no puede mantenerse que infrinja la Ley de Aguas (FJ 4º). Por otra parte, las técnicas tradicionales del control jurisdiccional mediante los elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y principios generales del derecho, no permiten apreciar que el RD mencionado haya vulnerado el ordenamiento jurídico (FJ 6º).

G) Responsabilidad administrativa: las extracciones excesivas de agua determinan el deber de indemnizar a un concesionario de piscifactoría perjudicado

En la STS de 6 de octubre de 1998 (Ar. 7814) se reconoce el derecho de un titular concesionario de piscifactoría, a que sea indemnizado por un Ayuntamiento, al haber quedado demostrado a través de las pruebas periciales que se le causaron daños importantes mediante extracciones excesivas de agua que produjeron como consecuencia la muerte de peces de la piscifactoría por disminución del caudal de agua y falta de oxígeno. El TS niega que hubieran concurrido circunstancias extraordinarias en grado suficiente como para justificar el uso de la facultad excepcional que se contempla en el art. 21.1.j) de la LBRL; por el contrario, antes de llevar a cabo dichas extracciones, el Ayuntamiento debería haber comunicado la situación al Organismo de cuenca, que es el órgano competente para modificar caudales y decidir sobre la satisfacción de indemnizaciones por tales motivos (art. 53.2 de la Lag.) Dado el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (por aplicación en ese momento de los arts. 40 de la LRJAE, y 121 y 122 de la LEF), que obliga a responder también en los casos de funcionamiento normal del servicio, es preciso reconocer el derecho a

indemnización que ostenta el concesionario de la piscifactoría y que debe abonar el mencionado Ayuntamiento, con fijación de su cuantía.

H) Servicios de las Corporaciones locales: abastecimiento a poblaciones

La STS de 16 de octubre de 1998 (Ar. 7920) confirma la Sentencia del TSJ de Valencia, por cuanto considera válidas unas Resoluciones sobre denegación de modificación de la tarifa para el servicio de suministro domiciliario de agua potable. Las pérdidas pasadas debidas a una errónea gestión empresarial, no fundamentarían la concesión ahora de una subida.

De otro lado, la STS de 30 de octubre de 1998 (Ar. 9041) estima válida una Resolución por la que un Ayuntamiento ordenó el cierre del suministro de agua en relación a una finca. La titular de este inmueble que no había pagado los recibos correspondientes a varios meses, aduce en su defensa que el art. 25 de la CE que recoge el principio general del derecho *non bis in idem*, viene a ser vulnerado por el art. 10 del contrato de suministro de agua, por cuanto este último prevé una doble sanción por los mismos hechos: apremio para el cobro de los recibos impagados y cierre del suministro de agua.

Sin embargo, como aclara el TS, dado que el impago de los recibos de suministro de agua no constituye una infracción administrativa, sino el incumplimiento de una obligación contractual, ni el cierre del suministro de agua, ni el apremio para el cobro de los recibos se presentan como sanciones administrativas, haciéndose inaplicable el principio invocado por la recurrente (FJ 5°).

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Extensión del demanio marítimo

Son los artículos 3 a 6 de la actual Ley de Costas de 1988 los que fijan el alcance del dominio público marítimo-terrestre. En lo que ahora nos interesa, dada su relación con la Sentencia que se comenta, el artículo 4.2 considera como dependencia integrante del mismo “los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras, y los desecados en su ribera”, de modo que el relleno de parte de la zona marítimo-terrestre, aún llevado a cabo por un particular previa autorización administrativa, no altera tal naturaleza. No era así en la normativa anterior, en la que la existencia de título concesional autorizador de tal actividad permitía, si así lo recogían las cláusulas del mismo, otorgar la propiedad de la zona ganada al mar al particular que la llevara a cabo, sin perjuicio del mantenimiento en la misma de las servidumbres precisas. A una solución de síntesis entre ambas situaciones pretende llegar la Disposición Transitoria Segunda .2 de la vigente Ley de Costas, permitiendo el mantenimiento de las situaciones jurídicas surgidas al amparo

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

de la legislación anterior que contasen con título concesional en tal sentido, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuarán siendo, en todo caso, de dominio público. Sobre todas estas cuestiones, véase la STS de 20 de octubre de 1998, Ar. 9567.

B) Deslinde

El acto material de deslinde es la concreción de un procedimiento que, en ejercicio de una facultad administrativa estatal inherente a la naturaleza demanial de los bienes sobre los que se ejercita, tiene como objetivo la fijación de los límites del dominio público marítimo-terrestre, de modo que los mismos aparezcan acotados frente a terrenos colindantes que carezcan de tal consideración. La traslación al plano físico del resultado del procedimiento de deslinde viene dada por el amojonamiento, en tanto que permite constatar, para general conocimiento, la pertenencia de tales bienes al dominio público. Por ello, porque es la consecuencia necesaria de aquél y responde a sus determinaciones, la situación de los mojones no puede ser alterada sin la realización de un nuevo procedimiento de deslinde, que será el que determine, llegado el caso, si es precisa o no aquella modificación (STS de 29 de octubre de 1998, Ar. 9567).

Es de destacar que, en la actualidad, el artículo 13 de la vigente Ley de Costas de 1988 le otorga excepcionales efectos, al permitirle declarar tanto la posesión como la titularidad dominical del Estado. Por esta razón, una eventual anotación preventiva de dominio público en el Registro de la Propiedad a consecuencia del mismo ha de ser especialmente escrupulosa, en tanto que prefigura ya el alcance de una posible rectificación de carácter definitivo que suponga la inmatriculación en favor del Estado de una finca anteriormente inscrita en favor de terceros particulares. En este sentido, la **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 noviembre de 1998**, Ar. 8489, confirma la nota de un Registrador de la Propiedad negándose a efectuar tal anotación preventiva, por considerar insuficiente para proceder a la misma la sola resolución aprobatoria del deslinde, sin identificación de las fincas afectadas por el mismo y del alcance de tal afección. A *sensu contrario*, cuando quien pretenda efectuar la inmatriculación de una finca sea un particular, el artículo 15 de la Ley de Costas impone una serie de cautelas a fin de asegurar la no invasión del dominio público. Cautelas que, en todo caso, se exigirán con carácter previo a la realización de una nueva operación de registro, y nunca en relación con fincas ya inscritas –respecto de las cuales prevalece el principio hipotecario de presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resultan del asiento respectivo (artículo 38 de la Ley Hipotecaria)–, para cuya rectificación será precisa la tramitación del pertinente procedimiento de deslinde y la aprobación del acto en que se concrete el mismo. Sobre estas cuestiones se pronuncia la **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 julio de 1998**, Ar. 5971.

A diferencia de la regulación actual, la normativa anterior –Ley de Costas de 1969– no reconocía al deslinde tan amplias consecuencias, presentando únicamente tal acto simple valor de constatación de situaciones posesorias. En este sentido se manifiesta la STS de 9 de diciembre de 1998, Ar. 10254.

C) Régimen sancionador

La realización de obras en zona de dominio público marítimo-terrestre sin la existencia de un título administrativo previo que las permita era considerada en la precedente Ley de Costas de 1969, al igual que en la actualidad, como una infracción grave de carácter objetivo —es decir, existente por el mero hecho de su ejecución, al margen de que supongan o no un beneficio para el infractor— y, como tal, sancionable. Título que, además, debe provenir de la Administración que ostenta la competencia para su otorgamiento, esto es, de la Administración de Costas, sin que en ningún caso el Municipio pueda sustituirle en tal actividad al limitarse sus atribuciones al mantenimiento, limpieza e higiene de las playas, y que deberá ser expreso, no siendo suficiente el mero conocimiento de tales actuaciones por parte de la Administración. Sobre estas cuestiones, véase la STS de 15 de octubre de 1998, Ar. 8527.

D) 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, aparece regulada tanto en la normativa precedente como en la actual. Muestra de la primera es la STS de 18 de noviembre de 1998, Ar. 10250, que resuelve una controversia suscitada en el período de vigencia de aquélla. Este pronunciamiento, en aplicación de las previsiones que acerca de la servidumbre de salvamento contenían la Ley 28/1969, de Costas y el RD 1088/1980, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo, reconoce en abstracto la posibilidad de que la Administración autorice la realización de obras e instalaciones concretas en esta zona, siempre que no supongan un obstáculo para la efectividad de la servidumbre allí establecida, que no afecten a la integridad del dominio público y que no se opongan a lo establecido en los Planes de Ordenación existentes. Estos requisitos son incumplidos en el supuesto enjuiciado, lo que lleva a desestimar la pretensión autorizatoria del recurrente, y sin que en ningún caso la existencia tolerada de construcciones en similares condiciones en la misma zona suponga una lesión del principio de igualdad, que en todo caso ha de ceder ante el de legalidad.

En lo que hace a la actual Ley de Costas de 1988, las limitaciones al derecho de propiedad sobre los terrenos contiguos al dominio público marítimo-terrestre se traducen, sobre todo, en la prohibición de realizar en los mismos obras y actividades que puedan poner en peligro la integridad de aquél. En este sentido, el punto 2 del artículo 25 de la misma establece que en la zona de servidumbre de protección —extensiva a una franja de terreno de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1)— sólo se permitirá, con carácter ordinario, la realización de obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas. Al margen de éstas, sólo en casos excepcionales y debidamente justificados podrán autorizarse obras y actividades distin-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

tas, correspondiendo en todo caso tal autorización, según el artículo 25.3 interpretado de acuerdo con la STC 149/1991, al Consejo de Ministros. Sobre estas cuestiones, véase la STS de 27 de noviembre de 1998, Ar. 9576.

E) Los usos del dominio público marítimo-terrestre

En lógica aplicación de la teoría general de los usos del dominio público, el uso común especial del demanio marítimo —caracterizado por la concurrencia en él de especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad que, sin desvirtuar el principio de uso público de los bienes que lo integran, lo matizan— deberá venir amparado por la previa existencia de una autorización administrativa (SSTS de 26 de octubre de 1988, Ar. 7740 —ensanche y acondicionamiento de un paso peatonal con instalación de balaustrada al borde de la costa—, 15 de septiembre de 1998, Ar. 7032 y 7 de octubre de 1998, Ar. 7656 —instalación de bateas para el cultivo del mejillón—, 23 de octubre de 1998, Ar. 9038 —ocupación del dominio público con instalaciones desmontables—).

Por su parte, los usos privativos, y en tanto que los mismos excluyen el uso general del dominio público, requieren una concesión administrativa otorgada previamente por la Administración competente; otorgamiento que, así como la declaración de caducidad, requerirán siempre y en todo caso —so pena de nulidad del acto— instrucción del correspondiente expediente administrativo, que permita, con las formalidades precisas, llegar a una conclusión decisoria con todas las garantías (STS 2 de diciembre de 1998, Ar. 10266). Respecto de estas últimas —concesiones de uso del dominio público marítimo-terrestre—, son bien ciertos tanto su carácter temporal como el hecho de que no generan derecho subjetivo alguno a su renovación, por lo que la ausencia de la misma, si así se ha determinado claramente en el condicionado de la concesión, no coloca al beneficiario de la misma en situación de indefensión (STS 20 octubre 1998, Ar. 7739). Sin embargo, a sensu contrario, la certidumbre de estos hechos —en consideración a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad por parte de la Administración— no es obstáculo para que exista la obligación de motivar el cambio de criterio por parte del titular del demanio cuando, tras un período prolongado de renovaciones sucesivas y pacíficas de las mismas, se decide poner fin a la relación concesional. La ausencia de tal motivación es considerada por el Tribunal Supremo como “defecto de forma constitutivo de anulabilidad” de la resolución administrativa por la que se decide no renovar la concesión, y así lo declara expresamente en sus SSTS de 19 de noviembre y 11 de diciembre de 1998 (Ar. 9575 y 10261 respectivamente).

F) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo

El artículo 132 de la CE reconoce la titularidad estatal sobre el demanio marítimo; titularidad que, según conocida doctrina constitucional (STC 221/1988, entre otras), no es en sí misma atributiva de competencias. Ello no obsta para que, en atención a la misma, el Estado ostente en realidad importantes facultades y obligaciones sobre el dominio público marítimo-terrestre, que deberán coexistir y coordinarse con las competencias que

sobre éste, y en virtud de diversos títulos, ostentan otros poderes públicos. Así, y como reconoce la **STS de 30 de diciembre de 1998**, Ar. 10126 –reiterando previa doctrina constitucional contenida, sobre todo, en la importantísima STC 149/1991 y, asimismo, jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en la misma línea–, una de estas facultades estatales es la relativa a la gestión y adopción de medidas de protección y policía del dominio público marítimo-terrestre y la sanción de las infracciones que atenten contra su integridad o contra el mantenimiento de las *servidumbres de tránsito y acceso* que garanticen su libre uso, en tanto que las mismas se insertan en sus competencias exclusivas constitucionalmente reconocidas para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, y para establecer la regulación básica sobre protección del medio ambiente (artículos 149.1.1 y 23). Sin embargo, en lo que hace a la zona de *servidumbre de protección*, esta misión corresponde a las Comunidades Autónomas que, por mor de sus competencias de ejecución de la legislación básica estatal medioambiental, amén de las competencias exclusivas de ordenación del territorio y el litoral, tienen atribuida la facultad de tutela sobre la misma.

G) Puertos

Las Comunidades Autónomas costeras tienen atribuidas, en virtud de la habilitación contenida en el artículo 148.1.6 de la CE y su posterior plasmación en los Estatutos de Autonomía, las competencias en materia de puertos de refugio, deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales, sin perjuicio, claro está, de las que para ellas se deriven de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 149.1.20 de la CE, que otorga al Estado la competencia sobre puertos de interés general. De acuerdo con esta distribución competencial, el Estado ha procedido al traspaso en favor de aquéllas de los puertos en los que concurren tales características, así como de las múltiples funciones y servicios inherentes a los mismos. Traspaso que, de acuerdo con el artículo 7.2 de la LOFCA, supone, como lógica consecuencia, la atribución a las Comunidades Autónomas de las tasas con las que se gravan aquellos servicios (**STS de 26 de septiembre de 1998**, Ar. 9936), en calidad además de *tributos propios*, y de la que constituye un buen ejemplo el “arbitrio sobre lavado de minerales y carbones” –también conocido como Tarifa VI– que se exige por la prestación del servicio del mismo nombre, y cuyo evidente carácter autonómico no duda en proclamar la **STS de 5 de octubre de 1998**, Ar. 9492 (FJ 3°).

Esta misma Sentencia introduce razonamientos adicionales sobre esta polémica tasa. Así, ha de destacarse la demostración de su legítimo anclaje legal, cuestionado por los recurrentes. En tanto que el arbitrio fue creado por la Ley Juntas de Puertos de 7 de julio de 1911, y reiterado sucesivamente por diversos textos normativos –la última vez de modo expreso mediante la Ley 1/1966 sobre régimen financiero de los puertos– su validez queda al margen de toda duda (FJ 4°). Finalmente, esta Sentencia rechaza la existencia de doble tributación por la exacción simultánea del mismo y del canon de vertido recogido en el artículo 105 de la vigente Ley de Aguas, en tanto que las actividades sobre las que recaen ambos son diversas: el aterramiento que se produce en los puertos situados

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

en la desembocadura de los ríos que, por el lavado de minerales o carbones, ven como los restos procedentes del mismo se depositan en el lecho de las rías o de los puertos en el primer caso, y el vertido de aguas residuales contaminantes procedentes de aquellas actividades en el cauce de los ríos en el segundo (FJ 5°).

H) Pesca marítima y cultivos marinos

Son muchas las cuestiones que, en relación con la pesca y los cultivos marinos, pueden plantearse. Una de las más importantes es, desde luego, la relativa a la propia realización de tales actividades, en tanto que usos del demanio marítimo. En este sentido, es de destacar que la instalación de bateas para el cultivo del mejillón ha de categorizarse como un uso común especial del demanio marítimo, lo que significará que, en aplicación de la teoría general de los usos del dominio público, la misma habrá de quedar supeditada a la obtención de la preceptiva autorización administrativa. Autorización que, tanto en la anterior normativa estatal (Decreto 2559/1961, de 30 de noviembre), como en la vigente normativa aprobada por las diversas Comunidades Autónomas litorales (en los casos analizados por la Sentencia que se comenta, el Decreto gallego 197/1986, de 12 de junio, y sus Órdenes de desarrollo), será de otorgamiento discrecional por parte de la Administración competente, en función de la adecuación de cada solicitud concreta a los criterios que a estos efectos se fijan por la norma, y cuya determinación evita, *per se*, la existencia de arbitrariedad administrativa (SSTS de 15 de septiembre de 1998, Ar. 7032 y de 7 de octubre de 1998, Ar. 7656).

Además de lo anterior, no puede dejar de constatarse el hecho indudable de que la actividad pesquera ha llegado a configurarse como un sector económico de importancia sustancial que, sin embargo, está sometido a obvios condicionantes externos que le dotan de unas características particulares. Ambos aspectos –importancia económica e influencia de factores externos– justifican la existencia de una intensa intervención pública sobre la misma, tanto para imponer medidas de ordenación como para intentar superar aquellos obstáculos a través del establecimiento de medidas de fomento. Buena muestra de las primeras es la limitación del número de barcos con derecho a faenar en aguas comunitarias establecida por el Anexo IX del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas; limitación que debería ser concretada por la Administración pesquera estatal a la vista de las listas de propuestas presentadas previamente por las Asociaciones de pescadores y armadores. Las Resoluciones que llevaron a cabo esa concreción fueron objeto de sucesivos recursos, resueltos –en tanto que actos administrativos definitivos– en vía jurisdiccional por la STS de 25 de noviembre de 1998, Ar. 8943, en el sentido de declarar su validez por acomodarse a la normativa en la materia vigente en ese momento, encabezada por la Orden de 12 de junio de 1981, por la que se regulaba la actividad pesquera de las flotas de altura y bajura, la elaboración de censos de los barcos autorizados a faenar dentro de los límites geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Norte y la realización de Planes de Pesca.

La imposición de medidas de fomento, por su parte, se traducen preferentemente en el otorgamiento de ayudas a tal actividad; otorgamiento que debe venir reconocido en nor-

mas de rango reglamentario cuyo contenido habrá de ser previamente comunicado a la Comisión de las Comunidades Europeas, so pena de nulidad, como sucede en el supuesto resuelto por la **STS de 24 de noviembre de 1998**, Ar. 8941.

Por último, hay que hacer mención de los efectos que el incumplimiento de la normativa en materia pesquera ha de conllevar. A este respecto hay que decir que la consideración de determinadas conductas como infracciones en materia de pesca exige, lógicamente, su tipificación como tales en una norma con rango de ley. Consideración que, además, acarreará la imposición de la correspondiente sanción, regida obviamente por los principios generales del derecho administrativo sancionador. Sobre la prescripción de las infracciones, la aplicación para el cómputo de la misma de los plazos previstos para las faltas por el Código Penal, y la carencia de efectos interruptivos de tal efecto de las actividades meramente internas de la Administración, sin reflejo por tanto en la esfera del administrado, véase la **STS de 3 noviembre de 1998**, Ar. 8214. Y sobre la necesidad, presente en toda controversia, de respetar los derechos fundamentales del ciudadano implicado en el expediente administrativo sancionador, téngase en cuenta la **STC 25/1999, de 8 de marzo** (BOE de 14 de abril de 1999), en la que se estima parcialmente un recurso de amparo solicitado por el destinatario de una sanción en materia de pesca marítima. El Alto Tribunal, aplicando propia doctrina previa acerca del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), entiende como contrario al mismo el cambio arbitrario —sin justificación, por tanto— de criterio por parte de un mismo órgano jurisdiccional en la resolución de casos sustancialmente idénticos, lo que, indudablemente, ocurre en el caso sobre el que se pronuncia.

5. CARRETERAS

A) Infracciones y sanciones: incumplimiento de condiciones de licencia y realización de obras sin autorización

La **STS de 26 de septiembre de 1998**, Ar. 8172, confirma la Sentencia de instancia y da la razón a un particular al que el Gobernador civil de Girona impuso una multa y la demolición de una valla de cerramiento, en la ronda de Barcelona de Figueras. En este caso, se trata de una vía urbana y la norma aplicada es el Plan General de Figueras de 1983.

En un supuesto similar, aunque relativo a una carretera provincial, la **STS de 30 de septiembre de 1998**, Ar. 8174, confirma la STSJ catalán que dio la razón a un particular a quien el Gobernador civil de Lérida, a requerimiento de la Diputación Provincial, ordenó la demolición de unas obras de cerramiento, por exceder supuestamente de lo concedido en la licencia, en aplicación de los arts. 33 y 39 de la Ley de carreteras de 1974. En este caso, la Administración no acreditó en qué extremos se habían incumplido las condiciones de la licencia. Además, el art. 86.d) del Reglamento de carreteras de 1977 permite realizar cerramientos en las zonas de afección de las carreteras.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Por otra parte, la STS de 6 de octubre de 1998, Ar. 9054, revoca la sentencia de instancia y considera correcta la paralización de las obras de construcción de un parador en una zona de servidumbre de una carretera nacional, dictada al amparo de los arts. 27 de la Ley de carreteras de 1974 y 88 de su Reglamento. La obtención de una autorización municipal y autonómica, como aquí ha sucedido, no presupone la de la Administración de carreteras.

B) Responsabilidad administrativa y expropiación forzosa en supuestos relativos a carreteras

La STS de 21 de julio de 1998, Ar. 7524, considera correcta la expropiación realizada para la construcción de una variante. En este caso, no han existido defectos procedimentales, pues se ha cumplido suficientemente trámite del estudio informativo exigido por el art. 13 de la Ley de carreteras de 1974 entonces vigente, y el órgano que lo aprobó fue el competente. Igualmente, la operación se acomoda al planeamiento urbanístico. Y aunque no se practicó audiencia al aprobar el proyecto de construcción de la variante, sí que se notificó al recurrente al poco tiempo el levantamiento del acta previa a la ocupación.

En otro orden de cosas, la STS de 15 de septiembre de 1998, Ar. 6830, confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1993 y da la razón a la Administración en un caso en donde se pedía indemnización por posible responsabilidad, por la conversión de una Nacional en autovía y su alejamiento de los servicios de restaurante prestados por la empresa reclamante. No existen derechos, sino intereses, en donde estamos en presencia de una carga general que debe ser soportada por los afectados. Sólo hay que indemnizar si se obstaculiza el acceso a las instalaciones o si existía una autorización o concesión. En suma, no se cumplen los requisitos de los arts. 106.2 de la CE, 40 de la LRJAE de 1957 y 121.1 de la LEF.

C) Problemática jurídica de las licencias municipales en materias relacionadas con las carreteras

La STS de 7 de noviembre de 1998, Ar. 9594, considera incorrecta la paralización de unas obras en una autopista, destinadas a un depósito anejo a la vía. En este caso se considera que no es preciso solicitar la licencia municipal [del art. 84.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local], al tratarse de obras vinculadas al servicio público viario que no transcurren por suelo urbano, según establece el artículo 12 de la Ley de carreteras de 1988, en relación con su Disposición Adicional Primera.1. Lo mismo sucede en el supuesto resuelto por la STS de 24 de noviembre de 1998, Ar. 9607, en donde se considera improcedente la exigencia por un Ayuntamiento de una licencia de obras para construir un edificio en el área de mantenimiento de una autopista. Por último, la STS de 9 de noviembre de 1998, Ar. 9596, considera correcta la denegación por un Ayuntamiento de legalización de la instalación de vallas publicitarias en un lugar muy próximo a una autovía, por considerar que las vallas eran visibles desde la zona de dominio público, por lo que se incumplía la previsión del art. 24 de la Ley de Carreteras de 1988.

6. MINAS

Concesiones de aprovechamiento minero y permisos de investigación: criterios de inclusión en Secciones A y C del art. 3 de la Ley de Minas

La STS de 22 de julio de 1998, Ar. 6910, TS confirma la STSJ de Baleares de 1990 y da la razón a la Administración del Estado, que denegó la concesión de explotación directa de un recurso de la Sección C. El punto clave aquí es la clasificación de la actividad extractiva que se pretende realizar al solicitar la concesión, que para el recurrente pertenece a la Sección C, y para la Administración, a la A. El TS considera que tiene razón esta última. Los de la Sección C del art. 3 de la Ley de Minas son aquellos que van a ser utilizados para obras de infraestructura o construcción, y sólo exigen las operaciones de arranque, quebrantado y calibrado. Y como el recurrente no acredita que exista ningún horno de cal o instalación de maquinaria para la obtención de losas ornamentales, queda claro que lo que pretende es extraer estos materiales y venderlos, para usar en obras de infraestructura y construcción y para transformación en losas ornamentales, pero por otros, y no por esta empresa.

En la misma línea pero con algo más de complejidad se manifiesta la STS de 19 de octubre de 1998, Ar. 7640, que aborda un supuesto similar donde sí que se consideran los recursos mineros pertenecientes a la Sección C del art. 3 de la Ley de Minas. En efecto, en este pronunciamiento, se declara el derecho de la empresa recurrente a que se admita a trámite la solicitud de concesión directa de una explotación minera de caliza, pedida en 1988. La cuestión es diferente a la de la Sentencia anterior: junto a los materiales extraídos para áridos con destino a la construcción y escollera, los bloques más sanos se iban a destinar a losas ornamentales tras ser aserrados y pulidos, de modo que parte de la producción se vende para su posterior transformación en elementos decorativos para fachadas, muros y similares. No es un aprovechamiento único, pues, sino varios, y uno de ellos exige operaciones que superan el simple arranque, quebrantado y calibrado. Ello significa que se trata de recursos mineros de la Sección C.

Finalmente, la STS de 22 de octubre de 1998, Ar. 9062, confirma la apelada del TSJ gallego y considera correcta la decisión administrativa de otorgar un permiso de investigación de minerales, sobre todo de pizarra, en una zona donde existían ya otras explotaciones autorizadas. El recurrente considera que los yacimientos objeto de conflicto no pertenecerían a la Sección A del art. 3 de la Ley de Minas, sino a la C. Por otra parte, el TS tampoco da la razón a la beneficiada por el permiso de investigación, que también apeló por no estar conforme con las cuadrículas mineras que se le concedieron. Y llega a esta determinación tras examinar los informes aportados, que ponen de manifiesto que existían numerosas canteras autorizadas por la antigua Ley de Minas de 1944, y que estaban en trance de consolidar sus derechos mineros según el derecho transitorio de la actual Ley de 1973. Por ello se estima que el permiso fue otorgado de un modo correcto.

7. MONTES

A) Ejercicio del derecho de retracto por la Administración: procedencia

En la STS de 7 de octubre de 1998, Ar. 9056, se confirma la STSJ andaluz de 1992 que dio la razón al Patrimonio Forestal del Estado que ejerció su derecho de retracto sobre un monte. Según el art. 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 1941, el Patrimonio Forestal tiene el derecho de retracto si se vende a un comprador distinto del Estado y la superficie excede de 250 hectáreas. Si no se cumple esta obligación por el vendedor o el comprador, dicho Patrimonio se subrogará en el lugar del comprador por el precio de compra menos los daños y perjuicios, si los hubiere, sufridos por la finca, además de la responsabilidad civil del vendedor, como primer obligado. Los arts. 63 y siguientes del Reglamento de dicha Ley, Decreto de 1941, especifican el modo de cumplir aquélla obligación de notificación. Si se notifica a la Administración, ésta puede ejercer el tanteo. Pero, si no, podrá ejercitar el retracto, como aquí, para el que el plazo es más largo. Aquí la finca tenía 617 hectáreas y se vendió en 1989, en una zona de Córdoba, por 42 millones de pesetas. Ambos compradores notificaron un mes después de la compra al Patrimonio forestal del Estado. Se acredita que no hubo notificación previa del proyecto de venta para poder ejercitar el tanteo.

B) Los bienes patrimoniales se arriendan, no se conceden

La STS de 9 de octubre de 1998, Ar. 8265, estima válida la decisión de una Comunidad de Ciudad y Tierra de Segovia sobre rescisión de un convenio, frente a la impugnación que llevó a cabo un Ayuntamiento. Se trata en este caso de un aprovechamiento de pastos en un monte del que es titular la citada Comunidad, y que venía adjudicándose habitualmente a dos municipios para que sus vecinos los utilizasen para sus ganados. Uno de estos municipios es el ahora apelante, a quien en este caso se le había adjudicado en exclusiva, a través del procedimiento de adjudicación directa, tras lo cual se formalizó un convenio (en concreto, se le calificó como “contrato de concesión”), sin hacer constar su duración. Pues bien, en este caso la clave se encuentra en la calificación jurídica de los bienes, sobre la que no se pronunció el Tribunal de instancia, y que en lugar de tratarse de bienes de dominio público son en este supuesto bienes patrimoniales. Y, por ello, no se trata de una concesión, sino de un arrendamiento de bienes patrimoniales del art. 92.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. La incorrecta calificación del acto, que daría lugar a nulidad, no impide su conversión con el fin de la defensa de su validez (art. 51 de la LPA de 1958), que el TS lleva a cabo con la argumentación que acaba de mencionarse. La rescisión es correcta, pues.

C) Montes vecinales en mano común: criterios de clasificación

En otro orden de cosas, la STS de 11 de noviembre de 1998, Ar. 8935, examina la STSJ de Galicia de 1991 que había estimado en parte el recurso interpuesto por un Ayuntamiento gallego y otros apelantes en un asunto de declaración de montes vecina-

les en mano común, en una clasificación realizada por el Jurado Provincial de Pontevedra (en donde se excluían ciertas parcelas de tal declaración), en aplicación de los arts. 9 y siguientes de la Ley 55/1980, sobre esta materia. Se desestima ahora el recurso presentado por las Comunidades Vecinales y se estima en parte los interpuestos por el Ayuntamiento y la Xunta de Galicia, en la confirmación de alguna de las exclusiones decididas por el Jurado (aunque en otras se estima que no han sido correctas). En el fondo, se trata de un conflicto de intereses entre las Comunidades de Montes Vecinales frente al Ayuntamiento y la Xunta, en relación con los usos a otorgar a alguna de las parcelas, que son objeto de controversia. Y, en concreto, frente al uso forestal vecinal, se trataba de la existencia de usos industriales, deportivos, de vivienda, sociales, ganaderos, agrícolas y docentes, entre otros.

D) Materiales forestales de reproducción: competencias de la Comunidad Autónoma vasca

Por último, aunque no hace referencia al dominio público, es preciso mencionar la **STC 21/1999, de 25 de febrero**, que da la razón al Gobierno vasco en un conflicto de competencias que planteó en relación con dos Órdenes Ministeriales de 21 de enero de 1989, sobre comercialización y sobre normas de calidad exterior de los materiales forestales de reproducción, respectivamente. Una de las competencias de la Comunidad Autónoma a la que se hace referencia es precisamente la de montes y aprovechamientos forestales.

8. PATRIMONIO DEL ESTADO

Enajenación directa de fincas. Derecho de colindancia

Sobre este particular, la **STS de 13 de octubre de 1998**, Ar. 8177, confirma la Sentencia del TSJ de Castilla y León que declaró correcta la enajenación directa de una finca a un particular por la existencia de un derecho de colindancia, frente a las pretensiones de otro particular. El TS aplica en este caso los criterios de los arts. 142 y siguientes del Reglamento de 1964 de la Ley de Patrimonio del Estado (en su redacción por el Decreto 2127/1976), que establecen esta preferencia. En este caso, porque el reclamante no poseía en su parcela colindante una superficie edificable o económicamente explotable que fuera suficiente (1.100 metros cuadrados, en esta ocasión), y sólo la tenía en sus parcelas no colindantes. Pero como en la normativa vigente el preferente era el colindante que sí que reuniese esos requisitos de alcanzar la superficie mínima edificable (una vez sumada la parcela enajenada), en este caso se estima que la adjudicación fue correcta.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

9. PATRIMONIO CULTURAL

A) Bienes de interés cultural: no necesidad de autorización para obras

Respecto a esta materia, es preciso hacer referencia en primer lugar a la STS de 16 de julio de 1998, Ar. 6904, que considera incorrecta la denegación de una autorización para la realización de obras en la fachada de un inmueble. Estima que no es precisa esta autorización de la Consejería de Cultura valenciana, pues no existen los requisitos para que pueda ser exigida, pues es suficiente con la licencia municipal que se concedió en su día. No consta que el edificio en cuestión se encuentre dentro de una de las zonas sometidas a expediente de declaración de Conjunto Histórico-Artístico en la ciudad de Valencia, incoado en 1978 (quedó en simple proyecto, que fue modificado por los Planes municipales especiales de protección de 1984, y la licencia se pidió en 1986). Tampoco se ha iniciado en este caso ningún expediente de protección tramitado según los artículos 9 y siguientes de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985.

B) Protección del patrimonio histórico: demolición improcedente de fachada

Merece la pena detenerse en el estudio de la STS de 20 de julio de 1998, Ar. 6907, pues la argumentación que contiene es muy significativa en relación con la conservación de edificios situados en conjuntos histórico-artísticos y con la aplicación de los principios de conservación del patrimonio histórico contenidos en la CE y en la Ley de 1985. En este caso, el TS revoca una Sentencia del TSJ murciano de 1990 que estimó el recurso interpuesto por una empresa contra una denegación de autorización para la demolición de la fachada de un edificio que había sido declarado en estado de ruina, y que se basó en la existencia de un interés histórico.

Pues bien, al pertenecer el inmueble al Conjunto Histórico-Artístico de la ciudad de Murcia, declarado en 1976, se le aplica la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 (a pesar de no existir declaración de bien de interés cultural), que en su art. 24.2 exige, para su demolición, que la declaración de ruina sea firme y que lo autorice la Administración competente (la autonómica, en este caso), previo informe favorable de al menos dos de las instituciones consultivas a las que se hace referencia en el art. 3 de esta Ley (cuestión regulada aquí en el Decreto autonómico 11/1987, de 26 de febrero). En este caso sólo una de ellas informa en este sentido, por lo que la Sentencia apelada no interpretó correctamente el mencionado art. 24.2 de la Ley de Patrimonio Histórico (FJ 4º). En este caso, además, la “discrecionalidad técnica” con la que según el TS cuenta la Administración en estos supuestos se ve reconducida por la existencia de una importante garantía organizativa, cual es la necesidad de intervención de ciertos organismos a través de la emisión de un informe. Ello es una garantía de objetividad y acierto, por su especialización e imparcialidad, observada en este caso (FJ 6º).

C) Expediente de declaración de bien de interés cultural: derecho a una resolución motivada

Finalmente, la STS de 7 de octubre de 1998, Ar. 7790, considera que el recurrente tiene derecho a obtener la correspondiente resolución motivada en relación con la apertura del expediente de declaración de Bien de Interés Cultural sobre un cuadro de su propiedad que considera de Darío de Regoyos y cuyo título es “Playa de San Sebastián”. La Comunidad de Madrid es la otra parte, que fue la que desestimó la petición de incoación de expediente de declaración, en 1987. Según el artículo 10 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, debe decidirse sobre la incoación y notificar al interesado, aunque no exista obligación de abrir expediente de declaración.

ELOY COLOM PIAZUELO
M^a VICTORIA CARPI ABAD
BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA
CÉSAR CIRIANO VELA
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia comunitaria. A) Incumplimiento de Estado. B) Base jurídica de determinadas actuaciones. La cuestión de los efectos de las Sentencias que contienen pronunciamientos de anulación. C) Criterios para la calificación de las aguas dulces como susceptibles de contaminación y de tierras como zonas vulnerables. **3. Actividades clasificadas.** A) Calificación de actividades. B) Procedimiento de concesión de la licencia: arts. 29 y siguientes del RAC. C) Ampliación o modificación de la actividad. D) Concurrencia de licencias: art. 22.3 del RSCL. E) Revocación de licencias: art. 16.3 del RSCL. F) Sanción de plano de suspensión de actividades. G) Clausura de plano de actividades sin licencia al amparo del art. 5.c) del RSCL. H) Indemnización administrativa por ruidos de terceros fundada en la inactividad u omisión municipal. I) Responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por la pérdida de beneficios que tiene su origen en la suspensión ilegal de la actividad. **4. Contaminación atmosférica. 5. Espacios naturales protegidos. 6. Especies protegidas de Fauna Silvestre. Caza.** A) Caza con aves de cetrería. B) Declaración de espacio sometido al régimen cinegético de caza controlada. **7. Aguas marítimas. 8. Minas:** restauración ecológica de espacios afectados por actividades extractivas. **9. Montes:** denegación de autorización de “corta a hecho”. Prevalencia del interés de protección medioambiental.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria aparecida hasta diciembre de 1998 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi y la constitucional hasta finales de abril de 1999. Comenzamos también ahora el comentario de Sentencias comunitarias sobre medio ambiente. Se recogen en esta entrega las Sentencias del Tribunal de Justicia aparecidas hasta el 30 de abril de 1999.

2. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Incumplimiento de Estado

a) La Directiva 85/337/CEE

La problemática de la evaluación ambiental de las obras y actividades ha ocupado en muy diversas ocasiones al Tribunal de Justicia. Ahora en la **STJCE de 21 de enero de 1999** (Sala Quinta), en el **asunto C-150/97**, resurge la cuestión en un procedimiento que opone como demandante a la Comisión de las Comunidades Europeas y como demandada a la República Portuguesa. El objeto del pleito es que se declare que Portugal ha incumplido las obligaciones de transposición de la Directiva 85/337/CEE al no haber adoptado en el plazo previsto (tres años a partir de la notificación de la directiva, según dispone su art. 12, lo que suponía que hubieran debido adoptarse las medidas antes del 3 de julio de 1988) las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para su cumplimiento. Con posterioridad al inicio del pleito (que se produce por escrito de 17 de abril de 1997), Portugal comunica al Tribunal la adopción del Decreto-Ley 278/1997, por el que se modificaba uno anteriormente vigente, el 186/1990, de 6 de junio. Ello llevó consigo que la Comisión mantuviera solamente un motivo de oposición que fue, finalmente, el motivo de la condena contenida en la sentencia: a saber, que Portugal ha incumplido sus obligaciones en cuanto que el Decreto-Ley precitado (posterior a la fecha en que debía tener lugar la transposición) contiene una disposición transitoria que establece que no es aplicable esta normativa a los proyectos cuyo procedimiento de aprobación se hubiera iniciado antes de la entrada en vigor de esta normativa pero con posterioridad al 3 de julio de 1988. Las apelaciones al principio de seguridad jurídica de Portugal no son suficiente motivo justificatorio de esta excepción de aplicación para el Tribunal.

b) La Directiva 91/676/CEE

De nuevo se produce una condena a un Estado en la **STJCE (Sala Sexta) de 25 de febrero de 1999**, dictada en el **asunto C-195/97**. En el supuesto actúa como demandante la Comisión y es demandada la República Italiana. La demanda reprocha a Italia el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura. Según el art. 12.1, los Estados deben poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para su cumplimiento en el plazo de dos años tras su notificación, lo que suponía una fecha tope en el 19 de diciembre de 1993. En particular, el art. 3.2 dispone la obligación de los Estados de designar como zonas vulnerables todas las superficies conocidas de su territorio cuya escorrentía fluya hacia las aguas afectadas por la contaminación, debiendo notificar a la Comisión esta designación en el plazo de seis meses. La propia Italia acepta su incumplimiento, por lo que la Sentencia es coherente con la petición de la demanda.

c) La Directiva 79/409/CEE

Particular interés por los matices y la narración de la práctica de la prueba habida en el curso del proceso tiene la **STJCE (Sala Quinta) de 18 de marzo de 1999**, recaída en el **asunto C-166/97**. La Sentencia conoce de la demanda de la Comisión de las Comunidades contra la República francesa. La Comisión reprocha a Francia el incumplimiento de las obligaciones que le incumbirían según el art. 4 de la Directiva 79/409/CEE, en cuanto no se habrían adoptado medidas de conservación especiales para los hábitats de aves en el estuario del Sena ni las medidas apropiadas para evitar el deterioro de estos hábitats. La demanda era muy compleja en cuanto que añadía a lo anterior el reproche por la autorización de una fábrica de yeso de titanio en el estuario y en su aplicación se mezclaba también la posterior promulgación de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. Francia conseguirá probar que la actividad de la fábrica no afecta a la protección de los valores de la zona controvertida y que, además, su construcción se inició antes de la adopción de la Directiva sobre hábitats. Sin embargo, el Tribunal concluirá en que por las circunstancias específicas de la zona y de las aves a proteger debía haber clasificado una zona amplia del estuario del Sena como Zona de Protección Especial con su propio régimen jurídico y no sólo el estricto espacio que clasificó de esa forma en 1990. El Tribunal no considera suficiente la aplicación para ese lugar de una figura interna de derecho francés, “Zona importante para la conservación de aves”, en cuanto no lleva consigo el mismo régimen de protección de la Zona de Protección Especial de la Directiva que supone la garantía de la supervivencia y reproducción de las aves a que hace referencia el Anexo I de la Directiva (art. 4.1 y 2 de la Directiva).

d) La Directiva 80/778/CEE

En la **STJCE (Sala Quinta) de 22 de abril de 1999**, **asunto C-340/96**, se trata de la demanda de la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte motivada por no haber obligado el Reino Unido a las compañías suministradoras de agua a respetar las prescripciones de la directiva sobre calidad de las aguas. Resulta interesante la condena de la práctica inglesa (que tiene su fundamento jurídico en los arts. 18 y siguientes de la Water Industry Act de 1991) de suscribir compromisos de mejora ambiental entre Administración y las compañías suministradoras, porque tales compromisos son, en nuestra terminología, de contenido completamente discrecional dado que la norma citada no contiene prescripciones sobre él.

B) Base jurídica de determinadas actuaciones. La cuestión de los efectos de las Sentencias que contienen pronunciamientos de anulación

En la **STJCE (Sala Quinta) de 25 de febrero de 1999**, **asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97**, se conoce de la demanda formulada por el Parlamento Europeo contra la Comisión Europea para la anulación del Reglamento (CE) núm. 307/97, del Consejo, de 17 de febrero de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 3528/86 relativo a la protección de los bosques en la Comunidad contra la contaminación atmosférica

ca y del Reglamento (CE) núm. 308/97, del Consejo, de 17 de febrero de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2158/92 relativo a la protección de los bosques comunitarios contra los incendios. La cuestión debatida es muy simple y guarda relación con los poderes del Parlamento Europeo en el complejo procedimiento de elaboración de la normativa comunitaria. El Parlamento aduce que estamos ante normas de contenido medioambiental cuya base jurídica sería el art. 130 S del Tratado que supondría la aplicación del procedimiento de cooperación previsto en el art. 189 C. Sin embargo, los Reglamentos se apoyaron en lo previsto en el art. 43 (política agrícola) que suponía solamente una obligación de consulta al Parlamento. La Sentencia después de una muy interesante disquisición sobre el contenido de la política medioambiental en relación con la agrícola, dará la razón al Parlamento lo que supone la anulación de los reglamentos referidos. No obstante el Tribunal ordena que para evitar graves perjuicios a la realización de los programas emprendidos por los Estados miembros, con fundamento en lo previsto en el art. 174.2 del Tratado CE se declare que estos Reglamentos anulados se mantengan en vigor hasta tanto el Consejo apruebe en un plazo razonable unos nuevos Reglamentos con el mismo objeto.

C) Criterios para la calificación de las aguas dulces como susceptibles de contaminación y de tierras como zonas vulnerables

Una difícil cuestión se plantea en la STJCE (Sala Quinta) de 29 de abril de 1999, en el asunto Cuarto 293/97, que es la resolución de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal inglés. Está controvertida la aplicación de la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura. El problema es la aplicación de lo previsto en diversos preceptos de la Directiva [arts. 2.j), 3.1, 2, 4 y 5, 4 y 5 y el Anexo]. Los demandantes en el procedimiento principal (relativo a una declaración por el órgano competente inglés de unas aguas como afectadas por la contaminación y de unas superficies como zonas vulnerables), que son agricultores, piden que las aguas dulces superficiales se declaren zonas susceptibles de contaminación y las tierras que a ellas viertan como superficies contaminadas, cuando el nivel de 50 mg/l de compuestos nitrogenados de que habla el anexo proceda exclusivamente de fuentes agrarias, puesto que en caso contrario se irrogarían a los agricultores perjuicios que ellos no habrían causado exclusivamente lo que representaría una violación, entre otros, de los principios “quien contamina paga” y del de proporcionalidad. El Tribunal ratifica la validez de la Directiva que exige tal declaración cuando los compuestos nitrogenados de origen agrario contribuyan “significativamente” a juicio del Estado miembro a la concentración de 50 mg/l sin que pueda ser posible impartir desde el derecho europeo criterios para iluminar lo que pueda entenderse por contribución significativa, cuestión que queda a la discreción de los Estados.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Calificación de actividades. Actividad artesanal

Nos recuerda el TS en su **Sentencia de 24 de julio de 1998**, Ar. 6732 (FJ 3º), que para la consideración de una actividad como clasificada no se atiende a su inclusión o no en el nomenclator anejo al RAC, que tiene mero carácter enunciativo, si no que hay que examinar si por sus características es encuadrable en las definiciones de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas que se describen en el art. 3 del mismo, como ya comentamos en núm. 1 de esta revista.

La actividad hostelera de cafetería-restaurante no es calificable como actividad artesanal según la **STS de 19 de octubre de 1998**, Ar. 7166 (FJ 2º). Con ese pronunciamiento se cierra la posibilidad de que disponga del tratamiento especial que permite dispensar a los pequeños talleres de explotación familiar el art. 5 del RAC.

B) Procedimiento de concesión de la licencia: arts. 29 y siguientes del RAC

a) Procedimiento imprescindible para obtener la licencia y ejercer legalmente cualquier actividad clasificada

Varias son las sentencias que ratifican en esta entrega el aserto del título anterior calificando como clandestinas aquellas actividades que se ejerzan sin licencia. Licencia que nunca la suple el ejercicio continuado y tolerado de estas: **SSTS de 20 de octubre**, Ar. 8441, **16 de diciembre**, Ar. 10107, **2 de diciembre**, Ar. 10267 y, resultando especialmente significativa por el grado de tolerancia, la de **24 de julio de 1998**, Ar. 6732.

b) Denegación de licencia por razones urbanísticas: art. 30.1

Procede denegar la licencia por la Administración municipal conforme al art. 30.1 del RAC cuando no está permitido el emplazamiento de la actividad para la que se solicita por ser contraria a los usos permitidos por las normas urbanísticas (**STS de 28 de septiembre de 1998**, Ar. 6497, FJ 3º). Siendo de aplicación el régimen legal urbanístico vigente en el momento de concesión o denegación de la licencia (**STS de 20 de octubre de 1998**, Ar. 8441, FJ 4º).

Por contra cuando se pueda ejercer la actividad por no impedirlo el Plan, aunque sea con carácter provisional o a precario, deberá tramitarse la petición en tal sentido con arreglo al art. 30.2 del RAC (**STS de 14 de octubre de 1998**, Ar. 7162, FJ 1º).

c) Notificación personal a los vecinos interesados: art. 30.2.a)

La **STS de 21 de octubre de 1998**, Ar. 8476, que terminará declarando la nulidad de actuaciones a partir de la omisión del trámite de notificación personal a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento de la actividad que prescribe el art. 30.2.a) del

RAC, no desconoce que la doctrina de la Sala no es unánime respecto al carácter invalidante de dicha omisión (FJ 3º). Pero extiende el concepto de vecino inmediato más allá de los colindantes para aplicarlo a los vecinos próximos, incluso de calles próximas (FJ 2º), en doctrina que se condensa en su FJ 4º cuando dice:

“Todas las circunstancias enumeradas, apreciadas en su conjunto, conducen a la evidencia de que la omisión del trámite de notificación personal a los vecinos próximos en el curso del expediente para apertura de una industria incluida en el RAC dista mucho de ser intrascendente, y no puede ser subsanada mediante el ejercicio de posteriores alegaciones que, de haber sido efectuadas en su momento oportuno, habrían podido motivar una resolución denegatoria. Por ello es procedente acordar la nulidad radical del procedimiento seguido con base en lo dispuesto en el art. 47.1.c) de la Ley de 17 de junio de 1958 con las consecuencias inherentes solicitadas, por cuanto la referida omisión determinó la indefensión de la recurrente, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de notificación personal a los vecinos próximos al local donde se instaló la Sala Velatorio, a fin de que se cumpla con dicho trámite, continuándose luego el expediente hasta su resolución.”

d) Informes técnicos del recurrente

Las meras descalificaciones por el Ayuntamiento del informe técnico aportado por el recurrente en recurso previo de reposición, sin concretar cuáles son las deficiencias o insuficiencias del mismo, no bastan para que prospere el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento, dirá la STS de 21 de septiembre de 1998, Ar. 6733, FJ 2º:

“La afirmación genérica y abstracta sobre el incumplimiento de los requisitos exigidos no es motivo suficiente, por sí sola, para el éxito del recurso, y mucho más si ya tal hecho constituyó la causa de la estimación de la demanda en la primera instancia. En esta apelación se incurre en idéntico defecto, y, pese a la argumentación de la sentencia, no se ha precisado ningún requisito concreto y específico, omitido por el informe controvertido, que le haga idóneo para los fines perseguidos a efectos de garantizar la protección medioambiental y la tranquilidad ciudadana que la citada ordenanza pretende preservar.”

En la misma línea el TSJ estimó de más rigor el informe del perito de parte (Ingeniero Técnico especialista en medio ambiente) que el de los servicios municipales anulando la suspensión de la LAC, lo que ratificó el TS, en su **Sentencia de 23 de octubre de 1998**, Ar. 7662 (FJ 1º), condenando al Ayuntamiento a indemnizar por los daños y perjuicios sufridos durante los tres días de suspensión del bar.

e) Silencio positivo: art. 33.4

En materia de actividades clasificadas no es aplicable a los efectos del silencio positivo ni el art. 9 del RSCL ni el art. 1 del RDL 1/1986, de 14 de marzo, sino tan sólo el sistema regulado en el art. 33.4 del RAC que exige doble denuncia de mora, según reiterada jurisprudencia que mantienen las SSTS de 8 de julio (Ar. 6717), de 16 de julio (Ar.

6726), de 24 de julio (Ar. 6732), de 24 de septiembre (Ar. 6738), de 29 de diciembre (Ar. 10125) y de 2 de diciembre de 1998 (Ar. 10267).

f) Otorgamiento de la licencia por el Ayuntamiento

El TS confirma, en su **Sentencia de 21 de septiembre de 1998** (Ar. 6732, FJ 3º) que el reconocimiento del derecho a ejercer la actividad tras la correspondiente petición de licencia corresponde al Ayuntamiento al manifestar que:

“(…) pendiente de resolver en este momento la petición hecha en el año 1971, no procede reconocer el derecho al ejercicio de la actividad a la apelante, sino deferir tal pretensión a la obligación que le corresponde al Ayuntamiento de resolver aquella solicitud al no acreditar haberlo hecho, en cuyos términos ha de declararse lo correspondiente a lo pedido por la apelante con referencia a su demanda”.

g) La comprobación: art. 34

La obtención de la licencia de apertura está sujeta en principio a la oportuna visita de comprobación del art. 34 del RAC (**STS de 16 de julio de 1998**, Ar. 6726, FJ. 2º). Si bien:

“la omisión de dicha visita por parte del Ayuntamiento no implica otra cosa que el posible ejercicio irregular de la actividad respectiva, pero no la falta de licencia para desempeñar la actividad de que se trate”.

sin que del incumplimiento de esta obligación por el Ayuntamiento en el plazo de dos meses, conforme prescribe el art. 13 de la IRAC, pueda acarrear la denegación de la licencia concedida (STS de 30 de septiembre de 1998, Ar. 7865, FJ 2º). Obligando a la subsanación de los defectos comprobados (STS de 24 de julio de 1998, Ar. 7180, FJ 2º).

C) Ampliación o modificación de la actividad

Cualquier ampliación de una actividad clasificada, como lo es la instalación de un gran número de máquinas nuevas que sustituyen a las anteriores, exige nueva licencia conforme a los artículos 29 y siguientes del RAC (STS de 4 de noviembre de 1998, Ar. 9840, FJ. 1º), y también la ocupación y utilización de una rampa de uso público inmediata al local-taller (STS de 16 de diciembre de 1998, Ar. 10108, FJ 5º) o la instalación de un surtidor de gasolina en garaje (STS de 2 de diciembre de 1998, Ar. 10267, FJ 3º).

D) Concurrencia de licencias: art. 22.3 del RSCL

La alteración de la ordenación temporal del art. 22.3 del RSCL, que prescribe el otorgamiento previo o simultáneo de la LAC respecto a la de obras (SSTS de 23 y 25 de junio, Ar. 5862 y 5863, y de 21 y 29 de diciembre, Ar. 10112 y 10125), no avoca a la nulidad de la licencia de obras cuando se otorga primero, y mucho menos si ésta se concedió condicionada a la obtención de la de apertura. Pero sí que, a decir del TS en su Sentencia

de 25 de junio de 1998, Ar. 5863, es presupuesto previo para reconocer la indemnización de daños y perjuicios por funcionamiento anormal del Ayuntamiento cuando otorgada la de obras no se pudiera conceder la de actividad (FJ 4º). Debiendo eso sí el Ayuntamiento impedir el ejercicio de la actividad hasta la obtención de la LAC (mismo FJ 4º).

E) Revocación de licencias: art. 16.3 RSCL

El ejercicio de la facultad de revocación de una licencia debidamente otorgada, tanto si se ampara en la imposibilidad de adaptar las instalaciones del surtidor y depósito de combustible a las nuevas normas de prevención de incendios, a las nuevas normas urbanísticas o a nuevos criterios de apreciación fundados en el art. 16.3 del RSCL, ha de llevar consigo el correspondiente reconocimiento de daños y perjuicios por la pérdida o suspensión temporal de la licencia, sin que, como manifiesta el TS en la **Sentencia de 19 de septiembre de 1998**, Ar. 7181 (FJ 4º):

“(…) pueda pretender exonerarse de ello el Ayuntamiento con la alegación de que la Alcaldía se hubiese reservado ‘la facultad de retirar la licencia cuando el interés público así lo aconseje’, según reza la comunicación fechada el 2 de febrero de 1973, puesto que esa facultad, discrecional y unilateralmente apreciable, no puede constituir condicionante válido de la –licencia– otorgada con arreglo al Decreto de 16 de junio de 1955, ya en pleno vigor en aquellas fechas”.

F) Sanción de plano de suspensión de actividades

Disconformidad a derecho y anulación por el Tribunal de la sanción de plano de suspensión de la actividad de bar que disponía de licencia durante tres días sin haberse ordenado primero el establecimiento de las medidas correctoras adecuadas, lo que determina el incumplimiento del art. 38 del RAC que exige seguir el procedimiento de los arts. 36 y siguientes (**STS de 23 de octubre de 1998**, Ar. 7662, FJ 2º). En la misma línea se pronuncia el TS en su **STS de 29 de septiembre de 1998** (Ar. 7859, FJ 3º –ver también los FFJJ 4º y 5º de la Sentencia apelada–) en relación a la retirada temporal de la licencia de apertura de una planta trituradora y clasificadora de áridos.

G) Clausura de plano de actividades sin licencia al amparo del art. 5.c) del RSCL

En principio para que la clausura de actividades sin licencia se ajuste a derecho el TS viene considerando como requisito imprescindible la previa audiencia de su titular, como ya dejamos constancia en los anteriores números 2 y 3 de esta revista y ratifica el TS en el FJ 3º de la **Sentencia de 29 de septiembre de 1998** (Ar. 7859).

Pero también admite este Tribunal la adopción de plano de tal decisión ante una evidente ocasión de grave peligro como medida cautelar con base en el art. 5.c) del RSCL, indirectamente en las SSTs de 8 y 24 de julio de 1998 (Ar. 6716, FJ 3º, y 7180, FJ 2º), y específicamente en el FJ 3º de la Sentencia de 24 de julio, Ar. 6732 cuando manifiesta que:

“(…) la medida de clausura adoptada por el Ayuntamiento, ni infringe ni relativiza el contenido del art. 91 de la LPA al adoptarla de plano, pues tal medida corresponde a las órdenes individualizadas emitidas conforme a lo establecido en el art. 5.c) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, ante una evidente ocasión de peligro y en evitación del daño que de un siniestro de incendio se puede derivar, de las circunstancias antes descritas lo que determina una adecuada proporcionalidad de medios a fines en la actuación del Ayuntamiento; sin que tal medida se corresponda con la homologa regulada en el art. 38.b) del RAC en cuanto al cese de la actividad pues no se trata en este caso de una sanción sino de una medida cautelar de policía”.

H) Indemnización administrativa por ruidos de terceros fundada en la inactividad u omisión municipal

El TS ratifica en su **Sentencia de 8 de julio de 1998** (Ar. 6716) la de instancia que aceptó la petición del demandante de acordar la suspensión de funcionamiento de una actividad molesta por los ruidos que generaba consistentes en trabajos de rebajamiento de calzado con máquina sita en la vivienda superior a la de éste, al originar ruidos de intensidad superior a los legalmente aceptados. Condenando al Ayuntamiento a indemnizar al solicitante de los daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia ante la reiterada inactividad municipal. Dirá el TS en el FJ 3º:

“En el presente caso, como acertadamente estima la sentencia recurrida de los hechos probados se deduce una inactividad de los responsables municipales del Ayuntamiento apelante en la adopción de las medidas precisas para la efectiva y real corrección de los ruidos producidos en la vivienda del actor que ciertamente la hacían inhabitable; medidas que ante las características de la situación, creada en una actividad ejercida sin licencia alguna, podían llegar conforme al artículo 5.c) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 a la adopción de órdenes prohibitivas individuales, cuya lógica efectividad y cumplimiento efectivo y real era de la competencia municipal, lo que no se llevó a efecto en el caso de autos existiendo tiempo sobrado para realizarlo y creando la situación cuyos detalles se reflejan en la relación de hechos que antecede, por lo que el pronunciamiento de fondo de la sentencia recurrida aparece ajustado a derecho (...)”.

En la misma línea el TS admite el derecho a una indemnización de daños y perjuicios de 250.000 pesetas por los ruidos soportados por el demandante en su vivienda durante largo período de tiempo superiores a los permitidos, aunque de una intensidad no muy importante -47 dB (A)- producidos por el funcionamiento de una serrería, que había sido autorizada sin sujeción a las garantías del procedimiento legalmente establecido en los arts. 29 y siguientes del RAC, y en base a esta conducta omisiva del Ayuntamiento que conlleva incomodidades al actor que no está obligado a soportar, por lo que se conside-

ra un daño no justificado. Como destaca el TS en el FJ 3º de la Sentencia de 4 de noviembre de 1998, Ar. 9840, cuando dice que:

“La posible responsabilidad imputada ha de tener su origen en el defectuoso funcionamiento de la Administración municipal, que no solamente ha omitido el procedimiento legalmente establecido para otorgar la autorización impugnada, sino que ha guardado un obstinado silencio e inactividad frente a las concretas reclamaciones del recurrente a causa de las molestias sufridas. En consecuencia ha de mantenerse el pronunciamiento indemnizatorio de la sentencia de instancia, que por otra parte resulta ponderado en atención a la duración y entidad de las molestias sufridas.”

I) Responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por la pérdida de beneficios que tiene su origen en la suspensión ilegal de la actividad

El TS reconoce a los recurrentes el derecho a ser indemnizados por la pérdida de beneficios derivados de la suspensión de plano (STS de 23 de octubre de 1998, Ar. 7662) o cese (STS de 29 de septiembre de 1998, Ar. 7859) de la actividad de la que eran titulares y que venían ejerciendo legalmente. La ilegalidad de las decisiones se fundamenta en la nulidad de pleno derecho de las mismas al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o con infracción del procedimiento habilitado (art. 38 del RAC).

4. CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA

El TS reitera en la Sentencia de 18 de septiembre de 1998, Ar. 7614, su interpretación del art. 48 del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico en el sentido de que todas las industrias con actividad contaminadora (en este caso por emisiones de anhídrido sulfuroso procedentes de la central térmica de Escombreras), tanto las existentes en 1975 a la entrada en vigor del Decreto como las nuevas, debieron acomodar sus medidas correctoras de forma tal que en 1980 los niveles de emisión de contaminantes fueran los indicados en la columna tercera del Anexo IV, por cuanto como dirá en su FJ 5º:

“(…) la no exigibilidad de la previsión para 1980 supone una interpretación alejada de las exigencias implícitas en el derecho de todos (art. 45.1 de la CE) a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y el deber de conservarlo, precepto recientemente interpretado por la STC 102/1995, de 26 de junio, en cuyo fundamento séptimo se hace referencia –en relación con las agresiones al medio ambiente– a ‘una actitud defensiva que en todos los planos jurídicos constitucional, europeo y universal se identifica con la palabra protección, sustrato de una función cuya finalidad primera ha de

XIII. Medio Ambiente

ser la conservación de lo existente, pero con una vertiente dinámica tendente al mejoramiento, ambas contempladas en el Texto Constitucional (art. 45 CE), como también en el Acta Única Europea y en las declaraciones de Estocolmo y de Río' (...) La interpretación que este Tribunal hace del ordenamiento jurídico aplicable al caso atiende al mandato constitucional transcrito, a cuya luz aparece mas diáfano el alcance de la 'previsión para 1980' (...) Desde estos criterios interpretativos no parece tener fundamento el intento de considerar exigibles en 1982 y 1987 los niveles de 1975 y no los de la previsión para 1980, que huérfana de toda función dinámica, no realizaría la finalidad de mejoramiento de la protección que parece inspirarla”.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

La STS de 14 de julio de 1998 (Ar. 6780) se pronuncia sobre la prevalencia de la normativa especial de protección y conservación de los Espacios Naturales sobre la general de bienes públicos al resolver la legalidad del RD 1772/1991, de 16 de diciembre, que aprobó la revisión del Plan Rector de uso y gestión de Doñana, reiterando la doctrina contenida en las SSTS de 11 de noviembre de 1997 (Ar. 8455 y 8456) que fueron objeto de comentario en el primer número de esta revista por lo que nos remitimos a lo resalado en ese lugar al respecto.

6. ESPECIES PROTEGIDAS DE FAUNA SILVESTRE. CAZA

A) Caza con aves de cetrería

En la STS de 6 de octubre de 1998 (Ar. 9826) se reitera la doctrina de la Sala contenida, entre otras en la STS de 23 de junio de 1998 (Ar. 5664) que fue objeto de comentario en el número dos de esta revista, en el sentido de que la caza con aves de cetrería puede ser autorizada por las Comunidades Autónomas en circunstancias excepcionales (FJ 3°).

B) Declaración de espacio sometido al régimen cinegético de caza controlada

Con la finalidad de facilitar el asentamiento de aves acuáticas, especialmente migratorias, que venía siendo dificultado por la práctica libre de la caza, se declara sometido al régimen de caza controlada por Dirección General de Producción Agraria de la Generalidad Valenciana, el marjal de El Moro en término de Sagunto propiedad de Altos Hornos del Mediterraneo. Recurrida dicha decisión por este último, el TS en su Sentencia de 8 de julio de 1998 (Ar. 7025) desestima el recurso entendiendo (FJ 1°), en respuesta a sus pretensiones, que:

“(…) la calificación urbanística de los terrenos no es impedimento alguno para el establecimiento del régimen especial adoptado por las resoluciones impugnadas, pues el estable-

cimiento del régimen especial de la caza existente en la marjal en cuestión, no limita en ningún caso el contenido del derecho de propiedad de la apelante y el destino industrial de los terrenos en cuestión, dado que el art. 14 de la Ley de Caza en relación a los arts. 14, 15 y 16 de su reglamento no hace sino referencia al derecho a cazar en los terrenos sobre los que se implanta la declaración de caza controlada, sin afectar para nada a lo demás del contenido del derecho de propiedad y destino de la misma, en atención a otros fines legalmente determinados; (...).”

7. AGUAS MARÍTIMAS

Los vertidos o descargas directas o indirectas al mar, de cualquier naturaleza o procedencia, sin haber obtenido la correspondiente autorización o, aún habiéndola obtenido, con incumplimiento manifiesto de las condiciones establecidas en las mismas o en la normativa aplicable eran consideradas en la normativa anterior –Ley 7/1980, de 10 de marzo, de protección de las costas españolas–, como una infracción administrativa y, como tal, acreedora de sanción. Sanción a la que, en buena lógica, serán de aplicación los principios del procedimiento administrativo sancionador, entre los que se encuentra el de culpabilidad del sujeto infractor que, como tal, excluye la responsabilidad objetiva. Por ello, porque no se aportan pruebas que determinen la culpabilidad de un derrame de combustible al mar mientras se procedía al abastecimiento de un buque, la **STS de 14 de julio de 1998**, Ar. 7607, determina la improcedencia de la imposición de sanción por tales hechos.

8. MINAS

Restauración ecológica de espacios afectados por actividades extractivas

En la **STS de 10 de julio de 1998**, Ar. 7604, se confirma la STSJ de Cataluña de 1990, que a su vez había estimado en parte el recurso interpuesto por una empresa a la que se le había otorgado una concesión de explotación de una cantera (recurso minero de la Sección C del art. 3 de la Ley de Minas de 1973), sujeta a determinadas condiciones. El extremo considerado incorrecto por el Tribunal de instancia fue la cuantía de la fianza, que redujo a la mitad. En este punto el TS confirma la reducción de esta cuantía. Sin embargo, se desestiman las demás peticiones de la empresa apelante, que pretendía que a la cantera explotada no se le aplicase la normativa catalana relativa a los espacios de interés natural afectados por actividades extractivas (Ley 12/1981 y Decreto 343/1983). En este caso, se aplica la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley, que extendía el ámbito protector de esta norma a todo el territorio catalán. Y como la normativa catalana es en este punto adicional de la estatal en cuanto a la protección medioambiental, encaja perfectamente dentro del reparto competencial que CE y EC llevan a cabo sobre esta materia.

9. MONTES

Denegación de autorización de “corta a hecho”. Prevalencia del interés de protección medioambiental

Cabe destacar en este punto dos sentencias que se refieren a la institución de la “corta a hecho” o *tallada arreu*. En la primera, la STS de 16 de septiembre de 1998, Ar. 7182, al igual que en otros pronunciamientos anteriores sobre esta materia (SSTS de 19 de noviembre de 1997, Ar. 8542, en núm. 1 de esta revista; y 27 de mayo de 1998, Ar. 4490, núm. 3 de esta revista), el TS confirma la decisión de la Administración autonómica catalana de denegar la autorización para tala de arbolado en la modalidad de *tallada arreu*. El TS considera que el derecho de propiedad sobre los montes no es absoluto y puede limitarse según su función social, y también en relación con la actuación de los poderes públicos en la protección de los recursos naturales (art. 45.2 CE), que en la normativa sobre montes se plasma en la regulación de supuestos como éstos, de autorización para la tala de montes cuando se trata de la corta a hecho de especies de crecimiento lento.

El Tribunal observa que no se dan los supuestos tasados del art. 58 de la Ley 6/1988, de 30 de marzo, forestal catalana, para autorizar la corta a hecho. Los fines de conservación del monte deben prevalecer sobre los de mejora de la productividad de la finca, que se pretende repoblar con eucaliptos y cortar los pinos piñoneros, alcornoques y encinas que ahora existen. Y aunque los informes existentes no son todos contrarios a la repoblación con eucaliptos, el TS considera que no concurre aquí ninguno de los supuestos excepcionales del citado art. 58.2 de la Ley forestal catalana, por lo que confirma la STSJ de Cataluña y con ello la decisión administrativa denegatoria.

La STS de 13 de octubre de 1998, Ar. 8266, tiene un contenido similar al pronunciamiento anterior, sólo que aquí la argumentación sobre la función social de la propiedad (art. 33.2 CE) es más extensa, y se basa en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión (FJ 4º). El TS, ante la discordancia entre el informe administrativo y el de la prueba pericial practicada, acuerda un reconocimiento judicial de la finca, con asistencia de las partes y del perito designado por el Juzgado. Con todos estos datos, el TS entiende acreditado que frente a la tala a *matarrasa*, o *arreu* que pretende llevarse a cabo, de modo que el interés medioambiental y ecológico debe prevalecer en este caso.

JAVIER DOMPER FERRANDO

CÉSAR CIRIANO VELA

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

VICTORIA CARPI ABAD

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

- 1. Consideración preliminar. 2. Política de precios. 3. Agricultura.** A) Ayudas.
B) Productos vitivinícolas. C) Aprovechamientos forestales. **4. Comercio interior.**
A) Defensa de la competencia. B) Horarios comerciales. C) Mercadillos municipales.
5. Comercio exterior. 6. Crédito. 7. Energía eléctrica. A) Consumos y facturaciones.
B) Reglamento sobre Producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables.
C) Suministro. **8. Ganadería. 9. Industria.** A) Fomento en zonas de promoción económica. B) Seguridad industrial. Autorización y concesiones. **10. Pesca marítima.**
11. Transportes. 12. Tribunal de Defensa de la Competencia. A) Medidas cautelares. Especialidades farmacéuticas. Exportaciones paralelas. Doble escala de precios.
B) Colegios profesionales. a) Condicionar el otorgamiento de visado de la hoja de encargo a que se satisfagan los honorarios devengados por un profesional anterior.
b) Expertos inmobiliarios. Intermediación inmobiliaria. C) Aeropuertos españoles y navegación aérea. ALDEASA. Concesiones de uso de locales comerciales en recintos aeroportuarios. D) Distribución exclusiva. Prohibición de fijación vertical de precios. Obligaciones suplementarias de los distribuidores. E) Distribución exclusiva en farmacia. Fijación del precio de venta al público. Alimentos dietéticos infantiles.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado en el presente número las Sentencias del Tribunal Constitucional de enero a abril de 1999, las Sentencias del Tribunal Supremo de octubre a diciembre de 1998 y las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de octubre a diciembre de 1998.

2. POLÍTICA DE PRECIOS

En las SSTs de 16 de octubre y 12 de noviembre de 1998, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 7919 y 10200, se vuelve a reiterar, en unas largas y fundadas Sentencias, la distinción entre los títulos competenciales de potestad tarifaria y política de precios.

En la primera de las Sentencias citadas la doctrina reiterada lleva a anular una Orden del Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco que negaba el control de la política tarifaria en materia de transportes a la Comisión Delegada del Gobierno de la Nación. El Tribunal reconoce la potestad tarifaria del Gobierno Vasco, pero a su vez reconoce que el control de la elevación de las tarifas corresponde al Gobierno de la Nación en ejercicio de su política de precios.

En la segunda de las Sentencias se anula la resolución de una Comunidad Autónoma por la que fijó directamente la tarifa de suministro del agua de una población, desconociendo la potestad tarifaria del ente local.

3. AGRICULTURA

A) Ayudas

La actividad agraria está en gran parte condicionada por la política de ayudas públicas, las cuales dependen a su vez de la normativa comunitaria. La aplicación de esta normativa por la Administración estatal suele generar conflictos interpretativos en relación al cumplimiento de los requisitos para poder obtener la ayuda y para poder disfrutar de la misma una vez concedida.

La STS de 6 de octubre de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7653 tiene como objeto una resolución del SENPA por la que se acordó disponer la pérdida de las ayudas recibidas (para forrajes desecados) y la prohibición por un período de tres años de obtener nuevas ayudas. La normativa comunitaria exigía para el disfrute de la ayuda cumplir con la condición de formalizar unos contratos con los productores de forrajes que fueran a disecarse. Al no haberse cumplido la condición, se estima conforme a derecho la pérdida de las ayudas a través de una resolución que no posee carácter sancionador. Por el contrario, la Sentencia declara no conforme a derecho la prohibición de obtener nuevas ayudas durante tres años, pues tal medida se aplica a través de una extensión no justificada de la Ley de Contratos del Estado al caso enjuiciado.

La STS de 18 de noviembre de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8227, examina el acto administrativo del SENPA por el que se denegó la ayuda solicitada, también al amparo de un Reglamento comunitario, en relación a la producción de productos transformados. En este caso la denegación se basó en la infracción del requisito del pago del pre-

cio a los agricultores que suministran los productos dentro de los plazos fijados por la normativa aplicable.

La Sentencia, para determinar si se realizó o no el pago dentro de plazo, analiza el valor y eficacia del pago realizado por pagarés, y en concreto el supuesto en el que con consentimiento de ambas partes se dota a la entrega de los títulos de pleno valor solutorio. Llega de esta forma a la conclusión de que el pago se realizó dentro de plazo. Añade la resolución judicial unas consideraciones de interés sobre la interpretación que debe darse a las normas que establecen la pérdida de los beneficios obtenidos, manifestando que:

“la previsión normativa en torno al posible incumplimiento de las condiciones fijadas para la obtención de las ayudas a prestar por la Administración pasa por reconocer que la privación de los beneficios otorgables procederá en casos de gravedad extrema, y también que la pérdida de las ayudas económicas es graduable, atendidas las circunstancias del caso”.

B) Productos vitivinícolas

La normativa comunitaria e interna en materia de producción y comercialización de productos vitivinícolas genera un número importante de conflictos en el momento de aplicación de los actos de policía con los que se trata de garantizar la eficacia de esta normativa. Los recursos tienen por lo general como objeto medidas sancionadoras, por lo que los problemas jurídicos suelen centrarse en materia de derecho sancionador.

Así, en la **STS de 7 de octubre de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7657, al impugnarse una sanción impuesta por haber comercializado mosto haciendo constar que el producto procedía de la Comunidad Europea cuando procedía de Argentina, el recurrente alega la prescripción, falta de culpa o dolo e incorrecta aplicación del tipo infractor. El Tribunal estimará el recurso al entender el procedimiento caducado, en base al siguiente razonamiento que es de interés reproducir :

“a tenor de nuestra doctrina jurisprudencial según la Sentencia de 9 de febrero de 1998, Ar. 2195, es de aplicación a las infracciones en materia de productos vitivinícolas lo dispuesto en el artículo 18 del RD 1945/1983, de 22 de junio, relativo a la Defensa del Consumidor. Pues aunque ciertamente la Disposición Final Segunda de este último RD exceptúa de la derogación expresa que allí se realiza las normas dictadas en materia de vinos, lo cierto es que no se produce ninguna contravención al aplicar en materia de productos vitivinícolas la caducidad del procedimiento, toda vez que como se ha dicho el Reglamento del Estatuto del Vino contempla la prescripción pero no la caducidad. Como ya declarábamos en nuestra Sentencia citada de 9 de febrero de 1998, llegando a esta solución se está interpretando el ordenamiento de acuerdo con las circunstancias de la realidad social a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil. Pues la aplicación de las normas sobre caducidad es conforme con el sentido de la evolución del Derecho español dada la normativa que establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y singularmente el RD 1398/1993, de 4 de agosto, dictado para desarrollo de la Ley anterior en materia de procedimiento sancionador”.

La STS de 21 de octubre de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7660, tiene también como objeto una resolución sancionadora, en este caso por comercializar con la marca “Cavas Murviedro” un vino no espumoso ni gasificado. El Tribunal casará la Sentencia de instancia en la medida en que admitió la posibilidad de mantener la marca cava a productos que la venían utilizando con anterioridad a la nueva normativa si tal uso no generaba confusión al consumidor, pero mantiene la doctrina de primera instancia relativa a la nulidad de la sanción por entender que la pérdida del derecho a utilizar una vieja marca requiere la anulación de la misma por el procedimiento legalmente establecido. Hasta tanto no se produzca tal anulación la marca es válida y no existe infracción por su utilización. Concretamente se afirma que :

“esta Sala –rectificando en lo menester anteriores criterios– ha sentado la doctrina (Sentencias de 14 de diciembre 1989, Ar. 8906 y 19 de noviembre de 1996, Ar. 8646) de que la circunstancia de haber obtenido el derecho a presentar los productos o servicios al público en general mediante una marca que ha tenido acceso al Registro correspondiente, no puede ser enervada en tanto la Administración no proceda a anular, por el procedimiento legal establecido, la concesión otorgada. En virtud, la posterior consideración como denominación protegida de la palabra ‘cava’ y sus derivados no implica per se la posibilidad de prohibir la utilización de la marca registrada cavas Murviedro desde el 5 de abril de 1954, en tanto no se declare la anulación o caducidad de la misma”.

C) Aprovechamientos forestales

La actividad administrativa de certificación y control de semillas controladas y plantas de vivero ha sido encuadrada normalmente por el Tribunal Constitucional dentro de la materia de agricultura. No obstante, la STC 21/1999, de 25 de febrero, precisa que cuando se trata de semillas y materiales de reproducción de naturaleza forestal, debe prevalecer la competencia específica en materia de montes y aprovechamientos forestales, en la cual le corresponde al Estado dictar la legislación básica (art. 149.1.23 CE) y a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia exclusiva “sin perjuicio de lo dispuesto” en dicho precepto constitucional.

4. COMERCIO INTERIOR

A) Defensa de la competencia

Damos simplemente cuenta de diversas Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26 y 27 de octubre y 3 de noviembre de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7643, 9565, 9566 y 7960, en las que se confirma la legalidad de diversas sanciones impuestas a entidades de distribución cinematográfica integradas en la entidad ADICAN en aplicación de la vieja Ley 110/1963 de prácticas restrictivas de la competencia.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo entiende que las cláusulas incluidas en los contratos de exhibición constituyen prácticas prohibidas en la medida en que surgen de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, al fijar directa o indirectamente las condiciones de la transacción, a la vez que son prácticas restrictivas de la competencia en tanto surgen de una posición de dominio. Se desestima también la alegada prescripción y falta de tipificación de la conducta imputada.

B) Horarios comerciales

Habiéndose anulado por la Sentencia de primera instancia diversas resoluciones municipales que fijaban los horarios comerciales, prohibiendo la apertura de los comercios los sábados por la tarde de los meses de julio a septiembre, se recurrió la citada Sentencia por ambas partes. El Tribunal Supremo en la **STS de 28 de octubre de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7665, declaró inadmisibles la apelación del Ayuntamiento por basarse exclusivamente en derecho autonómico, y admitió la de la entidad privada que impugnó los actos al solicitar la nulidad de la ordenanza por vulneración de la Constitución. Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal estima el recurso en base a doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional posterior al recurso inicial según la cual corresponde al Estado la competencia en materia de horarios comerciales.

C) Mercadillos municipales

Impugnada la ordenanza del Ayuntamiento de Madrid reguladora de la venta en la vía pública y espacios abiertos, se estimó el recurso en primera instancia por un defecto procedimental. Apelada la Sentencia, el Tribunal Supremo, en **STS de 7 de octubre de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7655, estima la apelación por entender, de acuerdo con la nueva doctrina jurisprudencial en materia de audiencia a entidades en el procedimiento de elaboración de normas, que no existió vicio procedimental.

Entrando en el fondo, merece la pena destacarse la siguiente argumentación del Tribunal:

“prescindiendo de la falta de actualidad que puede arrojar venir a resolver ahora sobre la validez o nulidad de una Ordenanza partiendo de razones de distribución y abastecimiento cuya antigüedad se remonta a más de doce años, lo cierto es que del estudio de las actuaciones no se desprende la concurrencia de la superabundancia que se denuncia, ya que existían criterios muy diversos sobre la materia que se plasmaron en el mismo expediente administrativo”.

Doce años después de aprobarse la Ordenanza, debe fallarse sobre su adecuación a las necesidades del comercio en la villa de Madrid.

5. COMERCIO EXTERIOR

El Tribunal Constitucional mantiene su postura acerca de las actividades administrativas de certificación y control de productos necesarias para su posterior comercialización. Se trata de actuaciones ejecutivas que no regulan el intercambio de productos, aunque sin duda influyen en él, ni establecen un régimen de importación ni son instrumento de una política comercial. En la **STC 21/1999, de 25 de febrero**, se concluye que el control tendente a asegurar la calidad del material forestal de reproducción pertenece a la competencia ejecutiva del País Vasco en materia de montes y aprovechamientos forestales, y no a la materia “comercio exterior” que corresponde al Estado, aunque el certificado de calidad en cuestión sea un requisito para la comercialización del producto forestal.

6. CRÉDITO

El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración sobre entidades privadas de crédito o sus cargos directivos y de administración ha dado lugar a una serie de recursos en los que se ha analizado la imputabilidad de las personas físicas y la tipificación de las conductas infractoras.

En la **STS de 26 de noviembre de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 9947, se justifica la imputabilidad del vicepresidente de la entidad tras negar que se pueda aplicar a una persona física un régimen de responsabilidad objetiva. Analizando el caso concreto se concluye que el sancionado es imputable ya que:

“no ha observado en su actuar, positivo o por omisión, toda la diligencia que a su cargo de vicepresidente es exigible, medida de acuerdo con los especiales requisitos de conocimiento y experiencia profesional que para esta clase de cargos imponen las normas aplicables (art. 2 del RD 1245/1995, de 14 de julio) (...) su actividad no se limitaba, pura y simplemente, al desempeño del cargo de miembro del Consejo de Administración, sino que estaba vinculado al Banco Credipas en virtud de contrato suscrito el 1 de marzo de 1993, formalizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del RD 1382/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. Esta conjunción de cargos, junto con el desempeño del de Vicepresidente de la entidad, abundantemente retribuidos, hacían recaer sobre él una mayor diligencia que la atribuible a cualquier otro Consejero, por lo que una actitud omisiva o pasiva suponía hacer dejación de sus obligaciones, que de haberse cumplido hubieran determinado que los hechos infractores no se realizasen o fuese más difícil su ejecución”.

En sentido muy parecido se manifiesta la **STS de 23 de septiembre de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8170 en su fundamento jurídico séptimo.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Esta misma Sentencia, y las **Sentencias de 11 de noviembre de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 10246 y 10247, enjuician la legalidad de las sanciones impuestas analizando los tipos infractores y los posibles vicios del procedimiento sancionador que alegan los recurrentes. La Sentencia ya citada de 23 de septiembre se extiende también en la justificación de la potestad sancionadora en este ámbito sectorial, señalando que:

“este control significa un complemento para que la veracidad de la actividad bancaria permita a los depositantes y clientes del banco de que se trate y al público en general (no puede olvidarse que una gran parte de la actividad de los bancos consiste en captación de pasivo), sea una realidad. Todo ello explica la exigencia de que los bancos privados estén sometidos a la intervención y control que significan las circulares, las instrucciones y las directrices del Banco de España (artículo 1.5 de la Ley 26/1988) y la inspección y control del Banco de España (artículo 43 bis de la citada Ley 26/1988)”.

7. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Consumos y facturaciones

La actividad inspectora de la Administración en relación a los consumos y correspondientes facturaciones, llevada a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Verificaciones, da lugar a resoluciones en las que se exige el pago de lo defraudado. Estas resoluciones no son actos sancionadores, por lo que para su adopción no debe seguirse el procedimiento sancionador. Basta con acreditar los hechos imputados mediante prueba suficiente en un procedimiento contradictorio. **SSTS de 6 y 13 de octubre de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 8523 y 8525.

B) Reglamento sobre Producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables

Impugnado el RD 2366/1994, de 9 de diciembre, por la Federación Empresarial de la Industria Eléctrica, el **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 21 de octubre de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 9061, admitió en primer lugar la legitimación de la recurrente pero desestimó el recurso en cuanto al fondo. En lo relativo a temas formales el Tribunal estimó que el Reglamento es una norma básica, material y formalmente. Si bien no hace expresa referencia a este carácter de norma básica, el requisito formal se salva ya que este carácter básico se infiere de la propia naturaleza de la norma. El Tribunal tampoco aprecia contradicción material con la ley de cobertura, la Ley 82/1980, pues si bien esta Ley exige que la producción de energía eléctrica se lleve a cabo de forma que se deduzca un ahorro energético, los peritajes solicitados y evacuados no llevan a la convicción del Tribunal que este fin no se consiga con la norma aprobada.

C) Suministro

En relación con el siempre conflictivo tema de la relación concesionario-usuario y los poderes de la Administración titular del servicio, la **STS de 4 de noviembre de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10237, se ocupó de la legalidad de la decisión administrativa por la que no se autorizó el corte de suministro de energía eléctrica a un abonado (un Ayuntamiento) por impago de las tarifas. El Tribunal Supremo confirmó la legalidad de la resolución denegatoria al estimar que la energía eléctrica era necesaria para prestar el servicio de suministro de agua, siendo aplicable en consecuencia el artículo 56 del RCCL, que establece que “por ningún motivo, ni aún por demora en el pago, podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato, pero quedará a salvo los efectos previstos en el artículo 94”.

8. GANADERÍA

Al igual que ocurre con la actividad agrícola, la actividad ganadera depende en lo esencial de la política de ayudas públicas. De ahí su importancia y la existencia de conflictos sobre la obtención y denegación de ayudas.

En relación con esta temática merece destacarse la **STS de 5 de octubre de 1998**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7651, en la que se confirma la Sentencia de primera instancia que anuló un supuesto de denegación de ayudas para mantenimiento de vacas nodrizas. El Tribunal Supremo sostiene que correspondía a la Administración la prueba fehaciente del incumplimiento de las condiciones, sin que pueda alegarse de contrario la presunción de legalidad de los actos administrativos. En esta línea se sostiene que “han de estudiarse con el debido rigor tanto la motivación del acto administrativo como la circunstancia de que la Administración se había apartado del precedente”, lo que conduce a confirmar la anulación del acto denegatorio de la ayuda.

9. INDUSTRIA

A) Fomento en zonas de promoción económica

La actividad de fomento para la promoción de la actividad industrial en Zonas de Promoción Económica ha dado lugar a un número importante de conflictos, de los que venimos dando cuenta en esta sección, relativos a la denegación de la ayuda solicitada o a la reclamación de ciertas cantidades por incumplimiento total o parcial de las condiciones establecidas en la resolución subvencional.

Las **SSTS de 3 de noviembre de 1998**, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7962 y 7963 son una nueva muestra de la doctrina ya analizada. En ambas se desestiman los recursos inter-

XIV. Derecho Administrativo Económico

puestos frente a las declaraciones de incumplimiento parcial y reducción de la subvención. El Tribunal Supremo niega la posibilidad de destinar parte de los fondos concedidos a otras partidas, afirmando que debe mantenerse el destino de los fondos por partidas concretas, sin que puedan realizarse compensaciones internas, pues de este modo “se impide que se logren los objetivos previstos con la subvención”.

B) Seguridad industrial. Autorización y concesiones

La STS de 29 de octubre de 1998, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 9063, aborda un tema de singular relevancia como es el relativo a la titularidad competencial para otorgar las concesiones a entidades privadas para ejercer la función inspectora en materia de seguridad industrial. Concretamente, el recurso tiene como objeto la denegación a diversas entidades privadas de la autorización para llevar a cabo esta actividad dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, denegación acordada por la Dirección General correspondiente del Gobierno de la Generalidad de Cataluña. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

La Sentencia reconoce la competencia ejecutiva de la Generalidad de Cataluña en la materia en base a la doctrina del TC (SSTC 203/1992 y 179/1998), y niega que las concesiones otorgadas supongan un régimen de monopolio, pues se otorgaron tras el oportuno concurso público para adjudicar dos contratos de explotación (debe señalarse que el conflicto se remonta a las fechas de 22 y 29 de marzo de 1989, por tanto fechas anteriores a la entrada en vigor de la Ley estatal de industria de 1992).

10. PESCA MARÍTIMA

La STS 25 de noviembre de 1998, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8943, casa la Sentencia de la Audiencia Nacional por la que se declara inadmisibile el recurso interpuesto frente a una Resolución del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación consistente la elaboración del listado de barcos con derecho a faenar en aguas comunitarias, listado que se incorporó como Anexo al Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas.

El Tribunal Supremo entiende, en primer lugar, que tal resolución no constituye un mero acto trámite, pues:

“ no pueden reputarse actos meramente preparatorios, o no resolutorios, los que en el procedimiento se han combatido, ya que, aun prescindiendo del trámite efectivo que se les ha dado, lo cierto es que constituyen manifestaciones claras de voluntad de la Administración con relación al estado definitivo que se ha dado a la propuesta de las asociaciones de puertos, y que ponen término a las reclamaciones efectuadas en vía administrativa, no pudiendo equipararse esas resoluciones a meras propuestas o emisión de pareceres”.

En segundo lugar, en relación también a la cuestión de la inadmisión del recurso, se establece que:

“no procede la declaración de inadmisibilidad apoyada en la no sumisión al derecho administrativo de las resoluciones de la Administración combatidas, ya que no pueden calificarse como acto de gobierno (sustraído por tanto en la parte que implica el ejercicio de la facultad atribuida al ejecutivo de la Nación por el artículo 97 de la Constitución al control jurisdiccional, y únicamente controlable por el poder legislativo –artículo 108 de la misma norma fundamental–) las resoluciones que se impugnan a través del presente procedimiento, por lo que consecuentemente tampoco la declaración de inadmisibilidad basada en la incorporación del resultado de las mismas a un Tratado Internacional tiene fundamento legal, y sí implica la infracción de lo dispuesto en los artículos 1, 37, 40 y 82”.

11. TRANSPORTES

En relación a la potestad tarifaria y la competencia estatal en materia de política de precios nos remitimos al comentario de la STS de 16 de octubre de 1998, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 7919, realizado en el epígrafe “Política de Precios”.

12. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Medidas cautelares. Especialidades farmacéuticas. Exportaciones paralelas. Doble escala de precios

El TDC, en su Resolución de 16 de octubre de 1998, incide con notoriedad en la problemática generada por las actuaciones de los laboratorios farmacéuticos para hacer frente a las exportaciones paralelas de especialidades farmacéuticas practicadas por los distribuidores mayoristas. Estas exportaciones paralelas encuentran su explicación económica en el distinto precio de las especialidades farmacéuticas en los países de la Unión Europea, que es fruto no de la decisión de los operadores económicos, sino de la intervención pública. Esta controversia ha generado desde hace años una intensa problemática que ha suscitado importantes decisiones de la Comisión Europea y significativas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A partir del año 1995, en que acaba un período transitorio establecido en el Acta de Adhesión, esta controversia se ha instalado con fuerza en el mercado español. España es uno de los países de “precio bajo” de la Unión Europea lo que genera la exportación hacia países de “precio alto”.

En este caso, Glaxo remitió a los distribuidores mayoristas las condiciones generales de venta de las especialidades farmacéuticas con el ánimo de fijar el marco contractual en el que desarrollaría la venta de sus especialidades farmacéuticas. En la condición 4ª se establecen dos listas de precios según el destino de los productos. La condición 4ª. A), apli-

XIV. Derecho Administrativo Económico

cable a las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo a fondos de la Seguridad Social española o fondos estatales afectos a la sanidad y comercializados con carácter nacional a través de oficinas de farmacia u hospitales españoles, establece que el precio no superará el precio industrial máximo que fijen las autoridades sanitarias españolas. La condición 4ª. B), aplicable a las especialidades farmacéuticas en que no concurren las circunstancias antes citadas, prevé que el precio será fijado por Glaxo de acuerdo con criterios económicos reales, objetivos, no discriminatorios y siempre con total independencia del destino que dé a las mismas el almacén adquirente. Con ello, Glaxo actúa, de forma expresa, para frenar, limitar o impedir las exportaciones paralelas, al establecer el precio nacional y el de exportación, lógicamente mucho más elevado éste que aquél.

El objeto final del expediente tramitado ha de ser si las condiciones de venta restringen o no la competencia en el mercado, a la vista de las normas nacionales y comunitarias. No obstante, los denunciantes solicitaron la adopción de medidas cautelares, que en los últimos ejercicios están teniendo gran relevancia, seguramente por la excesiva duración de los procedimientos administrativos y judiciales.

Tras un largo análisis de las posiciones de la empresa, de los mayoristas denunciados y del SDC, el TDC, adopta la medida cautelar consistente en suspender durante un período de 6 meses, la aplicación de la condición 4ª de las condiciones generales de venta a los almacenes mayoristas autorizados para la compra de especialidades farmacéuticas.

Igualmente, el TDC acuerda la fijación de una fianza de 600 millones de pesetas para hacer frente a los perjuicios que la medida cautelar dictada pueda causar a Glaxo.

B) Colegios profesionales

a) Condicionar el otorgamiento de visado de la hoja de encargo a que se satisfagan los honorarios devengados por un profesional anterior

El TDC, en su Resolución de 28 de octubre de 1998, declara que el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca y el Consejo General de los Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España han realizado una práctica prohibida por el artículo 6.1 LDC consistente en condicionar el otorgamiento del visado de la hoja de encargo profesional a que se paguen, depositen o avalen los honorarios devengados por un profesional anterior.

Los hechos a que se refiere la Resolución se inician cuando una empresa encarga la dirección de obra del proyecto de construcción de 34 viviendas a determinados aparejadores. Este encargo recibió el visado del Colegio correspondiente en enero de 1992. En agosto del mismo año la empresa decidió sustituir a los aparejadores. Cuando se dirigió a visar el nuevo encargo la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos acordó condicionar el visado a la constitución por parte de la empresa peticionaria de un depósito o aval bancario por importe de los honorarios profesionales deven-

gados por los primeros aparejadores. Este acuerdo, al ser recurrido, fue confirmado por el Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España.

El TDC analiza la regulación del visado profesional y concluye que ninguna norma, ni legal ni reglamentaria, admite el condicionamiento del otorgamiento del visado a la satisfacción de honorarios previos de otro profesional.

Por ello, la resolución del TDC indica que:

“El Colegio no ha actuado en este caso en defensa de intereses públicos, sino corporativamente en defensa de los intereses privados de sus miembros, tratando incluso de someter a sus normas a terceros ajenos a la institución como son las empresas promotoras y constructoras. En este sentido, el Colegio de Mallorca, al tratar de hacer prevalecer la garantía del cobro de los honorarios por encima de otras cuestiones de interés general en defensa de las cuales se establece el visado, ha abusado de su posición de dominio en el mercado.”

b) Expertos inmobiliarios. Intermediación inmobiliaria

El mercado de la intermediación inmobiliaria ha estado sometido en los últimos años a constante polémica. De forma resumida, esta polémica deriva de la aparición de distintos operadores económicos, que bajo distinto nombre, actúan en este mercado incidiendo en la cuota de mercado de los agentes de la propiedad inmobiliaria. Esta polémica ha alcanzado a tribunales del orden penal, al Tribunal Constitucional (STC 111/1993, de 25 de marzo) y ahora llega al TDC en virtud de una inicial denuncia de la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios contra el Consejo General de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por infringir la LDC al realizar una campaña de desprestigio de sus competidores.

En el expediente administrativo quedan acreditadas distintas actuaciones de los API para intentar evitar la intervención en el mercado de la mediación inmobiliaria de otros profesionales. El TDC, como idea nuclear, afirma que:

“hay expresiones que se contienen en los anuncios sobre la exclusividad o la reserva de funciones para quienes tengan el título de API y la condición de intruso de quien, sin título, las ejerza –lo que constituye el núcleo de gran parte de los anuncios– que son expresiones falsas y, en cuanto susceptibles de inducir a error sobre la naturaleza de los servicios de los propios anunciantes, están incursas en el art. 7 LDC; y en cuanto, al mismo tiempo, menoscaban el crédito de los competidores no API, están incursas en el art. 9 LCD”.

Por todo ello, el TDC declara la existencia de dos infracciones a la LDC: una práctica prohibida por el art. 1 LDC consistente en recomendar la adopción de medidas cautelares para que ningún API pueda contratar sus servicios con persona alguna (física o jurí-

dica) cuya actividad u objeto social fuera el de prestación de servicios a terceros, con carácter profesional, de cualquiera de las funciones propias de los API; una práctica prohibida por el art. 7 LDC consistente en la publicación de anuncios que contienen frases o expresiones falsas o denigratorias de los operadores no API susceptibles de alterar de manera significativa el funcionamiento competitivo del mercado de prestación de servicios de intermediación inmobiliaria.

C) Aeropuertos españoles y navegación aérea. ALDEASA. Concesiones de uso de locales comerciales en recintos aeroportuarios

Una empresa denuncia a AENA por aplicar condiciones más favorables a ALDEASA que al resto de las empresas que obtienen concesiones o autorizaciones de uso de los locales comerciales en los recintos aeroportuarios. Básicamente, AENA dispone a ALDEASA mayores plazos (10 años, frente a los 3 que se aplican al resto); AENA y ALDEASA prevén un cambio de canon en caso de que las *duty free* se transformen en *duty paid*; AENA otorga una concesión exclusiva a ALDEASA de las tiendas libres de impuestos (aunque AENA puede explotarlas directamente).

El SDC acordó el archivo del expediente. El denunciante interpusó recurso ante el TDC, que en la **Resolución de 16 de noviembre de 1998** lo estima parcialmente indicando al SDC la investigación de específicas cuestiones.

En concreto, la cuestión más determinante es analizar si la actuación de AENA se ampara en una ley o en una norma reglamentaria dictada en aplicación de una ley. El TDC afirma al respecto que:

“Se ha alegado que el art. 156 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social da amparo legal a la adjudicación directa realizada por AENA. En este sentido, es necesario tener en cuenta que, dicho artículo establece que ‘corresponderá al Ente público AENA el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones del dominio público aeroportuario para el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicio público’, y añade que ‘dicho otorgamiento se realizará por concurso. Excepcionalmente podrá efectuarse por adjudicación directa en función de las circunstancias concurrentes, tales como las características de la zona aeroportuaria de que se trate, la naturaleza de las actividades a desarrollar o cualquier otra significativa para la explotación aeroportuaria’. Ante una situación como ésta, hay que examinar si la norma legal ampara la conducta de AENA denunciada. Independientemente de que no parece justificarse la excepcionalidad aplicada a ALDEASA, máxime cuando algunas de las tiendas pueden operar, simultáneamente, en régimen libre de impuestos y en régimen fiscal normal y, próximamente, podrán incluso hacerlo exclusivamente en el régimen fiscal normal, y que parece difícil considerar que las tiendas sean una actividad ‘significativa para la explotación aeroportuaria’, en este caso el problema que se analiza no es si deben otorgarse las concesiones por concurso por adjudicación directa, sino si las actuaciones de AENA para el desarrollo de actividades comerciales en los aeroportuarios está sometida a Derecho privado y

si AENA puede, a través de un Pliego, crear una situación de exclusiva en dicha actividad comercial. Por lo que se refiere a estas cuestiones, ya se ha señalado que, exceptuando las tiendas libres de impuestos que se encuentran situadas en la llamada 'zona internacional', las actuaciones de AENA en relación con los establecimientos que ejercen una actividad comercial en los aeropuertos aparentemente constituyen relaciones patrimoniales sometidas al Derecho privado, no pareciendo 'prima facie' que sea justificable la exclusiva establecida en el Pliego de Bases".

D) Distribución exclusiva. Prohibición de fijación vertical de precios. Obligaciones suplementarias de los distribuidores

La Resolución del TDC de 30 de noviembre de 1998, declara la existencia de una conducta prohibida consistente en el establecimiento de acuerdos de distribución exclusiva de cervezas que permiten la fijación vertical de precios, prohíben las ventas pasivas fuera del territorio e impone obligaciones suplementarias a los distribuidores.

Como es sabido, la distribución exclusiva implica una infracción al art. 1 LDC, que en determinadas circunstancias se considera autorizada por los reglamentos de exención por categorías. Al respecto cabe señalar que todas las previsiones del derecho comunitario sobre estas restricciones a la competencia, con una influencia decisiva en el derecho español, se encuentran en fase de renovación, que va a generar cambios de enfoque muy notorios. Cabe pensar que este cambio de enfoque, caracterizado de forma resumida por una tendencia al análisis económico de los supuestos individualizados, alcanzará también el derecho de la competencia español.

En el contrato de distribución exclusiva enjuiciado se plantean tres cuestiones controvertidas. La primera relativa a la fijación de precios, que no resulta permitida por los reglamentos de exención por categorías. El TDC resume su posición al respecto, en la que se aprecian algunos indicios de querer evitar criterios absolutos o rígidos:

"Este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que los acuerdos sobre precios constituyen la más grave infracción de la LDC. Ahora bien, si tal es así, no es menos cierto que existe una corriente doctrinal que considera que la fijación vertical de precios puede ser aceptada en determinados supuestos tales como los relativos a campañas nacionales realizadas por el fabricante, descuentos o ventas promocionales, etc., e incluso se ha planteado la posibilidad de su autorización en algún supuesto específico mientras que no son planteables, ni a efectos teóricos, supuestos de acuerdos horizontales de precios que sean autorizables. En este orden de cosas tampoco puede considerarse la misma gravedad en la fijación de precios máximos que en la fijación de precios mínimos, pues la primera pueda encontrar su justificación en el hecho de que el fabricante quiera impedir abusos de los revendedores que conduzcan a generar la idea de que se trata de un producto anormalmente caro, mientras que la fijación de un precio mínimo siempre repercute negativamente en el consumidor."

La segunda cuestión es la prohibición al distribuidor de realizar ventas en poblaciones situadas fuera del territorio de distribución. Esta cláusula excede de lo previsto en el reglamento de exención por categoría, que se limita a aceptar la prohibición de realizar una política activa de ventas fuera del territorio concedido.

La tercera cuestión es la obligación del distribuidor de remitir una relación de clientes con especificación de determinados datos. Esta cláusula también excede de las obligaciones que son aceptables según lo dispuesto en el reglamento de exención por categorías.

E) Distribución exclusiva en farmacia. Fijación del precio de venta al público. Alimentos dietéticos infantiles

El TDC, en su Resolución de 11 de diciembre de 1998, ha declarado la existencia de infracción a la LDC por parte de varias empresas al acordar la fijación del precio de venta al público de los alimentos dietéticos infantiles y la distribución exclusivamente a través del canal farmacéutico de los alimentos dietéticos infantiles no lácteos.

La cuestión, parecida a la analizada por el TDC en su Resolución de 31 de julio de 1996, se puede resumir del siguiente modo: fabricantes de determinados productos que no son medicamentos extienden a éstos, de acuerdo con el sector farmacéutico, el régimen singular y excepcional que la Ley prevé para los medicamentos, en una doble vertiente: impidiendo que estos productos se vendan fuera del circuito farmacéutico e impidiendo, dentro de este circuito, que las farmacias compitan entre sí en el precio de venta al consumidor.

El TDC mantiene su anterior criterio y declara existente la infracción a la LDC y procede a imponer las oportunas sanciones a las empresas.

LLUIS CASES I PALLARÉS
TOMÁS FONT I LLOVET
JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**Sumario:**

1. Consumo. A) Protección de los consumidores y derecho de renuncia en el contrato de multipropiedad. B) Riesgo de confusión entre la marca específica de un vino y la designación del producto con la denominación genérica incorporada al etiquetado.

2. Deporte. A) Disciplina deportiva: valor jurídico del acta de un árbitro de fútbol y valor normativo de los reglamentos deportivos. **3. Educación.** A) Deberes de los profesores: posibilidad de completar la jornada lectiva en otro centro o impartir disciplina afín en el propio centro. Derecho de los alumnos a recibir la educación adecuada.

B) Denegación de concierto por fundamentarse en denegación de subvención amparada en criterio de zonificación. **4. Espectáculos Públicos y Policía de Seguridad.**

A) Exigencia de vigilantes jurados y empresas de alto riesgo. B) Competencia de la Generalidad de Cataluña en materia de espectáculos taurinos. **5. Juego.** A) Normativa aplicable en presencia de legislación estatal y autonómica. B) La potestad sancionadora en materia de juego. **6. Sanidad.** A) Regulación de los almacenes farmacéuticos, la figura del farmacéutico adicional e ilegalidad de reglamento por omisión.

1. CONSUMO**A) Protección de los consumidores y derecho de renuncia en el contrato de multipropiedad**

La STJCE de 22 de abril de 1999, Asunto C-423/97, resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de Primera Instancia de Valencia en relación con la interpretación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Pues bien, el TJCE concluye que el consumidor puede ejercer su derecho de renuncia, cuando el contrato se ha celebrado a cierta distancia del lugar en el que reside el consumidor, cuando sea distinto de los establecimientos en los que el comerciante ejerce habitualmente sus actividades, y que no esté claramente identificado

claramente como local de venta al público. Además, interpreta que la Directiva 85/577 no se opone a que un Estado miembro adopte una normativa por la que la notificación de la renuncia no esté sujeta a ningún requisito de forma, y, por lo tanto, pueda hacerse de modo oral. Finalmente, el Alto Tribunal decide que la Directiva se opone a que un contrato contenga una cláusula por la que se imponga al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que haya ejercido su derecho a renuncia.

B) Riesgo de confusión entre la marca específica de un vino y la designación del producto con la denominación genérica incorporada al etiquetado

La STJCE de 28 de enero de 1999, Asunto C-303/97, analiza las indicaciones descriptivas que deben aparecer en el etiquetado de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas, a la luz del Reglamento del Consejo 2392/1989, de 24 de julio; y concluye que debe interpretarse en el sentido de que, para que la prohibición impuesta en el Reglamento se aplique, no basta con comprobar que una marca (“Kessler Hochgewächs”) que contiene una palabra que figura en la designación del producto (“Riesling Hochgewächs”) pueda, por sí misma, ser confundida con la propia designación. Es preciso, asimismo, demostrar que, de hecho, la utilización de la marca puede inducir a error a los consumidores de que se trate, y, por consiguiente, pueda afectar a su comportamiento económico. A este propósito, corresponde decidir al Juez nacional sobre el riesgo de confusión que se crea al consumidor medio, “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”.

2. DEPORTE

A) Disciplina deportiva: valor jurídico del acta de un árbitro de fútbol y valor normativo de los reglamentos deportivos

La STS de 30 de octubre de 1998 (Ar. 9064), resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Administración del Estado, revocando la Sentencia de la Audiencia Nacional apelada. Los hechos se remontan al famoso botellazo recibido en 1987 por Hugo Sánchez, a la sazón jugador del Real Madrid, en un partido de competición oficial disputado en Sestao.

La Sentencia apelada, tomando como fundamento el informe emitido por el Inspector Jefe de la Comisaría de Portugalete, llega a la conclusión de que “sólo hubo un incidente a lo largo del encuentro”: el provocado por una persona perfectamente identificada. El Tribunal de instancia entiende que esta acción es única y exclusivamente imputable a su autor, y considera que no cabe apreciar culpabilidad alguna –ni in eligendo, ni in vigilando– en el club en cuyo campo tuvo lugar el encuentro, razón por la cual estima el recurso y

deja sin efecto la sanción de multa y de dos partidos de clausura del terreno de juego al estimar en parte el recurso interpuesto por el “Sestao Sport Club”.

Sin embargo, el TS no comparte la apreciación de la prueba del Tribunal de instancia, y tomando como referencia el acta arbitral, concluye que hubo otros incidentes –consistentes en el lanzamiento de objetos del público de una de las porterías–. Por consiguiente, la STS concluye que el acta arbitral y el informe de la policía no son documentos contradictorios sino complementarios. En este sentido, dando al acta arbitral el valor jurídico de prueba el TS entiende que tales hechos constituyen la infracción prevista que tipifica la sanción impuesta. Problema distinto –al no haber sido planteado– es el conocer el valor normativo del Reglamento federativo no publicado oficialmente, que conforma y sustenta la tipificación de las infracciones y sanciones contempladas.

3. EDUCACIÓN

A) Deberes de los profesores: posibilidad de completar la jornada lectiva en otro centro o impartir disciplina afín en el propio centro. Derecho de los alumnos a recibir la educación adecuada

Si bien el TS en su última jurisprudencia entiende que la mayor garantía de la calidad de la enseñanza se consigue cubriendo cada asignatura y curso por un profesor de la especialidad, sin embargo, considera que dicha garantía viene modulada por la disponibilidad de los medios humanos. Cabe observar una evolución en la jurisprudencia del TS desde el rechazo de la posibilidad de imponer al profesor la impartición de la docencia de asignaturas afines, hasta la aceptación de la misma en las más recientes sentencias.

En este sentido, la STS de 21 de octubre de 1998 (Ar. 9036), examina si la posibilidad contemplada en la Orden de 31 de julio de 1987 en cuanto a la opción atribuida al profesor para completar la jornada lectiva en otro Centro de acuerdo con su especialidad, o en el propio Centro, impartiendo disciplinas afines a la especialidad docente, vulnera los derechos profesionales de los profesores y de los alumnos.

El TS entiende que no se lesionan los derechos profesionales de los profesores porque la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1987 establecía la posibilidad de reducción de las retribuciones de los profesores que tuvieran jornada reducida, y el sentido de la Orden impugnada es la de ser un instrumento puesto a su disposición para que pudieran eludir ese efecto adverso a sus intereses.

Asimismo, considera que no se vulnera el derecho de los alumnos a recibir la educación adecuada; el TS estima que el aludido derecho de los alumnos no se opone a que:

“(…) profesores de una especialidad afín puedan impartirles enseñanza, si en el centro no hay profesor de la concreta especialidad, ni se pueda dar por sentada la inidoneidad del profesor, que sería lo que lesionaría tal derecho”.

B) Denegación de concierto por fundamentarse en denegación de subvención amparada en criterio de zonificación

En la STS de 9 de diciembre de 1998, (Ar. 10256), el Tribunal parte de la premisa de que el único requisito que la Disposición Transitoria Tercera LODE exige para acogerse al régimen singular de conciertos, es el de estar percibiendo subvenciones a la entrada en vigor de la Ley, sin que por tanto resulte legalmente amparada la posibilidad de incorporar otros motivos denegatorios distintos, como por ejemplo el incumplimiento de la relación alumno-profesor.

Con arreglo a dicha premisa, entiende que la denegación del concierto singular sería procedente porque el centro no percibía subvención en el año anterior a la vigencia de la LODE. Sin embargo, teniendo en cuenta que estuvo subvencionado en el curso escolar 1981/1982 y que si no percibió la subvención en el curso 1985/1986 fue por un criterio que por la STS de 16 de mayo de 1984 fue declarado ilegal –necesidades de escolarización en la zona–, determina la nulidad del acto en la parte que deniega el concierto singular, pues considera que:

“(…) no es lógico la denegación del mismo con base en no estar subvencionado en el curso escolar precedente a la vigencia de la LODE, cuando la subvención se solicitó pero fue denegada ilegalmente”.

4. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y POLICÍA DE SEGURIDAD**A) Exigencia de vigilantes jurados y empresas de alto riesgo**

La STS de 4 de diciembre de 1998 (Ar. 10167), reconoce la preceptividad en determinadas situaciones de un servicio de vigilantes jurados de seguridad en determinadas empresas que acreditaban la concurrencia de circunstancias (almacenamiento de sustancias peligrosas, tuberías descubiertas, etc.), que hacían necesaria su implantación. Reconociendo que en el supuesto concreto se daban tales circunstancias, por lo que era forzosa la puesta en marcha de dicho servicio privado, se indica igualmente que a la Administración no le incumbe ofrecer medidas alternativas a ese servicio, sino que le corresponde a la empresa, si desea ser dispensada de las medidas de seguridad impuestas administrativamente, solicitar la dispensa una vez establecidas por ella en sus instalaciones las adecuadas para evitar los daños y eventos previsibles.

La Sentencia afirma, frente a la pretensión de parte de la incompetencia del Ministerio del Interior por tratarse de una zona portuaria, la competencia plena de ese Ministerio, por corresponderle el concepto de “Policía Gubernativa” frente al de “Policía Administrativa”, en tanto conjunto normativo regulador de la actividad específica de carácter ordenancista desde el punto de vista del funcionamiento de las actividades administrativas. Siendo los aspectos preventivos y de riesgos personales regulados en la Ley de

Seguridad Privada encomendada al Ministerio del Interior, prima dicha competencia sobre la genérica de las autoridades portuarias.

B) Competencia de la Generalidad de Cataluña en materia de espectáculos taurinos

La STS de 20 de octubre de 1998 (Ar. 8923), interpreta que la valoración que la Ley catalana 3/1988, de Protección de los animales, se ajusta a esta estricta finalidad al sancionar determinados desmanes sobre cuatro novillos, a su letra y espíritu acorde con tratados y convenios internacionales, prevaleciendo sobre la presunta defensa de actividades culturales (artículo 46 de la Constitución), interpretando de tal modo los deseos y finalidades de la sociedad.

Sobre la cuestión central de la incompetencia de la Generalidad para regular los espectáculos taurinos, basándose en la competencia estatal en materia de seguridad pública (149.1.29 de la Constitución) y defensa del patrimonio cultural (149.1.28), la Sentencia rechaza esta alegación puesto que dicha competencia estatal en materia de orden público se limita a aspectos fundamentales o de coordinación con la prevalente función autonómica de policía que reconoce la Constitución y el Estatuto de Autonomía; correspondiendo únicamente a la autoridad autonómica la obligación de comunicar a las autoridades de la Administración del Estado la celebración de espectáculos taurinos y el ejercicio de las facultades de suspensión y prohibición gubernativas correspondientes. En todo caso se salva en esta materia, una función estatal para regular las reglas técnicas y de arte uniformes que eviten su degradación.

En todo caso y con basamento interpretativo acorde en la Ley estatal 10/1991, sobre potestades administrativas de la Administración del Estado en espectáculos taurinos, se deduce que existe una conexión de la fiesta taurina con la materia cultural, pero la relación con la competencia de fomento de la cultura (artículo 149.2 de la Constitución), que por sus propias características se desenvuelve en un marco de concurrencia con las Comunidades Autónomas.

5. JUEGO

A) Normativa aplicable en presencia de legislación estatal y autonómica

La STS de 25 de octubre de 1998 (Ar. 8415), se enfrenta al problema de determinar la norma aplicable ante la existencia de una normativa estatal y otra autonómica. El recurrente pretende se dicte una sentencia declarativa en la que se reconozca la innecesariedad de obtención de una autorización administrativa para la realización de un sorteo ya que en virtud del art. 19 del Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929, no necesitan autorización administrativa los simples sorteos que realizan las Cajas de Ahorro como estímulo a sus impositores. La Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó la Ley del

Juego y Apuestas 2/1986, de 19 de abril, en virtud de la cual todos los sorteos estaban sometidos a autorización administrativa. La contradicción entre ambas normas lleva al TS a decir que:

“(…) no ofrece mayores dudas que por el juego del artículo 149.3 en el ámbito de las Comunidades las normas del Estado no prevalecen sobre las autonómicas, antes bien resultan inválidas y ello porque las normas autonómicas no son jerárquicamente subordinadas de las del Estado y para explicar su primaria relación hay que acudir no al principio de jerarquía sino al de la competencia, según el cual en el ámbito competencial autonómico la norma emanada de la Comunidad Autónoma excluye a la norma estatal” (FJ 2°).

La norma autonómica provoca la pérdida de eficacia de la norma estatal en el ámbito de Andalucía. Si la Comunidad Autónoma no ejerciese sus competencias normativas, seguiría encontrando aplicación la normativa estatal dictada con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía.

El TS señala también en su Sentencia que la actividad realizada por la Caja de Ahorros es una actividad incursa en la actividad de juego, no constituyendo su regulación una norma especial que excepciona la aplicación de la normativa general de juego.

B) La potestad sancionadora en materia de juego

El TS se ha pronunciado repetidamente en esta materia en torno al ejercicio de la potestad sancionadora por las Administraciones Públicas habiendo señalado que la responsabilidad solidaria, como forma de garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, no puede entrar en el ámbito del Derecho sancionador, **STS de 8 de octubre de 1998** (Ar. 8833) y **STS de 27 de noviembre de 1998** (Ar. 9577), tal como por otra parte ha puesto de manifiesto el nuevo Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 593/1990, de 27 de abril. La **STS de 23 de octubre de 1998** (Ar. 9564), declara la nulidad de un acto administrativo sancionador al no haberse producido el trámite de audiencia al interesado, trámite íntimamente vinculado al derecho de defensa. La **STS de 4 de diciembre de 1998** (Ar. 10168), diferencia la actuación administrativa revocadora de un acto administrativo y de un acto administrativo sancionador de aquellas actuaciones administrativas producidas como consecuencia del incumplimiento por el particular de un requisito necesario para el ejercicio de una actividad. Dice el TS que:

“Así, examinado el inicial acto administrativo impugnado, por el que se declara la inhabilitación para explotar los Salones Recreativos de la parte recurrente, se observa que la razón de tal decisión, adoptada por la Comisión Nacional del Juego, no es otra que la de no haber cumplido el requerimiento efectuado en tiempo y forma para la inscripción en el Registro Nacional de Empresarios de Salones de Juegos Recreativos, como exigía la Disposición Transitoria Sexta, apartado 3°, del Real Decreto 877/1987, de 3 de julio, y, en

consecuencia, no se está en los supuestos contemplados por el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que no se produjo la anulación de un acto declarativo de derechos, que hubiera exigido seguir los trámites previstos en este precepto, sino ante la consecuencia jurídica de no haber cumplido un trámite exigido inexcusablemente por la Disposición Transitoria mencionada, que implicaba, conforme al artículo 29 del expresado Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, una imposibilidad legal de explotar los indicados Salones Recreativos” (FJ 6°).

6. SANIDAD

A) Regulación de los almacenes farmacéuticos, la figura del farmacéutico adicional e ilegalidad de reglamento por omisión

La STS de 14 de diciembre de 1998 (Ar. 154/1999) resuelve un recurso contencioso-administrativo directo contra el art. 4 del Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre, por el que se regulan los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos, interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España. Cuestionaba el recurrente la legalidad del reglamento pero no tanto por lo que en él se establecía como por no recoger la figura del “farmacéutico adicional” junto a la del Director Técnico Farmacéutico de los almacenes; esto es, se planteaba la siempre difícil cuestión de la ilegalidad de una disposición reglamentaria por omisión. Para resolverla, de manera preliminar el Tribunal Supremo manifiesta explícitamente la dificultades y los límites que tiene el control jurisdiccional en estos casos:

“(…) Es cierto que las pretensiones deducidas frente a la omisión o, en general, inactividad reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional.

Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (...), y no es rechazable a limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter. Es éste un problema sustantivo diferenciable, sin embargo, del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido (...). Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la

administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O, dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición de la forma o contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla”.

Pero la pretensión del recurrente no era la de condenar a la Administración a que realizara una determinada regulación ni, menos aun, que fuera el propio Tribunal Supremo el que diese contenido a la figura del “farmacéutico adicional”, contemplada en el art. 80.2 de la Ley del Medicamento, pero omitida en el reglamento discutido, sino simplemente la declaración de nulidad del precepto reglamentario en cuestión: “Posibilidad de nulidad por infracción omisiva que es teóricamente posible en dos supuestos (...): a) cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento, no de una mera habilitación, sino de una obligación expresamente establecida por la ley que se trata de desarrollar o ejecutar; y b) cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Y es únicamente en este caso de omisión reglamentaria, en el que el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley puede consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico.”

No accederá, sin embargo, a lo solicitado por el recurrente con el siguiente argumento: “puede decirse, por una parte, que la Ley impone a la Administración la obligación de regular reglamentariamente la figura de los ‘farmacéuticos adicionales’ de los almacenes mayoristas de medicamentos de uso humano a partir de determinado volumen de actividad profesional, pero no que tal obligación haya de cumplirse necesariamente al regular la figura del Director Técnico, esto es no impone una regulación coetánea o conjunta; y, por otra, la omisión de la regulación de los ‘farmacéuticos adicionales’ no hace ilegal la previsión y regulación reglamentaria del Director Técnico, que, además, se encuentra en otros preceptos del Reglamento distintos del 4, que es el único impugnado en el recurso. Así pues, el desarrollo reglamentario de las funciones del Director Técnico de almacén mayorista sin el desarrollo coetáneo de ‘farmacéuticos adicionales’, no resulta contrario a la ley”.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

CARMEN AGOUES

JOSÉ MANUEL CASTELLS

EDORTA COBREROS

IÑAKI LASAGABASTER

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso Contencioso-Administrativo. A) Jurisdicción contencioso-administrativa: alcance y extensión. a) Carácter revisor. No puede entenderse como sujeción estricta a los planteamientos hechos valer por el interesado en vía administrativa. Competencia de la Sala para el enjuiciamiento de todas las cuestiones suscitadas en el expediente. b) Objeto del recurso. Fijación sucesiva en los escritos de interposición y demanda. “Desviación procesal”. B) Interposición del recurso. a) Personación: asistencia letrada. Asistencia jurídica gratuita. Extensión de la designación de Letrado para ulteriores instancias, cuando se trate de órganos jurisdiccionales situados en la misma sede. b) Interposición por personas jurídicas. “Autorización corporativa”. La no presentación del documento que la acredita es siempre subsanable, y la Sala no puede inadmitir el recurso si no ha ofrecido antes el trámite de subsanación. C) Escrito de demanda. a) La falta de remisión del expediente administrativo completo por la Administración, tras sucesivos requerimientos, no impide la formulación de la demanda, sin perjuicio de que tal circunstancia sea tenida en cuenta por la Sala en la sentencia. b) Articulación del escrito de la demanda en “hechos y fundamentos de Derecho”. Es éste un requisito que debe exigirse con flexibilidad y sin rigorisismos formales. D) Terminación del proceso contencioso-administrativo. a) Desistimiento: requisitos y efectos. b) Caducidad del recurso contencioso-administrativo: declarada antes del trámite de demanda. c) Allanamiento: efectos. No impide necesariamente el análisis de la cuestión de fondo por la Sala. d) Sentencia. Notificación con indicación defectuosa de recursos procedentes. No implica lesión del derecho a la tutela judicial, ni exime de la correcta interposición de tales recursos. E) Nulidad de actuaciones. Supuestos en los que procede. Interpretación del art. 240 LOPJ. La incongruencia puede implicar la nulidad de la resolución cuando ha dejado a la parte en situación de indefensión.

2. Recurso de Casación Ordinario. A) Defensa y representación procesal. a) Es el interesado quien tiene la carga legal de solicitar la designación de Abogado y Procurador, no los profesionales designados de oficio en la instancia. B) Objeto. a) Contra autos que

declaran la inadmisión del recurso contencioso-administrativo: sólo se puede combatir la causa de inadmisión, no el fondo del asunto. C) Motivos. a) Artículo 95.1.1 de la LJCA de 1956. a') El defecto en el ejercicio de la jurisdicción despliega su virtualidad cuando la materia de fondo no está legalmente atribuida a los Tribunales de Instancia. b) Artículo 95.1.3 de la LJCA de 1956. a') Requiere una infracción relevante y la real producción de la indefensión. c) Artículo 95.1.4 de la LJCA de 1956.

a') La infracción de jurisprudencia en materia de suspensión sólo puede referirse a resoluciones en las que las circunstancias de hecho sean iguales o similares, no declaraciones generales. b') La invocación del artículo 103 de la Ley del Suelo es intrascendente para cuestionar los criterios valorativos del Tribunal a quo. d) Contra los autos dictados en ejecución de sentencias solo se pueden interponer los motivos del artículo 94.1. c) de la LJCA de 1956. e) No se pueden denunciar en un mismo motivo cuestiones distintas. D) Admisibilidad. a) Es admisible el recurso de casación en el que uno de los motivos se formula con carácter subsidiario. b) El régimen de pensiones de los mutilados de guerra no es una cuestión de personal. c) Impugnación indirecta.

a') Las convocatorias de pruebas selectivas y sus bases tienen el carácter de actos administrativos generales, no de normas reglamentarias: no pueden ser objeto de impugnación indirecta. b') Los defectos en los procedimientos de elaboración y aprobación no pueden alegarse para impugnar indirectamente disposiciones de carácter general. c') Ha de estar suficientemente precisada y constituir la base esencial de la pretensión articulada.

E) Inadmisibilidad. a) Personal. a') Son los actos administrativos cuya impugnación se revisa los que han de afectar a la extinción de la relación de servicio para abrir el cauce de la casación. b') Son irrecurribles las sentencias que versen sobre declaraciones de incompatibilidad : éstas no suponen la extinción de la relación de servicio.

c') Son cuestiones de personal las relativas a la aplicación del régimen de clases pasivas.

F) Costas. a) La intervención de los Letrados de las Comunidades Autónomas devenga honorarios aunque el recurso no supere la fase de admisión, a pesar de ser retribuido en su calidad de funcionario. **3. Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina.**

A) Naturaleza. a) Tiene un carácter excepcional y subsidiario respecto a la casación ordinaria: en fase de preparación se debe justificar la contradicción de doctrina.

4. Recurso de Revisión. A) Plazo. a) El plazo de interposición es de tres meses desde el

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

descubrimiento de documentos nuevos o el fraude, o desde el reconocimiento o declaración de la falsedad. **5. Procedimiento de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.** A) **Ámbito material.** a) Es necesario un planteamiento previo razonable de que la petición versa sobre un derecho fundamental.

INTRODUCCIÓN

La todavía reciente fecha de entrada en vigor de la nueva Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, unida a la lentitud en la que, dado el volumen de asuntos acumulados, se mueve este orden jurisdiccional, impide que podamos contar ya con jurisprudencia sobre los aspectos más innovadores de la nueva Ley. No obstante, sigue teniendo interés la jurisprudencia recaída en torno a la Ley de 1956, no sólo por la enorme pendencia de recursos que se siguen tramitando con arreglo a la misma, sino también porque, tanto la nueva Ley como la precedente, comparten gran parte de su contenido. El período analizado abarca los meses de octubre a diciembre, sin perjuicio de referir también, por su importancia, algunos pronunciamientos anteriores.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción contencioso-administrativa: alcance y extensión

a) **Carácter revisor. No puede entenderse como sujeción estricta a los planteamientos hechos valer por el interesado en vía administrativa. Competencia de la Sala para el enjuiciamiento de todas las cuestiones suscitadas en el expediente**

El denominado “carácter revisor” de la Jurisdicción contencioso-administrativa viene siendo perfilado por una constante jurisprudencia que matiza el rigor con que durante algún tiempo se caracterizó. Prueba de la mayor flexibilidad y amplitud con que esta naturaleza revisora se concibe actualmente es la **STS de 7 de noviembre de 1998** (Ar. 7947), en la que la Sala recuerda que la naturaleza revisora de esta jurisdicción no puede interpretarse como una estricta supeditación a los planteamientos que el interesado haya hecho valer en la vía administrativa, en este caso, en la económico-administrativa. Basta, simplemente, con que en ella la Administración, o en el supuesto de autos, el órgano económico administrativo, haya tenido la oportunidad y los elementos de juicio necesarios para resolver “todas” las cuestiones que “pudieran” desprenderse del expediente, hayan sido o no específicamente suscitadas por el interesado —arts. 93 de la Ley de Procedimiento de 1958 y 89.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que habla, además, de las cuestiones conexas con las directamente planteadas como posible objeto de la resolución—. Entender lo contrario y sostener poco menos que la sentencia debe ser no sólo congruente con las pretensiones formuladas por las partes y con las alegaciones deducidas

para fundamentar el recurso o la oposición, sino también con lo pretendido por la recurrente en la vía administrativa, significaría tanto como extender “incongruentemente” a ésta un concepto que, como el de la “congruencia procesal”, sólo puede desenvolverse lógicamente en la vía jurisdiccional, aparte de que implicaría, igualmente, un desconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que recoge el art. 24.1 de la Constitución y también, por ende, del principio *pro actione*.

b) Objeto del recurso. Fijación sucesiva en los escritos de interposición y demanda. “Desviación procesal”

La doctrina de la desviación procesal como límite para el conocimiento por el Tribunal de las pretensiones incorporadas por los recurrentes, sigue estando —a pesar de las críticas doctrinales que en alguna ocasión se han dirigido contra ella— plenamente operativa, como manifestación de ese “carácter revisor” que aunque (como se ha visto en el epígrafe anterior) progresivamente matizado, todavía determina el sentido de numerosas resoluciones. Así se reitera una vez más en la **STS de 7 de octubre de 1998** (Ar. 8646), la cual, recordando anteriores resoluciones en idénticos términos de la Sala, dice que en el proceso contencioso-administrativo la delimitación del objeto litigioso se hace en dos escritos distintos: uno, en el de interposición del recurso, en que habrá de indicarse el acto o disposición contra el que se formula, y otro, en el de demanda, en el que con relación a aquéllos se deducirán las pretensiones que interesen, sin que sea lícito extenderlas a actos distintos de los inicialmente delimitados, ya que el permitirlo supondría prescindir de la naturaleza y el carácter esencialmente revisores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, conculcándose el espíritu y la letra de los arts. 1 y 37 de la LJCA al incidirse en desviación procesal.

B) Interposición del recurso

a) Personación: Asistencia letrada. Asistencia jurídica gratuita. Extensión de la designación de Letrado para ulteriores instancias, cuando se trate de órganos jurisdiccionales situados en la misma sede

Los términos, ciertamente confusos, con que la vigente Ley de asistencia jurídica gratuita regula el cese de la dirección Letrada y representación procesal del Abogado y Procurador, cuando se ha interpuesto un recurso de carácter devolutivo ante el Tribunal jerárquicamente superior, han dado lugar a diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo que aclaran esta cuestión. Así, el **ATS de 14 de septiembre de 1998** (Ar. 9066), dice que el artículo 7.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no sólo comporta la extensión del derecho a la asistencia jurídica durante la interposición y tramitación de los recursos contra las resoluciones que pongan fin al proceso en la instancia, sino que conlleva también, como lógica consecuencia, la obligación de los

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

profesionales designados de continuar prestando su asistencia a quien tiene reconocido tal derecho, a salvo lo que establece el artículo 32 de la expresada Ley. Así se desprende también del apartado 3 del citado artículo 7, en el que la designación de nuevos profesionales de oficio se condiciona a que “la competencia para el conocimiento de los recursos a que se refiere el apartado anterior corresponda a un órgano jurisdiccional cuya sede se encuentre en distinta localidad”, evento que no concurre cuando la sentencia contra la que se preparó el recurso de casación ha sido dictada por la Audiencia Nacional. Ciertamente, el artículo 31 de la citada Ley 1/1996 señala como fin de la actuación de dichos profesionales “la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate”, pero dicha expresión no precisa cuál sea ésta y, según acaba de verse, puede ser la primera instancia o una instancia o grado ulterior si se ventila ante un Tribunal de la misma sede, por lo que ha de entenderse que es al Procurador y al Abogado designados de oficio en la instancia a los que corresponde interponer el recurso de casación.

b) Interposición por personas jurídicas. “Autorización corporativa”. La no presentación del documento que la acredita es siempre subsanable, y la Sala no puede inadmitir el recurso si no ha ofrecido antes el trámite de subsanación

La tradicionalmente denominada “autorización corporativa”, o documento que acredita la expresión de la voluntad de las personas jurídicas para interponer el recurso contencioso-administrativo, es un requisito procesal que algunos consideran superfluo, pero que contra lo que pudiera tal vez esperarse, ha sido incluso reforzado en la nueva LJCA de 1998. Reviste, por ello, especial interés la **STS de 11 de noviembre de 1998 (Ar. 9024)**, en la que leemos que el principio de tutela judicial efectiva, que abarca el derecho de acceso al proceso por parte de las personas jurídicas cuando la ley les reconoce legitimación, exige, en una interpretación favorable al principio *pro actione*, que, cuando se advierta en la comparecencia un defecto de capacidad procesal que pueda ser subsanado, se conceda al ente interesado la facultad de hacerlo, de tal suerte que la falta de otorgamiento de manera expresa de esta oportunidad de subsanación, exigible de acuerdo con la efectividad de aquel derecho fundamental y específicamente prevista para el trámite que estamos considerando por el artículo 57.3 de la LJCA, hace insuficiente la genérica posibilidad de subsanar los defectos denunciados por la contraparte que concede el artículo 129 de dicha Ley, y determina la imposibilidad de acordar, fundándose en la falta cuya subsanación debió ser ofrecida y no se ofreció, la inadmisibilidad del recurso.

C) Escrito de demanda

a) La falta de remisión del expediente administrativo completo por la Administración, tras sucesivos requerimientos, no impide la formulación de la demanda, sin perjuicio de que tal circunstancia sea tenida en cuenta por la Sala en la sentencia

Una de las prácticas que más lastran la tramitación ágil del proceso contencioso-administrativo es la reticencia y dilaciones de la Administración a la hora de remitir los expedientes

administrativos a la Sala, incluso tras reiterados requerimientos en tal sentido. Sobre este particular, la **Sentencia de 6 de octubre de 1998** (Ar. 7774), señala que si resulta en último extremo imposible la obtención completa del expediente debe continuarse el proceso, para evitar la indefensión del actor, sin perjuicio de que el Tribunal pueda tener en cuenta este hecho, y sobre todo la medida en que sea imputable el defecto a la Administración requerida, para obtener las oportunas consecuencias en la valoración de la prueba.

b) Articulación del escrito de la demanda en “hechos y fundamentos de Derecho”. Es éste un requisito que debe exigirse con flexibilidad y sin rigorismos formales

La vigencia del principio *pro actione* como manifestación del antiformalismo que debe presidir este orden jurisdiccional, inspira resoluciones como la **STS de 14 de octubre de 1998** (Ar. 7989), en la que se afirma que la no separación formal de los hechos y fundamentos de derecho, tal como previene el artículo 69 de la LJCA de 1956, constituye, todo lo más, una leve irregularidad formal, no generadora de indefensión ni causa de anulación o inexistencia legal de ese trámite procesal, en función del principio antiformalista en el enjuiciamiento de los vicios formales de trámite, no generadores de indefensión, y en relación también con el adecuado, real y efectivo cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva, sancionado en el artículo 24 del texto constitucional.

D) Terminación del proceso contencioso-administrativo

a) Desistimiento: requisitos y efectos

El desistimiento es uno de los medios de terminación del proceso contencioso-administrativo, sobre cuyo alcance y requisitos procesales se ha pronunciado el **ATS de 25 de mayo de 1998** (Ar. 7710), recordando 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 de 1956, 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, ni siquiera de aquél, habida cuenta, el carácter meramente declarativo que tiene dicha resolución limitada a formalizar la terminación del procedimiento.

b) Caducidad del recurso contencioso-administrativo: declarada antes del trámite de demanda

Aunque lo normal es que la llamada “caducidad del recurso” opere con ocasión del incumplimiento del trámite de formalización de la demanda, no hay inconveniente para que pueda

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

declararse incluso en la primera fase del recurso contencioso-administrativo. Así se ha puntualizado en la STS de 9 de octubre de 1998 (Ar. 8793), en la que la Sala confirma una declaración de caducidad por causa de la falta de publicación del anuncio de interposición del recurso contencioso-administrativo por culpa del recurrente, en este caso la Junta de Andalucía. Recuerda, en primer lugar, la Sentencia que la caducidad es uno de los supuestos anormales de terminación del proceso contencioso-administrativo a causa de la paralización del procedimiento durante un año por culpa del recurrente, que se funda en razones subjetivas, como es la presunción de abandono de la acción y también en causas objetivas, de seguridad jurídica, pues los pleitos iniciados no pueden estar indefinidamente irresolutos, y por ello cuando se produce la detención del procedimiento durante un año, la caducidad implica la cesación de la pendencia y, por tanto, la extinción o terminación del proceso contencioso-administrativo. Sentado esto, es cierto que el supuesto normal en que se puede producir la caducidad será con ocasión del trámite de demanda, toda vez que existe una primera fase procesal a partir de la presentación del escrito de interposición, en la que el protagonismo lo tiene el Tribunal, pues a él le incumbe el impulso del procedimiento, ordenar el emplazamiento de los interesados, publicar el anuncio correspondiente, pedir el expediente administrativo y ponerlo de manifiesto al recurrente, siendo verdaderamente excepcional que en dicha fase pueda existir paralización del procedimiento por culpa del recurrente. En cambio, una vez que se le ha puesto de manifiesto el expediente administrativo, cambian las tornas, y corresponde al recurrente formalizar sus pretensiones mediante el escrito de demanda, elemento del proceso que tiene una gran transcendencia, razón por la cual el artículo 67 de la LJCA de 1956 dispone que “recibido el expediente administrativo en el Tribunal éste acordará que se entregue al demandante para que deduzca la demanda en el plazo de veinte días” y “si la demanda no se hubiere presentado en el plazo concedido para ello, se declarará de oficio caducado el curso del procedimiento”. Sin embargo, en el caso de autos, concurre una circunstancia ciertamente excepcional, y es que el procedimiento se paralizó por culpa del recurrente, por algo tan poco frecuente como es no pagar la tasa de publicación del anuncio. Por ello, aunque ese hecho no esté contemplado en el artículo 91.1 de la LJCA, sí opera el concepto genérico de caducidad expuesto.

c) Allanamiento: efectos. No impide necesariamente el análisis de la cuestión de fondo por la Sala

A diferencia de lo expresado respecto del desistimiento, la STS de 27 de noviembre de 1998 (Ar. 9609), indica que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se modula el régimen general, acomodado a los principios dispositivo y de rogación de las partes, que rige en el proceso civil, en cuya virtud el allanamiento de la parte demandada obliga al Tribunal a dictar sentencia conforme a las pretensiones de la actora. Ya en el mismo orden procesal civil pierde relieve el allanamiento en materias de orden público, al resultar que el allanamiento es un acto de disposición, que carece de sentido cuando el derecho que está en juego en el proceso es indisponible. Mayor incidencia tiene, en idéntico sentido, la indisponibilidad del derecho en el ámbito de lo contencioso-administrativo, por la razón obvia de que las Administraciones Públicas están sometidas a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE), controlando los Tribunales la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 CE). Esta circunstancia explica que el artículo 89.2 de

la LJCA disponga que, allanado el demandado, el Tribunal, sin más trámites, debe dictar sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, aunque deja a salvo —de forma inmediata y lógica— los casos en que ello suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico o fuere demandada la Administración pública, en cuyo caso debe dictar el Tribunal la sentencia que estime justa. Por lo demás, el artículo 75.2 de la nueva LJCA, establece una regulación similar.

d) Sentencia. Notificación con indicación defectuosa de recursos procedentes. No implica lesión del derecho a la tutela judicial, ni exime de la correcta interposición de tales recursos

La STS de 14 de septiembre de 1998 (Ar. 9069), sienta una rigurosa doctrina en relación con un problema lamentablemente habitual, como es el de que se produzca una indicación defectuosa de los recursos procedentes en la notificación de las sentencias. La Sala señala que la notificación de la sentencia con la errónea indicación de que la misma sólo era susceptible de recurso de casación en interés de la Ley en el plazo de tres meses no permite sostener que se ha vulnerado el principio de tutela judicial efectiva, ya que la indicación de recursos, aunque preceptiva con arreglo al artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es una mera información a las partes respecto de los medios de impugnación que pueden utilizarse contra una resolución judicial, información que aquéllas no están obligadas a seguir y que no las exime de la carga de interponer el recurso procedente cuando se encuentren asistidas de Letrado.

E) Nulidad de actuaciones. Supuestos en los que procede. Interpretación del artículo 240 LOPJ. La incongruencia puede implicar la nulidad de la resolución cuando ha dejado a la parte en situación de indefensión

El art. 240 LOPJ, en su actual redacción, ha sido estudiado por el Tribunal Supremo en el Auto de 30 de noviembre de 1998 (Ar. 9375), donde se comienza recordando que lo mismo que los defectos formales capaces de generar la anulación de una Sentencia no susceptible de otro recurso, han de estar directamente relacionados con la indefensión, la incongruencia determinante de nulidad no puede ser cualquier diferencia entre lo pedido y lo resuelto, sino que, la incongruencia a la que se refiere el número 3 del referido artículo, es únicamente aquella que se produce cuando, apartándose el fallo de las pretensiones de las partes, sitúa a alguna de ellas en indefensión, al resolver sobre extremos en relación con los cuales no tuvo ocasión de alegar y probar, o con vulneración de algún otro derecho fundamental, imposible de restaurar al tratarse de una resolución firme; circunstancias estas que permiten instar la anulación de una Sentencia irrecurrible por tan graves razones de incongruencia, las cuales hacen primar la tutela judicial de aquellos derechos sobre el principio de seguridad jurídica en que se asienta la sanidad de la cosa juzgada. En este sentido, en el supuesto enjuiciado, la circunstancia de que no se recibiera por el otro litigante copia de las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado como apelado y sobre las que no tenía trámite para rebatir, no causa indefensión alguna y mucho menos puede servir de base para la anulación del fallo desestimatorio de la apelación.

2. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

A) Defensa y representación procesal

- a) **Es el interesado quien tiene la carga legal de solicitar la designación de Abogado y Procurador, no los profesionales designados de oficio en la instancia**

El ATS de 28 de septiembre de 1998, Ar. 9352, ha señalado que el incumplimiento de la carga de solicitar la designación de Abogado y Procurador dentro de los diez primeros días del emplazamiento efectuado por el Tribunal *a quo*, impuesta por la ley personalmente al interesado (art. 1708, regla 2ª LEC), impide que pueda reabrirse un plazo de caducidad que está agotado y cuyo transcurso, sin desplegar la actividad procesal oportuna, es únicamente imputable al recurrente, sin que sea posible su subsanación, pues no se trata de un mero defecto formal carente de relevancia para el normal desenvolvimiento del proceso, sino de la falta de solicitud en plazo por parte del interesado, único legitimado al efecto, en definitiva, del incumplimiento de una carga legal que sólo podía levantar aquél y no los profesionales de oficio designados en la instancia, carentes de título representativo para actuar en la fase de interposición del recurso de casación.

B) Objeto

- a) **Contra autos que declaran la inadmisión del recurso contencioso-administrativo: sólo se puede combatir la causa de inadmisión, no el fondo del asunto**

El ATS de 16 de septiembre de 1998 (Ar. 8024), ha reiterado la doctrina según la cual no puede traerse a casación la cuestión de fondo tratada en el recurso contencioso-administrativo inadmitido, ya que la sentencia de instancia no entró a conocer de dicho fondo del asunto, sino que sólo estimó que el recurso contencioso-administrativo era inadmisibile. En consecuencia, al no combatirse dicha causa de inadmisión apreciada por el Tribunal *a quo*, el recurso carece de fundamento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 100.2.c) LJCA.

C) Motivos

- a) **Artículo 95.1.1 de la LJCA de 1956**

- a') **El defecto en el ejercicio de la jurisdicción despliega su virtualidad cuando la materia de fondo no está legalmente atribuida a los Tribunales de Instancia**

Respecto del defecto en el ejercicio de jurisdicción, las SSTS de 22 y 28 de octubre de 1998 (Ar. 8924 y 8929), han destacado como el motivo casacional mencionado en el artículo 95.1.1 de la LJCA, de idéntica redacción al artículo 1692.1 de la LEC, ha sido interpretado tradicionalmente por la Sala Primera del Tribunal Supremo (así, en sentencias de 18 de noviembre de 1985, 14 de junio de 1984 y 8 de octubre de 1985, entre otras resoluciones), en el sentido de que sólo cabe apreciarlo cuando la materia de fondo

no esté atribuida por el ordenamiento jurídico al conocimiento de los Tribunales de instancia cuyas resoluciones se recurren en casación, y que la materia de que se trate no corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa; criterio que ha reiterado la propia Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de julio de 1991.

b) Artículo 95.1.3 de la LJCA de 1956

a') Requiere una infracción relevante y la real producción de indefensión

Para estimar la vulneración del artículo 95.1.3 de la LJCA por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso, siempre que se haya producido indefensión, deben concurrir, según la **STS de 22 de octubre de 1998** (Ar. 8924), tres requisitos fundamentales: a) Que se produzca una vulneración de las formas esenciales del juicio, por lo que las infracciones intrascendentes o irregularidades irrelevantes no pueden basar la impugnación; b) El quebrantamiento por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con vulneración de las normas contenidas en las disposiciones legales y en las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 de la Constitución; y c) La real producción de indefensión, que constituye el requisito medular para la prosperabilidad del recurso, y que ha de entenderse como una limitación de los medios de defensa, es decir, existe indefensión cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar la limitación ni la trascendencia de las facultades de defensa.

c) Artículo 95.1.4 de la LJCA de 1956

a') La infracción de jurisprudencia en materia de suspensión sólo puede referirse a resoluciones en las que las circunstancias de hecho sean iguales o similares, no declaraciones generales

El **ATS de 18 de septiembre de 1998** (Ar. 9077), ante el carácter casuístico de las decisiones en materia de suspensión, entiende que sólo pueden traerse a colación resoluciones del Tribunal Supremo en que se hayan tenido en cuenta circunstancias de hecho iguales o similares a las del caso debatido y no declaraciones generales o resoluciones recaídas en supuestos distintos al que se enjuicia.

b') La invocación del artículo 103 de la Ley del Suelo es intrascendente para cuestionar los criterios valorativos del Tribunal a quo

El **ATS de 9 de octubre de 1998** (Ar. 9360), ha señalado que la invocación en casación del artículo 103 de la Ley del Suelo de 1976, carece de trascendencia en la medida en

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

que este precepto se limita a disponer simplemente que “las valoraciones de terrenos se efectuarán con arreglo a los criterios establecidos en la presente Ley”; siendo, por tanto, las normas reguladoras de tales criterios las que resultarían susceptibles, en todo caso, de ser invocadas, siempre que lo que realmente se pretenda cuestionar sean los criterios valorativos utilizados por la Sentencia recurrida.

d) Contra los autos dictados en ejecución de sentencias sólo se pueden interponer los motivos del artículo 94.1.c) de la LJCA de 1956

El ATS de 18 de septiembre de 1998 (Ar. 9075), ha reiterado la doctrina (por todas, Sentencias de 3 de julio de 1995 y 14 de mayo de 1996) que entiende que, a diferencia de lo que sucede con las sentencias y los demás autos susceptibles de recurso de casación, frente a los cuales el recurso de casación puede fundarse en cualquiera de los motivos previstos en el artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, tratándose de recursos contra autos dictados en ejecución de sentencia no son invocables otros motivos que los que de manera específica señala el artículo 94.1.c) de dicha Ley, reducidos a que el Auto resuelva cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado. Y ello en razón de que en esos casos no se trata de enjuiciar la actuación del Tribunal de instancia, bien al juzgar, bien al proceder, objetivo al que responden los motivos del artículo 95, sino de garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo.

e) No se pueden denunciar en un mismo motivo cuestiones distintas

La STS de 12 de noviembre de 1998 (Ar. 9531), ha declarado que no cumple con el principio procesal de especialización de los motivos, que exige formular con precisión y con la debida separación los distintos motivos en que se funde el recurso de casación, el escrito de interposición que denuncia en un mismo motivo dos violaciones distintas en que pudiera haber incurrido la sentencia que se recurre en casación. Este principio, que aparece recogido en el artículo 1707 de la LEC y ratifica el artículo 99.1 de la LJCA, impone la formulación de las cuestiones de forma separada y en motivos diferentes, y al no hacerse así, se quebranta el principio aludido.

D) Admisibilidad

a) Es admisible el recurso de casación en el que uno de los motivos se formula con carácter subsidiario

La STS de 12 de noviembre de 1998 (Ar. 9144), considera que la formulación como subsidiario de un motivo de casación comporta, en buena lógica procesal, el reconocimiento por el recurrente de que el motivo es incompatible con otro u otros de los ya formulados y que sólo debe ser examinado en el caso de que se desestimen aquéllos, pero en modo alguno atribuye al motivo un carácter condicional o hipotético que prive al

escrito de interposición de la claridad y precisión exigibles a todo escrito dirigido a un órgano judicial, a fin de que éste pueda decidir con la misma claridad y precisión en su resolución sin colocarse ante el dilema de dar más o menos de lo pedido.

b) El régimen de pensiones de los mutilados de guerra no es una cuestión de personal

El ATS de 21 de septiembre de 1998 (Ar. 9245), ha confirmado el criterio ya reiterado (entre otros, Autos de 22 de marzo, 20 de mayo de 1996 y 24 de noviembre de 1997) de que la exclusión del régimen de limitación de pensiones de las prestaciones extraordinarias derivadas de inutilidad permanente en acto de servicio correspondientes a la compensación recibida como miembro del Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria, no deriva de una relación de servicio o dependencia del mismo con la Administración, sino de haber sido mutilado de guerra.

c) Impugnación indirecta

a') Las convocatorias de pruebas selectivas y sus bases tienen el carácter de actos administrativos generales, no de normas reglamentarias: no pueden ser objeto de impugnación indirecta

Es conocida la doctrina, reiterada ahora por el ATS de 13 de octubre de 1998 (Ar. 9365), de que los acuerdos sobre convocatoria de pruebas selectivas y sus bases tienen el carácter de actos administrativos aunque de efectos generales y no de normas reglamentarias.

b') Los defectos en los procedimientos de elaboración y aprobación no pueden alegarse para impugnar indirectamente disposiciones de carácter general

Si en el escrito de demanda, o en la misma sentencia, no se hace referencia alguna expresa o implícita a ningún tipo de impugnación indirecta, el objeto del debate referente a si la disposición general se encontraba en vigor en el momento de dictarse los concretos actos impugnados, no puede integrar el supuesto contemplado en el artículo 39.2 y 4 de la LJCA, presupuesto a su vez del artículo 93.3 de la misma Ley, pues, conforme viene declarando de modo constante la jurisprudencia, reiterada por el ATS de 6 de julio de 1998 (Ar. 8674), los defectos en los procedimientos en la elaboración y aprobación no pueden alegarse para impugnar indirectamente disposiciones de carácter general.

c') Ha de estar suficientemente precisada y constituir la base esencial de la pretensión articulada

La mera cita o referencia genérica y circunstancial a una disposición reglamentaria a lo largo de la fundamentación jurídica que sirve de soporte a las pretensiones ejercitadas no puede

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

integrar el supuesto contemplado en el artículo 39.2 y 4 de la LJCA, que requiere que la impugnación indirecta de una disposición general se halle suficientemente precisada y constituya la base esencial de la pretensión articulada (ATS de 22 de junio de 1998, Ar. 8462).

E) Inadmisibilidad

a) Personal

a') Son los actos administrativos cuya impugnación se revisa los que han de afectar a la extinción de la relación de servicio para abrir el cauce de la casación

El ATS de 11 de septiembre de 1998 (Ar. 9065), ha venido a confirmar la doctrina según la cual la salvedad contenida en la excepción del artículo 93.2.a) de la LJCA ha de entenderse en el sentido de que son las sentencias, y por ello los actos administrativos cuya impugnación aquéllas revisan, los que por su propio contenido han de determinar o afectar a la extinción de la relación de servicio a fin de posibilitar el acceso a la casación. En definitiva, 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 construir la parte recurrente.

Aplicado lo anteriormente expresado al objeto litigioso se declara la inadmisibilidad del recurso de casación toda vez que los actos administrativos impugnados en la instancia desestiman la solicitud de reincorporación al servicio activo del recurrente en el Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra y posterior escalafonamiento en el empleo de Comandante, así como la determinación de la situación administrativa que corresponde, mientras que la pérdida de la condición de militar se concedió por una Orden que no es objeto del recurso. En consecuencia la Sala entiende que lo único que está en juego son las consecuencias y condiciones del apartamiento efectuado de manera voluntaria –por aplicación de la legislación en materia de incompatibilidades– del recurrente del Cuerpo Militar al que perteneció –del cual se retiró por ingresar en otro Cuerpo de la Administración Pública–, y no la extinción de la relación de servicio del recurrente, toda vez que la misma no ha sido en modo alguno objeto de controversia en la instancia.

b') Son irrecurribles las sentencias que versen sobre declaraciones de incompatibilidad: éstas no suponen la extinción de la relación de servicio

El ATS de 14 de septiembre de 1998 (Ar. 9070), considera como cuestión de personal que no afecta estrictamente a la extinción de la relación de servicio, y que, por tanto, queda excluida de tal recurso, el caso de la excedencia derivada de la declaración de incompatibilidad, pues, por su propia naturaleza, el pase a dicha situación de excedencia lejos de extinguir la relación de servicios con la Administración supone el mantenimiento de la misma en las condiciones legalmente establecidas, permitiendo al interesado en dichas condiciones normativas optar por el puesto de trabajo en cuestión reactivando en toda su integridad dicha relación de servicios.

c') Son cuestiones de personal las relativas a la aplicación del régimen de clases pasivas

El ATS de 14 de septiembre de 1998 (Ar. 9072), ha considerado que el señalamiento de pensión de viudedad y el reintegro de cantidades percibidas a cuenta de anterior señalamiento son cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, al incluirse en tal categoría los actos que se dictan en aplicación del régimen de clases pasivas, abstracción hecha de que el beneficiario de la pensión sea el propio causante de la misma o sus familiares, por lo que cuando estos últimos litigan contra la Administración como ciudadanos no por ello pierden estos asuntos el carácter de cuestiones de personal, pues lo que caracteriza a éstas es su naturaleza objetivamente considerada y no la condición personal de quienes entienden que son destinatarios de la prestación litigiosa.

F) Costas

a) La intervención de los Letrados de las Comunidades Autónomas devenga honorarios aunque el recurso no supere la fase de admisión, a pesar de ser retribuido en su calidad de funcionario

La STS de 20 de noviembre de 1998 (Ar. 9371), ha señalado que la personación del Letrado de una Comunidad Autónoma, por razón de su cargo, en un recurso de casación en que ésta es parte, devenga honorarios en favor de la Corporación cuando el litigante contrario es condenado al pago de las costas, aunque el recurso no supere la fase de admisión, pues el mencionado Letrado asume por ministerio de la Ley –art. 447 de la LOPJ– de modo indisociable la representación y defensa de la Comunidad Autónoma. A tal efecto, es irrelevante que en su calidad de funcionario, perciba retribución de la Comunidad a la que sirve, pues las Sentencias de la Sala Tercera, de 16 de octubre de 1998, 3 de febrero de 1996 y 6 de julio de 1994 han equiparado, a los efectos del derecho a percibir sus honorarios de la parte condenada en costas, la actuación de los Letrados de las Comunidades Autónomas a los Abogados del Estado, ya que tanto unos como otros, ostentan la representación y defensa de la Administración Pública, y, a su vez, la procedencia de incluir, a los efectos indicados, la minuta de honorarios de la Abogacía estatal, se encuentra declarada por las Sentencias de la referida Sala de 3 de abril de 1992 y 27 de febrero de 1998, entre otras muchas, en función de lo dispuesto en el art. 131.4 de la LJCA y art. 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado, y de lo previsto, con referencia a la jurisdicción civil, y aplicable al caso por vía de supletoriedad, en el art. 55, regla 6ª, j) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Abogados del Estado (Decreto de 27 de julio 1943).

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Naturaleza

a) Tiene un carácter excepcional y subsidiario respecto a la casación ordinaria: en fase de preparación se debe justificar la contradicción de doctrina

El ATS de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 9255), siguiendo una jurisprudencia consolidada, de la que es exponente, entre otras, la Sentencia de 17 de mayo de 1995, ha destacado el carácter excepcional y subsidiario del recurso de casación para la unificación de doctrina respecto a la casación propiamente dicha.

Como es sabido, este recurso se podrá interponer con la finalidad primaria de unificar la doctrina ante la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios, cuando no sea posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia y por la Audiencia Nacional, en atención exclusivamente a la cuantía litigiosa. De aquí el protagonismo que en esta modalidad excepcional del recurso de casación asume la contradicción en que pueda haber incurrido la sentencia que se intenta impugnar, lo que ha movido al legislador a referir a la fase de preparación —a diferencia de lo que ocurre en la casación ordinaria o común— la sustancia de este peculiar recurso, con la consiguiente carga para el recurrente de justificar en el escrito de preparación [artículo 102.a).4º de la LJCA] la contradicción de doctrina que intenta hacerse valer, como paso previo al ejercicio de la pretensión casacional que tiene su concreción —en este punto la casación para la unificación de doctrina no difiere de la casación ordinaria— en el escrito de interposición del recurso.

Consecuencia lógica de esa carga es la complementaria de aportar, junto con el escrito de preparación, la certificación de la sentencia o sentencias contrarias, requisito que la ley permite subsanar en el plazo de diez días sin necesidad de requerimiento alguno, pues tiene como destinatario inmediato, no al Tribunal *a quo*, sino al propio recurrente. Y como el cumplimiento de esta última carga —aportar la certificación en el plazo de preparación o en los diez días siguientes— puede estar fuera del alcance del interesado, la Ley ordena a la Sala sentenciadora, ante la que se prepara el recurso, que reclame la certificación de oficio, siempre que por aquél se haya acreditado haberla solicitado en “tiempo oportuno” sin éxito, acompañando “en todo caso (...) copia simple del texto completo de la sentencia o sentencias alegadas” —probablemente para que la reclamación de oficio sea eficaz—, debiendo entenderse por “tiempo oportuno”, en el contexto del artículo 102.a).4, el establecido en la ley para preparar el recurso, toda vez que la justificación acreditativa de haber solicitado la certificación del órgano jurisdiccional competente aparece configurada en la dicción legal como carga alternativa a la de acompañar la certificación con el escrito preparatorio del recurso.

4. RECURSO DE REVISIÓN

A) Plazo

- a) El plazo de interposición es de tres meses desde el descubrimiento de documentos nuevos o el fraude, o desde el reconocimiento o declaración de la falsedad**

Las Sentencias de 31 de enero y 23 de octubre de 1997, reiteradas por la de STS 7 de diciembre de 1998 (Ar. 8805), señalan que el plazo para la interposición del recurso –cuyo tope máximo es el de los cinco años, desde la fecha de la publicación de la Sentencia que hubiera podido motivarlo, a que se hace referencia en el art. 1800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– es, en realidad, el de tres meses contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad, previsto en el art. 1798 de la misma Ley procesal.

5. PROCEDIMIENTO DE LA LEY 62/1978, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

A) Ámbito material

- a) Es necesario un planteamiento previo razonable de que la petición versa sobre un derecho fundamental**

La STS de 25 de septiembre de 1998 (Ar. 7839), ha reiterado la exigencia, para la apertura del proceso especial de la Ley 62/1978, de un planteamiento razonable de que la petición ejercitada versa sobre un derecho fundamental. No se trata de justificar la efectiva violación –que deberá hacerse a lo largo del proceso–, pero sí de evidenciar que se está ante una apariencia razonable de una violación constitucional, no siendo, en consecuencia, suficiente la mera invocación formal de un derecho fundamental.

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

PEDRO ESCRIBANO TESTAUT

Índice de materias de las crónicas de jurisprudencia

I. DERECHO COMUNITARIO

Directivas

– Interpretación de la Ley nacional aplicable a la luz de la letra y finalidad de la Directiva [STJCE de 23 de febrero de 1999; crónica I.3]

– Interpretación de las disposiciones transitorias del Derecho nacional a la luz de la letra y finalidad de la Directiva [STJCE de 23 de febrero de 1999; crónica I.3]

– No adopción dentro del plazo señalado de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la Directiva [STJCE de 25 de febrero de 1999; crónica I.3]

– Limitación de la armonización legislativa a las prescripciones necesarias para cumplir las exigencias de la Directiva [STJCE de 25 de marzo de 1999; crónica I.3]

Principios generales

– Principios de equivalencia y de efectividad en materia de devolución de cantidades indebidamente pagadas [STJCE de 9 de febrero de 1999; crónica I.2]

Concepto de empresa

– No lo son las entidades gestoras de la Seguridad Social [STJCE de 11 de diciembre de 1997; crónica I.5.A]

– Sí lo son las oficinas públicas de empleo [STJCE de 23 de abril de 1991; crónica I.5.A]

Derechos exclusivos y Derecho de la competencia

– De importación y exportación de electricidad y gas: monopolios comerciales: contrarios al art. 37 TCE [SSTJCE de 23 de octubre de 1997; crónica I.5.B.1]

– De intermediación laboral: abuso de posición dominante: contrarios al art. 90.1 en relación con el art. 86 TCE [STJCE de 11 de diciembre de 1997; crónica I.5.B.1]

– De incineración de residuos peligrosos: abuso de posición dominante: contrarios al art. 90.1 en relación con el art. 86 TCE [STJCE de 11 de diciembre de 1997; crónica I.5.B.1]

Servicios económicos de interés general y Derecho de la competencia

– Fundamento del art. 90.2 TCE [SSTJCE de 23 de octubre de 1997; crónica I.5.B.2.a]

– Concepto y requisitos de la misión encomendada [SSTJCE de 23 de octubre de 1997; crónica I.5.B.2.a]

– Suministro de energía eléctrica: requisitos [SSTJCE de 23 de octubre de 1997; crónica I.X.B.2.a]

– Interpretación restrictiva: límites [SSTJCE de 23 de octubre de 1997; crónica I.5.B.2.a]

– Carga de la justificación de la necesidad del derecho exclusivo [SSTJCE de 23 de octubre de 1997; crónica I.5.B.2.a]

– Carga de la justificación de la necesidad del derecho exclusivo [STPI de 19 de junio de 1997; crónica I.5.B.2.a]

– Carga de la justificación de la necesidad del derecho exclusivo [STJCE de 25 de junio de 1998; crónica I.5.B.2.a]

– Efectos del Derecho derivado sobre el art. 90.2 TCE [STPI de 19 de junio de 1997; crónica I.5.B.2.b]

– Efectos del Derecho derivado sobre el art. 90.2 TCE [SSTJCE de 23 de octubre de 1997; crónica I.5.B.2.b]

Administraciones públicas, no configuran cánones de constitucionalidad coextensos [STC 11/1999, de 11 de febrero; crónica II.3.A]

– Competencias autonómicas de ejecución: las competencias estatales para emanar bases de la ordenación de un sector de la actividad económica o para dictar legislación básica en materia de montes no abarcan facultades estrictamente ejecutivas como son las de aplicación reglada de normas [STC 21/1999, de 25 de febrero; crónica II.3.B]

– Comercio exterior: no puede identificarse sin más matización con “comercio intracomunitario” o entre los Estados que forman parte de la Comunidad Europea [STC 21/1999, de 25 de febrero; crónica II.3.C]

– Bases de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE): la reducida aplicación de ese título competencial del Estado a las Cámaras agrarias [STC 22/1999, de 25 de febrero; crónica II.3.D]

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

PROCESOS CONSTITUCIONALES

Recurso de amparo constitucional

– Principio de subsidiariedad. Agotamiento de los recursos exigibles legalmente [STC 26/1999, de 8 de marzo; crónica II.2.A]

– Caducidad de plazos para la interposición del recurso. La referencia en un Auto de manera superflua al contenido material principal del mismo, no permite la admisión de la pretensión de amparo, cuando se ha producido la caducidad del plazo [STC 27/1999, de 8 de marzo; crónica II.2.B]

Criterios de distribución de competencias

– Autonomía local, controles y canon de constitucionalidad: la garantía de la autonomía local y las bases del régimen jurídico de las

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

– Derecho a la libertad (art. 5.4): Incorrecto control judicial de las condiciones de internamiento psiquiátrico penitenciario [Asunto Mussial contra Polonia, S. de 25 de marzo de 1999; crónica III.2.B]

– Libertad de religión (art. 9.1): Exigencia de juramento religioso a parlamentarios [Asunto Buscarini y otros contra San Marino, S. de 18 de febrero de 1999; crónica III.2.C]

– Conflicto entre la libertad de información y el secreto fiscal (art. 10.2) [Asunto Fressoz y Roire contra Francia, S. de 21 de enero de 1999; crónica III.2.D]

– La libertad de expresión (art. 10) no incluye el derecho al insulto [Asunto Janowski contra Polonia, S. de 21 de enero de 1999; crónica III.2.E]

– Derecho de participación política (art. 3 del Protocolo núm. 1) en elecciones al Parlamento Europeo [Asunto Matthews contra Reino Unido, S. de 18 de febrero de 1999; crónica III. 2. F]

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

Igualdad (art. 14)

– Igualdad en el acceso a la función pública [STS de 27 de noviembre de 1998; crónica III.4.E]

Prisión provisional (art. 17.4)

– Distinción entre prisión provisional y pena [STC 19/1999, de 22 de febrero; crónica III.3.D]

– Estricta exigencia de motivación para las resoluciones judiciales que prorroguen la prisión provisional [STC 33/1999, de 8 de marzo; crónica III. 3.D]

Derecho al honor (art. 18.1)

– Derecho al honor e informaciones policiales [STS de 31 de diciembre de 1998; crónica III.4.A]

– Alcance de la responsabilidad solidaria [STS de 22 de diciembre de 1998; crónica III.4.B]

– Distinción entre honor y prestigio profesional [STS de 31 de diciembre de 1998; crónica III.4.C]

Libertad de residencia (art. 19)

– Legitimidad constitucional de las sanciones previstas en la Ley de Propiedad Horizontal [STC 28/1999, de 8 de marzo; crónica III.3.E]

Libertad de información (art. 20)

– Alcance de la responsabilidad solidaria [STS de 22 de diciembre de 1998; crónica III.4.B]

– Distinción entre honor y prestigio profesional [STS de 31 de diciembre de 1998; crónica III.4.C]

Derecho de participación política (art. 23.1)

– Control jurisdiccional de los “actos políticos” [STS de 3 de diciembre de 1998; crónica III.4.D]

Derecho de acceso a cargos públicos (at. 23.2)

– Igualdad en el acceso a la función pública [STS de 27 de noviembre de 1998, crónica III.4.E]

Tutela judicial efectiva (art. 24.1)

– Principio *pro actione* y su proyección al derecho procesal militar [SSTC 235/1998, de 14 de diciembre y 24/1999, de 8 de marzo; crónica III.3.B]

– Principio *pro actione* y legitimación activa de las personas jurídicas [STS de 11 de noviembre de 1998; crónica III.4.F]

– Apreciación de las causas de inadmisión: alcance del control del TC [STC 236/1998, de 14 de diciembre; crónica III.3.B]

– Emplazamiento: personal cuando resulte factible [STC 239/1998, de 15 de diciembre; crónica III. 3. B]; emplazamiento edictal [STC 26/1999, de 8 de marzo; crónica III.3.B]

– Derecho a la ejecución de las sentencias [STC 240/1998, de 15 de diciembre; crónica III.3.B]

– Distinción ente codemandado y coadyuvante [STS de 18 de noviembre de 1998; crónica III.4.G]

– Alcance de la inembargabilidad de los bienes municipales: reproducción de la doctrina del TC [STS de 26 de noviembre de 1998; crónica III.4.H]

Garantías constitucionales del proceso (art. 24.2)

– Juez predeterminado por la ley [STC 238/1998, de 14 de diciembre; crónica III.3.C]

- Dilaciones indebidas [STC 20/1999, de 22 de febrero; crónica III.3.C]
- Derecho de defensa [STS de 22 de diciembre de 1998; crónica III.4.B]

IV. FUENTES DEL DERECHO

Audiencia de los Colegios Profesionales

- En relación con los títulos de formación profesional [STS de 7 de octubre de 1998; crónica IV.5.D.b]

Circulares

- Frente a actos interpretativos [STS de 29 de diciembre de 1998; crónica IV.6.A]
- Requieren notificación o publicación [STS de 12 de noviembre de 1998; crónica IV.6.A]

Dictamen del Consejo de Estado

- Reglamentos autonómicos [STS de 18 de noviembre de 1998; crónica IV.5.D.a]
- Reglamentos que desarrollan otros reglamentos [STS de 11 de septiembre de 1998; crónica IV.5.D.a]

Inactividad

- Ilegalidad por omisión [STS de 14 de diciembre de 1998; crónica IV.5.E.a]
- Sustitución por el juez [STS de 14 de diciembre de 1998; crónica IV.5.E.a]

Iniciativa legislativa

- Acto en ejercicio del derecho de petición [STS de 14 de diciembre de 1998; crónica IV.3.A]

Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

- Concepto de bases [STC 50/1999, de 26 de abril; crónica IV.2]
- No deroga la LRBRL en relación con la potestad del Alcalde de delegar la potestad sancionadora [STC 50/1999, de 26 de abril; crónica IV.2]

Ordenanza municipal

- Irretroactividad [STS de 14 de diciembre de 1998; crónica IV.6.B]
- En materia de cementerios [STS de 14 de diciembre de 1998; crónica IV.6.B]

Reserva de Ley

- En materia tributaria [STS de 5 de diciembre de 1998; crónica IV.3.C.a]
- En materia de profesiones tituladas [STS de 11 de septiembre de 1998 y otras; crónica IV.3.C.b]

Retroactividad

- De las Leyes [STS de 27 de noviembre de 1998; crónica IV.3.D]
- De las Ordenanzas Municipales [STS de 14 de diciembre de 1998; crónica IV.6.B]

Ultra vires

- Justifica la competencia de la LJCA para fiscalizar los Decretos Legislativos [ATS de 21 de septiembre de 1998; crónica IV.4]

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

Acto administrativo

– No existe acto tácito por la mera tolerancia de una actividad realizada de forma clandestina [SSTS de 20 de octubre y 28 de diciembre de 1998; crónica V.2.A]

– Crea, modifica o extingue derechos [ATS de 21 de septiembre de 1998; crónica V.2.B]

– La apertura de información previa a expediente sancionador se configura como un acto de trámite [ATS de 28 de septiembre de 1998; crónica V.2.C]

– La propuesta de resolución en un procedimiento sancionador es un acto de trámite, frente al que el interesado puede defenderse en el trámite de audiencia [STS de 23 de octubre de 1998; crónica V.2.C]

– La solicitud de un informe es un acto de trámite [STSJ de Cantabria de 14 de septiembre de 1998; crónica V.2.C]

– Actos de mero trámite [SSTS de 3 de diciembre de 1998 y de 25 de enero de 1999; crónica V.2.C]

– Actos propios [STS de 15 de enero de 1999; crónica V.2.D]

Audiencia

– Su ausencia de trámite de audiencia en un procedimiento administrativo sancionador provoca la nulidad de pleno derecho de la sanción [STS de 23 de octubre de 1998; crónica V.8.B]

Caducidad del procedimiento

– No se requiere la previa intimación del presunto infractor para entender producida la caducidad del procedimiento sancionador [STS de 5 de octubre de 1998; crónica V.5.H]

Cláusulas del acto administrativo

– No pueden incluirse en una licencia de edificación determinaciones no previstas por la normativa urbanística [STS de 9 de noviembre de 1998; crónica V.6.A]

– La Administración puede incluir cláusulas en la licencia de apertura para subsanar la falta de cumplimiento de los requisitos de la normativa aplicable [STS de 22 de octubre de 1998; crónica V.6.A]

Declaración de lesividad

– En la declaración de lesividad, aparte de ésta, se exige la constatación de alguna infracción del ordenamiento jurídico [STS de 10 de noviembre de 1998; crónica V.9.B]

Desviación de poder

– Se produce si la Administración ejerce sus potestades torcidamente y de manera contraria e incompatible con el interés general [SSTS de 6 de julio, 20 de noviembre, 23 de octubre de 1998 y 29 de enero de 1999; crónica V.8.E]

Discrecionalidad

– Ejercicio de la potestad discrecional [STS de 10 de diciembre de 1998; crónica V.3.A]

– La inclusión de un concepto indeterminado no significa que se otorgue a la Administración la

crónicas de jurisprudencia

capacidad para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso [SSTS de 10 de noviembre, 9, 21 y 28 de diciembre de 1998; crónica V.3.B]

– Examen de los elementos reglados del acto político [STS de 3 de diciembre de 1998; crónica V.3.C]

Ejecución subsidiaria

– No puede abarcar obras distintas a las comprendidas en la resolución incumplida por el sujeto obligado [STS de 12 de noviembre de 1998; crónica V.7.C]

– Debe otorgarse un plazo razonable para poder cumplir voluntariamente la obligación impuesta [STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 1998; crónica V.7.C]

– Debe darse audiencia sobre el coste de las obras para que puedan ser discutidas [STSJ de Extremadura de 15 de octubre de 1998 y STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 1998; crónica V.7.C]

Legitimación en vía administrativa

– El denunciante en un procedimiento disciplinario carece de legitimación tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa [SSTS de 9 y 16 de octubre de 1998; crónica V.4.B]

Motivación

– No basta para motivar un acto administrativo la simple referencia al precepto aplicable, si se omiten los hechos específicos o causas determinantes de la decisión [SSTSJ de Andalucía de 19 de octubre de 1998, de Asturias de 23 de octubre de 1998, de Murcia de 11 de noviembre de

1998, de Madrid de 19 de octubre de 1998 y de la Comunidad Valenciana de 16 de octubre de 1998; crónica V.5.A]

– El vicio de motivación del acto administrativo provocará la nulidad cuando el interesado se vea privado de los medios de defensa necesarios para impugnar la actuación de la Administración [STS de 7 de octubre de 1998; crónica V.8.A]

Notificación

– No se ha realizado una notificación defectuosa aun cuando en el aviso de recibo no se expresa la relación del sujeto receptor con el destinatario del acto, al observarse ésta claramente del resto del expediente administrativo [STS de 3 de noviembre de 1998; crónica V.7.A]

– No cabe considerar desconocida a la persona que debidamente identificada recoge la notificación en el domicilio del sujeto interesado [STSJ de Baleares de 23 de diciembre de 1998; crónica V.7.A]

– Exigencias de las notificaciones efectuadas por correo [STS de 11 de noviembre de 1998 y STSJ de Andalucía de 10 de diciembre de 1998; crónica V.7.A]

– La caducidad postal no equivale al rehúse de la notificación [STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 1998; crónica V.7.B]

Nulidad de pleno derecho

– De los actos por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [SSTS de 21 de julio, 22 de septiembre, 5 de noviembre, 21 de julio y 2 de diciembre de 1998 y 29 de enero de 1999; crónica V.8.C]

– Por vulneración de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados [STS de 26 de octubre de 1998; crónica V.8.D]

– No cabe su convalidación [STS de 14 de diciembre de 1998; crónica V.8.F]

Procedimiento administrativo

– El Alcalde, en cuanto órgano competente para resolver los procedimientos sancionadores, puede válidamente delegar su competencia en los Concejales [STS de 10 de noviembre de 1998; crónica V.4.G]

– La denuncia de agente de la autoridad tiene sólo valor iuris tantum [STSJ de Navarra de 9 de octubre de 1998; crónica V.4.B]

– Innecesariedad de la acumulación de procedimientos si se ha tramitado un único procedimiento como consecuencia de dos actas de inspección [STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de octubre de 1998; crónica V.4.C]

– El plazo de caducidad para la iniciación de un procedimiento puede ser interrumpido por causas de fuerza mayor o causas independientes a la voluntad de los interesados [STS de 14 de octubre de 1998; crónica V.4.A]

– La falta de visado del proyecto técnico es un defecto subsanable, por lo que no debe inadmitirse sin más la solicitud de licencia de obras [STSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 1998; crónica V.4.D]

– No existe interés personal en un Alcalde que justifique su recusación por ser socio y administrador de una sociedad mercantil que no tiene la condición de interesada en el procedimiento [STS de 6 de octubre de 1998; crónica V.4.E]

– No existe un derecho absoluto e incondicionado a realizar todas las pruebas propuestas [STS de 6 de noviembre de 1998, STSJ de Murcia de 13 de octubre y STSJ de Andalucía de 3 de diciembre de 1998; crónica V.4.F]

– La falta de notificación de la propuesta de resolución en un procedimiento sancionador vulnera el derecho de defensa [SSTSJ de Castilla y León de 20 de noviembre de 1998 y de Asturias de 14 de septiembre de 1998; crónica V.4.I]

Rectificación de errores

– Circunstancias que han de concurrir para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho [STS de 16 de noviembre de 1998 y SSTSJ de Asturias de 27 de octubre de 1998 y de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 1998; crónica V.9.A]

Silencio administrativo

– No cabe obtener por silencio positivo licencias contrarias a las determinaciones del planeamiento urbanístico [STS de 26 de octubre de 1998 y STSJ de Valencia de 14 de octubre de 1998; crónica V.4.J]

– La prueba de la disconformidad corresponde a la Administración [STS de 21 de octubre de 1998 y STSJ de Galicia de 1 de octubre de 1998; crónica V.4.J]

Capacidad del contratista

– Incompatibilidad: nulidad del contrato [STS de 25 de febrero de 1998; crónica V.2.A]

Clasificación

– Autorización para contratar con empresa no clasificada en el ámbito local [STS de 10 de diciembre de 1998; crónica V.2.B]

– Exigible a todas las empresas que forman UTE [STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 1998; crónica V.2.C]

Concurso

– Necesidad de motivar la adjudicación. Procede nueva valoración y no adjudicación directa por el Tribunal [STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1998; crónica V.3.A]

Equilibrio financiero

– Revisión de precios [STSJ de Navarra de 19 de octubre de 1998; crónica V.4.B.a]

Extinción de los contratos

– Cumplimiento de los contratos típicos [STSJ de Extremadura de 30 de octubre de 1998 y de Castilla-la Mancha de 5 de octubre de 1998; crónica V.4.D.a]

– Resolución por la Administración: no es necesaria una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento [STSJ de Extremadura de 30 de octubre de 1998; crónica V.4.D.b]

– Omisión del Dictamen del Consejo de Estado [STS de 13 de octubre de 1998; crónica V.4.D.b]

Indemnización

– Al contratista por incumplimiento de la Administración: compensación integral [STS de 21 de octubre de 1998; crónica V.4.C.a]

Intereses de demora

– Mora *ex lege*: la intimación es requisito meramente formal [STS de 16 de octubre de 1998; crónica V. 4.C.b]

– *Dies a quo* para el devengo [STS de 16 de octubre de 1998; crónica V.4.C.c]

– Intereses sobre intereses: fecha inicial del devengo es la de interposición del recurso contencioso [STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 1998; crónica V.4.C.d]

Prerrogativas de la Administración

– Facultad de modificación [STSJ de Murcia, de 28 de octubre de 1998; crónica V.4.A.a]

Resolución de los contratos (Ver “Extinción”)

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Autonomía local

– Resulta vulnerada por el art. 6 de la Ley 3/1987, de Disciplina Urbanística del Principado de Asturias que permite a la Administración autonómica sustituir a la Corporación local en el control de legalidad de licencias nulas de pleno derecho como presupuesto para la suspensión de actos de edificación o uso del suelo contrarios al ordenamiento urbanístico [STC 11/1999, de 11 de febrero; crónica VI.2.A.a]

– No permite que una norma autonómica reglamentaria disminuya el plazo de remisión de actos y acuerdo locales, ni que imponga la remisión de datos que la LBRL no contempla más que por vía de ampliación de información [STS de 12 de noviembre de 1998; crónica VI.2.A.b]

Colegios Profesionales

– Proyectos de obras que implican variación de la configuración arquitectónica: competencia de arquitectos superiores [STS de 17 de noviembre de 1998; crónica VI.3.A]

Competencias locales

– Ejercicio de acciones: el Pleno puede delegar sus competencias en la Comisión de Gobierno, pero ésta no puede a su vez delegarlas en el Alcalde [STS de 20 de octubre de 1998; crónica VI.2.B]

Organización municipal

– Reglamento orgánico del Ayuntamiento: no pueden omitirse preceptos impuestos por la normativa básica [STS de 6 de noviembre de 1998; crónica VI.2.C]

Servicios de las Corporaciones locales

– Suministro de energía eléctrica a Ayuntamiento: no es posible su interrupción por impago de cuotas [STS de 4 de noviembre de 1998; crónica VI.2.D.a]

– La potestad tarifaria corresponde a la entidad que presta el servicio público [STS de 12 de noviembre de 1998; crónica VI.2.D.b]

Titulaciones

– El principio de reserva de ley del art. 36 de la CE no es aplicable a la regulación de estudios para la obtención de un determinado título [STS de 10 de diciembre de 1998; crónica VI.3.B]

– El reglamento de establecimiento de título de técnico superior de dietética al ser un reglamento ejecutivo de otro reglamento no precisa de dictamen del Consejo de Estado [STS de 26 de noviembre de 1998; crónica VI.3.C]

– La homologación de diploma militar como título universitario necesita informe previo razonado [STS de 6 de octubre de 1998; crónica VI.3.D]

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Actuaciones previas al procedimiento sancionador

– Sus vicios no invalidan el procedimiento [STSJ de Madrid de 2 de octubre de 1998 y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de noviembre de 1998; crónica VII.6.A]

– Declaraciones testificales sin participación del imputado [STC 14/1999, de 22 de febrero; crónica VII.7.D]

Colegios Profesionales

– Sus normas deontológicas pueden tipificar infracciones [STS de 15 de septiembre de 1998; crónica VII.2.B]

Competencia para sancionar

– Competencia territorial [STSJ de Andalucía/Granada de 21 de septiembre de 1998; crónica VII.5.A]

– Imparcialidad [STC 14/1999, de 22 de febrero; crónica VII.5.B]

– Separación entre el instructor y sancionador [ATS de 11 de septiembre de 1998; crónica VII.5.C]

– Necesidad de firma [STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de 1998, STSJ Canarias/Las Palmas de 5 de octubre de 1998 y STSJ de Navarra de 25 de noviembre de 1998; crónica VII.5.D]

Culpabilidad

– Inexistencia de fuerza mayor [SSTS de 4 de julio y 5 de noviembre de 1998; crónica VII.3.A]

crónicas de jurisprudencia

– Interpretación razonable de normas [SSTS de 3, 7 y 24 de octubre de 1998, STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 1998 y STSJ de Asturias de 18 de septiembre de 1998; crónica VII.3.B]

– Culpa *in vigilando* [STS de 5 de noviembre de 1998 y STSJ de Madrid de 2 de octubre de 1998; crónica VII.3.C]

– Deber de diligencia [STS de 23 de septiembre de 1998; crónica VII.3.C]

Hechos probados

– En la jurisdicción social [SSTS de 6 de julio y 28 de septiembre de 1998; crónica VII.7.E]

Infracción administrativa

– Conductas diversas que se insertan en una única infracción [STS de 3 de noviembre de 1998; crónica VII.4]

– Infracción continuada [STS de 24 de octubre de 1998 y STSJ de Madrid de 19 de octubre de 1998; crónica VII.4]

Motivación

– De la inadmisión de las pruebas propuestas [STSJ de Andalucía/Sevilla de 3 de diciembre de 1998; crónica VII.7.B]

– De la elección de la sanción procedente [STSJ de Madrid de 14 de octubre de 1998, SSTSJ de Navarra de 16 de octubre y de 18 de septiembre de 1998, STSJ de Andalucía/Granada de 21 de septiembre de 1998 y STSJ de Murcia de 13 de octubre de 1998; crónica VII.7.F]

Ordenanzas municipales

– Tipificación de infracciones y sanciones [STS de 16 de julio de 1998, STSJ de la Comunidad

Valenciana de 8 de septiembre de 1998, STSJ de Castilla y León/Burgos de 9 de noviembre de 1998; crónica VII.2.A]

Pliego de cargos

– Puede subsanar un acuerdo de incoación viciado [STC 3/1999, de 26 de enero; crónica VII.6.B]

– Ha de indicar expresamente la posibilidad de presentar alegaciones [STSJ de Baleares de 23 de diciembre de 1998; crónica VII.6.B]

Prescripción de las infracciones y sanciones

– Inicio del cómputo en infracciones continuadas [SSTS de 26 y 30 de octubre de 1998; crónica VII. 8.A]

– Interrupción del plazo de prescripción [STSJ de Andalucía/Granada de 3 de noviembre de 1998, STSJ de Murcia de 20 de noviembre de 1998, STSJ Navarra de 18 de septiembre de 1998, STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 1998, STSJ de Baleares de 25 de noviembre de 1998, STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 1998, STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 1998; crónica VII.8.B]

Presunción de inocencia

– La Administración ha de probar la ausencia de diligencia [STS de 5 de noviembre de 1998; crónica VII.7.A]

Propuesta de resolución

– Su omisión genera nulidad [STSJ Castilla y León/Valladolid de 20 de noviembre de 1998 y STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 1998; crónica VII.6.B]

– La resolución final puede imponer una sanción más grave, entre las previstas para la infracción de que se trate [STS de 23 de septiembre de 1998; crónica VII.6.C]

– La resolución final no puede cambiar sustancialmente los hechos, sin nueva fase de alegaciones [STS de 28 de octubre de 1998; crónica VII.6.C]

Prueba

– Consecuencias de una indebida inadmisión de prueba [STC 14/1999, de 22 de febrero, STSJ de Andalucía/Sevilla de 3 de diciembre de 1998; crónica VII.7.B]

– Valor de las actas u otros documentos del personal administrativo [SSTS de 14 y 22 de septiembre, 5 y 6 de octubre y 14 de septiembre de 1998, STSJ de Canarias/Las Palmas de 4 de septiembre de 1998, SSTSJ de Extremadura de 24 de noviembre y 20 de octubre de 1998, de Castilla y León/Valladolid de 24 de noviembre de 1998 y de Madrid de 13 de noviembre de 1998; crónica VII.7.C]

– Prueba testifical sin participación del imputado [SSTC 14/1999, de 22 de febrero, y 3/1999, de 26 de enero; crónica VII.7.D]

Reserva de ley

– Se admite la tipificación de infracciones por Ordenanza municipal [STS de 16 de julio de 1998; crónica VII.2.A]

– Se rechaza la tipificación de infracciones por Ordenanza municipal [STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de septiembre de 1998 y STSJ de Castilla y León/Burgos de 9 de noviembre de 1998; crónica VII.2.A]

– Admisión de normas sancionadoras en blanco [STS de 15 de septiembre de 1998; crónica VII.2.B]

Sanción

– Concepto [STSJ de Navarra de 5 de noviembre de 1998; crónica VII.1]

– Distinción de otras figuras [SSTS de 6 -dos-, 13, 14 y 24 de octubre de 1998 y STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 1998; crónica VII.1]

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Causa y objeto de la expropiación

– Declaración de utilidad pública o interés social: requisito implícito en la reclasificación de terrenos operada mediante una subsanación de deficiencias del Plan de ordenación urbana que no sigue el procedimiento ordinario para la revisión del planeamiento [STS de 19 de septiembre de 1998; crónica VIII.3.A]

– Expropiación parcial: diferencias entre antieconomicidad de parte sobrante y disminución de los beneficios por demérito en parte sobrante. Consecuencias del carácter discrecional de la expropiación global del art. 23 de la LEF y momento de fijación de la indemnización del art. 46 LEF [SSTS de 8 de octubre, 12 y 17 de noviembre de 1998; crónica VIII.3.B]

Expropiaciones urgentes

– Hojas de depósito previo a la ocupación: imposibilidad de impugnación autónoma por ser actos de trámite. Interpretación compatible con la expresión “en todo caso” del art. 126.3 de la LEF [STS de 6 de noviembre de 1998; crónica VIII.5.A]

– Justiprecio en expropiaciones urgentes: el momento al que ha de referirse la valoración notiene por qué ser necesariamente el del levantamiento del acta previa a la ocupación cuando no

crónicas de jurisprudencia

hay sincronía entre ese momento y el requerimiento al expropiado para que aporte su hoja de aprecio [STS de 25 de septiembre de 1998; crónica VIII.5.B]

Determinación del justiprecio y otros conceptos indemnizables

– Intereses de demora en la tramitación del justiprecio: competencias del Jurado en su determinación [STS de 28 de septiembre de 1998; crónica VIII.6.A]

– Justiprecio en expropiaciones urbanísticas: criterios de valoración de los terrenos no incorporados a la Junta de Compensación [STS de 31 de octubre de 1998; crónica VIII.6.B]

Garantías sustanciales

– Derecho de reversión: Contenido patrimonial transmisible: requisitos y alcance de su renuncia [STS de 31 de 19 de septiembre de 1998; crónica VIII.7.A.a]

– Derecho de reversión: Interpretación finalista de los arts. 55 de la LEF y 64.2 y 67.2 del REF: criterio procesal antiformalista [STS de 12 de noviembre de 1998; crónica VIII.7.A.b]

– Retasación: el art. 58 de la LEF se refiere sólo al justiprecio, sin que pueda desprenderse de él la obligación de abonar los intereses en el plazo de dos años ni tampoco entender que procede retasar los bienes si los intereses no se abonan en dicho plazo [STS de 22 de octubre de 1998; crónica VIII.7.B]

Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial

– Anulación de expediente expropiatorio por vía de hecho: improcedencia de acudir al instituto rever-

sional en sede indemnizatoria al tratarse de un supuesto de responsabilidad patrimonial [STS de 21 de noviembre de 1998; crónica VIII.2.A]

Procedimiento expropiatorio

– Jurado Provincial: alegación de defecto de composición por designación de un arquitecto municipal como vocal técnico del Jurado en expropiaciones municipales [SSTS de 22 y 30 de octubre de 1998; crónica VIII.4.A]

– Mutuo acuerdo: Convenio suscrito entre el Ayuntamiento y los expropiados por el que el primero se compromete a aceptar las valoraciones presentadas por los segundos. Eficacia de los Convenios como actos generadores de derechos subjetivos y vinculación de la Administración al principio de buena fe [STS de 17 de diciembre de 1998; crónica VIII.4.B]

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Acción de responsabilidad y procedimiento

– Efectos interruptivos de una previa reclamación civil [STS de 3 de noviembre de 1998; crónica IX.6]

Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo

– Obligación de soportar el daño derivado de la aplicación de una Orden ministerial que fija servicios mínimos cuya validez ha sido confirmada en sentencia previa [STS de 8 de octubre de 1998; crónica IX.4]

– Relación entre la existencia de una potestad discrecional y el requisito de la antijuridicidad.

Responsabilidad en caso de ilegalidades cometidas en el ejercicio de potestades regladas [STS de 29 de octubre de 1998; crónica IX.4]

Carácter objetivo del sistema de responsabilidad y relación de causalidad

– Causalidad adecuada: teoría general [STS de 28 de octubre de 1998; crónica IX.3.A]

– Caso fortuito y la fuerza mayor. Transmisión de la Hepatitis B en una transfusión sanguínea: no puede considerarse fuerza mayor [STS de 28 de octubre de 1998; crónica IX.3.C]

– Causalidad adecuada: muerte de soldado por accidente en circunstancias que revelan un deficiente funcionamiento del servicio [STS de 3 de octubre de 1998; crónica IX.3.A]

– Causalidad adecuada: inundación por deficiente mantenimiento de la red de alcantarillado [STS de 6 de octubre de 1998; crónica IX.3.A]

– Causalidad adecuada: emplazamiento inadecuado de casetas que propicia la propagación de un incendio [SSTS de 8 y 27 de octubre de 1998; crónica IX.3.A]

– Causalidad adecuada: fallecimiento por enfermedad coronaria y falta de ingreso temporáneo en hospital con unidad coronaria [STS de 13 de octubre de 1998; crónica IX.3.A]

– Causalidad adecuada: accidente circulatorio por mal estado de la calzada [STS de 24 de octubre de 1998; crónica IX.3.A]

– Causalidad adecuada: daños en propiedad colindante por inadecuado emplazamiento de castillo de fuegos artificiales [STS de 3 de noviembre de 1998; crónica IX.3.A]

– Causalidad adecuada: daños físicos sufridos por un menor que manipula restos de castillos de fue-

gos artificiales no retirados por los servicios municipales. Causa identificada en exclusividad en la omisión administrativa [STS de 17 de noviembre de 1998; crónica IX.3.A]

– Causalidad adecuada: suicidio en centro penitenciario de persona con antecedentes de internamiento en psiquiátrico. Ausencia de psiquiatra en el equipo de observación del centro [STS de 26 de noviembre de 1998; crónica IX.3.A]

– Causalidad adecuada: accidente ferroviario por colisión con turismo en paso a nivel con inadecuada señalización [STS de 20 de octubre de 1998; crónica IX.3.A]

– Concurrencia de causas con desigual reparto de la cuantía de la indemnización: daños sufridos por accidente aéreo. Empresa sin autorización para prestar servicio de aero-taxis y autorización antirreglamentaria de vuelo concedida por la Administración aeroportuaria [STS de 28 de noviembre de 1998; crónica IX.3.D]

– Inversión de la carga de la prueba en el caso de daños desproporcionados en el caso de los daños hospitalarios [STS de 8 de septiembre de 1998; crónica IX.3.B]

– Obligaciones del dañado en orden a la prevención o amortiguación del daño: frustración de contrato de compraventa por anuncio por parte de la Administración de su intención de hacer uso del derecho de adquisición preferente de propiedad forestal y posterior renuncia. Ausencia de causalidad por no haber suscrito contrato de compraventa con condición resolutoria [STS de 16 de noviembre de 1998; crónica IX.3.E]

– Obligaciones del dañado en orden a la prevención o amortiguación del daño: ausencia de causalidad ante la falta de intento de paliar una parada en la producción industrial derivada de una medida cautelar, haciendo uso de los vínculos empresariales existentes con otros operadores del ramo [STS de 19 de noviembre de 1998; crónica IX.3.E]

Daño

- Ausencia de toma en consideración de los gastos procesales derivados de un previo procedimiento encaminado a la anulación del acto origen del daño [SSTS de 29 de octubre y 12 de noviembre de 1998; crónica IX.5.C]
- Efectos de la omisión administrativa en la evaluación de los daños: acceso a las pretensiones deducidas por el reclamante salvo que resulten manifiestamente improcedentes [STS de 21 de noviembre de 1998; crónica IX.5.D]
- Expectativas de un colectivo sometido a un régimen estatutario: encomiendas recaudatorias atribuidas a las Diputaciones Provinciales y cese de los Recaudadores de Hacienda y de la Zona. Ausencia de violación habida cuenta de adopción de medidas compensatorias y transición paulatina. Obligación de soportar el daño [STS de 10 de octubre de 1998; crónica IX.5.A]
- Indemnizabilidad de los perjuicios consistentes en pérdida de un curso académico por error en boletín de notas [STS de 13 de octubre de 1998; crónica IX.5.B]

Imputabilidad subjetiva

- Legitimación pasiva en los casos de traspasos de competencias cuando el daño se produce con anterioridad y la reclamación se presenta con posterioridad: contraste de soluciones de tres diferentes órdenes jurisdiccionales [SSTS de 11 y 21 de noviembre y 12 de diciembre de 1998; crónica IX.2]

Responsabilidad del Estado legislador

- Ley autonómica que conduce a la venta de stocks a pérdida. Responsabilidad por vulneración los principios de igualdad y justicia fiscal [SSTS de 8 y 9 de octubre de 1998; crónica IX.7]

Responsabilidad del Poder Judicial

- Error judicial: apreciación restrictiva. Contraste de soluciones de tres diferentes órdenes jurisdiccionales [SSTS de 12 y 27 de noviembre y 3 de diciembre de 1998; crónica IX.8]
- Prisión preventiva. Ausencia de equiparación entre inexistencia subjetiva y absolucón por falta de pruebas [STS de 4 de noviembre de 1998; crónica IX.8]

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Composición de los Tribunales de selección del personal laboral

- Número y especialización de sus miembros [STSJ de Baleares de 2 de noviembre de 1998; crónica X.2.C]

Derecho a acceder en condiciones de igualdad

- Desigual valoración de méritos en situaciones idénticas [STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 1998; crónica X.2.B]

Derechos económicos

- El abono del complemento específico puede ser generalizado a todos los funcionarios en pequeñas organizaciones administrativas [STS de 4 de septiembre de 1998; crónica X.5.B]
- La Administración no puede abonar retribuciones distintas de las contempladas por la ley [STSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 1998; crónica X.5.A]

Incompatibilidades

- Su aplicación no supone pérdida de un puesto de trabajo, sino suspensión del desempeño del

mismo, con posibilidad de retorno [STS de 19 de octubre de 1998; crónica X.4]

Intimidad personal

– Las pruebas de acceso no pueden recabar sin causa fundada datos que afecten a la intimidad personal [STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 1998; crónica X.2.A]

Pérdida de la condición de funcionario

– Condena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público. Se aplica el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles y no el artículo 50.4 de la misma [ATS de 18 de septiembre de 1998; crónica X.6]

Valoración de méritos

– Duración y fases de los cursos. Valoración conjunta [STSJ de Andalucía de 3 de diciembre de 1998; crónica X.3]

– Exigencia de licencia para la instalación y traslado de vallas publicitarias [SSTS de 9, 19 y 23 de noviembre de 1998; crónica XI.6.B]

Elaboración y aprobación de planes

– El objeto de un PERI no puede ser modificar el uso de un inmueble [STS de 16 de noviembre de 1998; crónica XI.2.A]

– La suspensión de licencias no afecta a las que podrían haberse obtenido por silencio administrativo [STS de 26 de octubre de 1998; crónica XI.2.B]

– No procede la aprobación por silencio de un Plan con deficiencias documentales [STS de 29 de octubre de 1998; crónica XI.2.C]

– La omisión del informe del Secretario de la Corporación carece de efectos invalidantes para la aprobación del Plan [STS de 5 de noviembre de 1998; crónica XI.2.D]

Ejecución del planeamiento

– Obras de urbanización: entidades de Conservación de la Urbanización: son un medio de participación en la gestión urbanística de los interesados en el proceso urbanístico: naturaleza, normas reguladoras y características identificativas [STS de 26 de octubre de 1998; crónica XI.5.B]

– Polígonos y unidades de actuación: deber de cesión gratuita de terrenos en suelo urbano para destinarlos a viales: sólo opera cuando se actúa de conformidad con las técnicas recogidas en la legislación urbanística: se requiere la delimitación de un polígono o unidad de actuación que haga efectiva la justa distribución de beneficios y cargas [STS de 9 de noviembre de 1998; crónica XI.5.A]

XI. URBANISMO

Caducidad de las licencias

– Posibilidad de dictar Ordenanzas urbanísticas que prevean un plazo de caducidad a partir de su entrada en vigor incluso respecto de licencias concedidas con anterioridad [STS de 3 de diciembre de 1998; crónica XI.8]

Deber de obtener licencia

– Exención del deber de obtener licencia para la realización por la Administración del Estado de obras públicas [SSTS de 6 de octubre y 7, 24 y 25 de noviembre de 1998; crónica XI.6.A]

Naturaleza jurídica de las licencias urbanísticas

– Licencias de primera ocupación: tienen por finalidad que la Administración verifique la adecuación de la obra a la licencia de edificación [STS de 20 de octubre de 1998; crónica XI.7.A]

– Licencias provisionales: su otorgamiento se ha de ajustar a los requisitos y procedimiento previstos en el artículo 58.2 TRLS de 1976 [STS de 15 y 22 de diciembre de 1998; crónica XI.7.B]

Suelo no urbanizable

– Especialmente protegido [STS de 3 de noviembre de 1998; crónica XI.1]

Valoración Expropiaciones Urbanísticas

– Momento en que ha de efectuarse la valoración: ha de ser conforme al planeamiento vigente [SSTS de 15 de septiembre, 12 de noviembre y 5 de diciembre de 1998; crónica XI.3.A]

– Expropiación Urbanística: inaplicación del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa [SSTS de 21 de julio, 2 y 29 de octubre, 12, 26, 24 y 6 de noviembre y 3 de diciembre de 1998; crónica XI.3.A]

– Aprovechamiento Urbanístico: criterio prioritario el rendimiento que a dicho aprovechamiento se atribuya a efectos fiscales [SSTS de 22, 9 y 31 de octubre y 12 noviembre de 1998; crónica XI.3.A]

Supuestos Indemnizatorios

– No adquisición automática del derecho a indemnización: Se requiere constatación de lesión de un derecho o derechos, no meras expectativas [SSTS de 5 de octubre, 3 de noviembre de 1998 y 5 de enero de 1999; crónica XI.4.A]

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

AGUAS CONTINENTALES

Aguas subterráneas

– Denegación de autorización para realización de un sondeo: procedente; afección a otras explotaciones de su entorno; falta de prueba de desviación de poder [STS de 6 de julio de 1998; crónica XII.3.A]

– Caducidad de autorización para alumbrar aguas subterráneas: aplicación por analogía del art. 411 CC dada la fecha de otorgamiento del permiso [STS de 22 de julio de 1998; crónica XII.3.A]

– Afección de labores de alumbramiento de aguas a un pozo: validez de la revocación de legalización; imposibilidad de hacerse valer pactos civiles; sucesión a título particular [STS de 18 de noviembre de 1998; crónica XII.3.A]

Aprovechamientos de aguas públicas: vía de hecho

– Realización de obras destinadas a efectuar un aprovechamiento de aguas públicas por un Ayuntamiento: vía de hecho; concurrencia de actuación arbitraria; competencia de la jurisdicción civil en ese momento; necesidad de restituir situación posesoria de la Comunidad afectada [STS de 5 de octubre de 1998; crónica XII.3.B]

Aprovechamientos hidroeléctricos y otras energías renovables

– Adjudicación de salto a pie de presa: conforme a derecho; validez de derechos preferentes conferi-

dos normativamente [STS de 22 de septiembre de 1998; crónica XII.3.C]

– Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por fuentes renovables: no vulneración del principio de jerarquía normativa [STS de 21 de octubre de 1998; crónica XII.3.C]

Infracciones

– Vertido no autorizado de aguas residuales: prescripción de infracción administrativa por paralización del expediente: concurrencia; sanción improcedente [STS de 20 de octubre de 1998; crónica XII.3.D]

Inscripción de aprovechamientos

– Acta de notoriedad para legalización de aprovechamiento adquirido por prescripción: solicitud dentro del plazo previsto en Disposición Transitoria 1ª Lag. de 1985; la expedición extemporánea de dicho documento no puede perjudicar al particular [STS de 20 de julio de 1998; crónica XII.3.E]

– Acta de notoriedad para legalización de aprovechamiento adquirido por prescripción: solicitud dentro del plazo previsto en DT 1ª Lag. de 1985; la expedición extemporánea de dicho documento no puede perjudicar al particular [STS de 14 de octubre de 1998; crónica XII.3.E]

– Denegación de inscripción de aprovechamiento ganado por prescripción: improcedente; no vulneración del ordenamiento jurídico [STS de 16 de septiembre de 1998; crónica XII.3.E]

Regadíos

– RD 950/1998, de 13 de julio, que declara de interés general de la Nación la transformación económica y social de las zonas regables de

Manchuela-Centro y Canal de Albacete: validez; naturaleza jurídica de acto dirigido a una pluralidad de personas; el Gobierno valenciano no era interesado y no debió dársele audiencia; no vulneración de la Ley de Aguas; control jurisdiccional a través de distintas técnicas [STS de 13 de julio de 1998; crónica XII.3.F]

Responsabilidad patrimonial administrativa

– Carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública: extracciones excesivas de agua llevadas a cabo por un Ayuntamiento sin comunicación al Organismo de cuenca; perjuicios sufridos por concesionario de piscifactoría [STS de 6 de octubre de 1998; crónica XII.3.G]

Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones

– Modificación de tarifa de suministro domiciliario de agua potable: improcedente; resoluciones administrativas acertadas [STS de 16 de octubre de 1998; crónica XII.3.H]

– Cierre de suministro de agua por impago de recibos: cuestión prevista en el contrato; no se trata de una sanción administrativa; procedencia [STS de 30 de octubre de 1998; crónica XII.3.H]

AGUAS MARÍTIMAS

Extensión del demanio marítimo

– Terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras. Normativa anterior: posibilidad de adquirir la propiedad particular de los mismos si así se reconoce en las cláusulas del título concesional, y siempre que se respeten las servidumbres precisas. Normativa actual: naturaleza demanial. Su realización por un particular, previa autorización administrativa, no altera tal naturaleza. Derecho transitorio: solución de sínte-

sis (Disposición Transitoria 2ª de la Ley de Costas) que permitió el mantenimiento de las situaciones anteriores, si bien las playas y zona marítimo-terrestre serán siempre de dominio público [STS de 20 de octubre de 1998; crónica XII.4.A]

Deslinde

– Traslación al plano físico del resultado del procedimiento de deslinde: el amojonamiento. Necesidad de responder a las determinaciones de aquél y prohibición de alteración de la situación de los mojones sin la realización de un nuevo procedimiento [STS de 29 de octubre de 1998; crónica XII.4.B]

– Efectos. Legislación anterior: simple valor de constatación de situaciones posesorias [STS de 9 de diciembre de 1998; crónica XII.4.B] Normativa actual: el deslinde declara tanto la posesión como la titularidad dominical del Estado. Exigencia de especiales cautelas para proceder a la anotación preventiva de dominio público en el Registro de la Propiedad: necesidad de identificación de las fincas afectadas y del alcance de tal afección. Análogos cautelas previas se exigen para asegurar que la nueva inmatriculación de una finca por un particular no invade el dominio público [Res. DGRN de 16 de julio y 5 de noviembre de 1998; crónica XII.4.B]

Régimen sancionador

– Normativa anterior. Realización de obras en zona de dominio público marítimo-terrestre sin título habilitante previo otorgado por la Administración costera: infracción grave de carácter objetivo. Imposibilidad de otorgamiento del mismo por parte del Municipio: limitación de sus atribuciones en la materia a meras funciones de limpieza y mantenimiento [STS de 15 de octubre de 1998; crónica XII.4.C]

Limitaciones a las propiedades colindantes

– Normativa anterior: servidumbre de salvamento. Posibilidad de realización de obras e instalaciones en esta zona, siempre que no supongan un obstáculo para su efectividad, que no afecten a la integridad del dominio público y que no se opongan a lo establecido en los Planes de Ordenación. Incumplimiento [STS de 18 de noviembre de 1998; crónica XII.4.D]

– Normativa actual: servidumbre de protección. Sólo se permitirá con carácter ordinario la realización en la misma de obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas. Resto de las instalaciones: posibilidad excepcional de su autorización por el Consejo de Ministros [STS de 27 de noviembre de 1998; crónica XII.4.D]

Usos

– Necesidad de autorización administrativa para el uso común especial del demanio marítimo: ensanche y acondicionamiento de un paso peatonal con instalación de balaustrada al borde de la costa, instalación de bateas para el cultivo del mejillón, ocupación del dominio público con instalaciones desmontables [SSTS de 15 de septiembre, 7, 23 y 26 de octubre de 1998; crónica XII.4.E]

– Necesidad de concesión administrativa para el uso privativo del dominio público marítimo-terrestre: instrucción del correspondiente expediente que permita llegar a una conclusión decisoria con todas las garantías [STS de 2 de diciembre de 1998; crónica XII.4.E] Características: temporalidad y no generación de derecho subjetivo alguno a su renovación. Obligación de motivar el cambio de criterio por parte del titular del demanio cuando, tras un

período prolongado de renovaciones sucesivas, se decide poner fin a la relación concesional [SSTS de 20 de octubre, de 19 de noviembre y de 11 de diciembre de 1998; crónica XII.4.E]

Titularidad y competencias

– Titularidad estatal del demanio marítimo: no es título atributivo de competencias. Reconocimiento de facultades y obligaciones en atención a la misma: gestión y adopción de medidas de protección y policía del dominio público marítimo-terrestre en zonas de servidumbres de tránsito y acceso. Zona de servidumbre de protección: competencias autonómicas [STS de 30 de diciembre de 1998; crónica XII.4.F]

Puertos

– Competencias autonómicas: traspaso en favor de las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios estatales en la materia. Inherencia de las tasas con las que se gravan aquellos servicios, que tienen la consideración de tributos autonómicos propios [SSTS de 26 de septiembre y 5 de octubre de 1998; crónica XII.4.G]

– Arbitrio sobre lavado de minerales y carbones: legítimo anclaje legal y consiguiente validez del mismo. Ausencia de doble imposición por su exigencia simultánea con el canon de vertido de aguas residuales: distinto hecho imponible [STS de 5 de octubre de 1998; crónica XII.4.G]

Pesca marítima y cultivos marinos

– Naturaleza: usos del demanio marítimo. Instalación de bateas para el cultivo del mejillón; uso común especial del demanio marítimo. Necesidad de autorización administrativa de otorgamiento discrecional [SSTS de 15 de septiembre y 7 de octubre de 1998; crónica XII.4.H]

– Intervención administrativa sobre la misma: imposición de medidas de ordenación y establecimiento de medidas de fomento. Limitación del número de barcos con derecho a faenar en aguas comunitarias: concreción de los mismos por la Administración pesquera estatal a la vista de las propuestas de las Asociaciones de pescadores y armadores. Validez. Otorgamiento de ayudas a la actividad pesquera: obligación de comunicación previa a la Comisión de las Comunidades Europeas, so pena de nulidad [SSTS de 24 y 25 de noviembre de 1998; crónica XII.4.H]

– Incumplimiento de la normativa pesquera. Las infracciones en materia de pesca exigen tipificación legal e imposición de la correspondiente sanción. Prescripción de las mismas: aplicación de los plazos previstos para las faltas por el Código Penal. Carencia de efectos interruptivos de las actividades meramente internas de la Administración [STS de 3 de noviembre de 1998; crónica XII.4.H] Necesidad de respetar los derechos fundamentales del ciudadano implicado en el expediente administrativo sancionador: principio de igualdad o interdicción del cambio arbitrario de criterio por parte de un mismo órgano jurisdiccional en la resolución de casos sustancialmente idénticos [STC 25/1999, de 8 de marzo; crónica XII.4.H]

BIENES LOCALES

Noción de dominio público

– Objeto del dominio público: un porche de uso público en un edificio [STS de 18 de noviembre de 1998; crónica XII.2.A]

– Fin del dominio público: compatibilidad de los usos de la superficie y del subsuelo; ejercicio del derecho de reversión [STS de 18 de noviembre de 1998; crónica XII.2.A]

Desafectación de los bienes de dominio público

– Desafectación de bienes destinados a fines educativos [SSTS de 30 de septiembre y 27 de noviembre de 1998; crónica XII.2.C]

Régimen jurídico de los bienes públicos

– Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos [ATS de 9 de octubre de 1998 y STS de 26 de noviembre de 1998; crónica XII.2.B]

Enajenación de bienes

– Adjudicación directa de una parcela sobrante a colindantes [STS de 8 de octubre de 1998; crónica XII.2.D]

– Permuta. Condiciones para su procedencia [SSTS de 13 de octubre y 7 de diciembre de 1998; crónica XII.2.E]

Utilización de los bienes de dominio público

– La licencia por el uso común especial sólo procede en los bienes de dominio público [STS de 18 de noviembre de 1998; crónica XII.2.F]

– La indemnización por revocación de licencia de vado sólo procede en el caso de que el particular pruebe su existencia [STS de 17 de noviembre de 1998; crónica XII.2.F]

– Las utilidades privativas requieren el otorgamiento de una licitación pública sujeta que se resolverá de conformidad con el baremo incluido en el pliego de condiciones [STS de 15 de julio de 1998; crónica XII.2.F]

– Carácter oneroso de los usos especiales y privativos [STS de 12 de julio de 1998; crónica XII.2.G]

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 15 de julio, 14 de octubre, 23 de noviembre y 5 de diciembre de 1998; crónica XII.2.I]

– Deslinde del dominio público. Objeto de la potestad [STS de 8 de julio de 1998; crónica XII.2.H]

CARRETERAS

Infracciones y sanciones

– Incumplimiento de las condiciones de la licencia: no existencia. Construcción de muro de cerramiento en zona de afección. Demolición impropia. Desvío de carretera. Desaparición de circunstancias [STS de 30 de septiembre de 1998; crónica XII.5.A]

– Realización de obras sin autorización. Valla de cerramiento. Sanción impropia. No necesidad de licencia de la Administración de carreteras. Pertenencia a la red viaria urbana. Ajuste al Plan General de Ordenación Urbana. Distancia de construcción correcta [STS de 26 de septiembre de 1998; crónica XII.5.A]

– Realización de obras sin autorización: arista exterior de carretera. Paralización impropia: aplicación de medida cautelar [STS de 6 de octubre de 1998; crónica XII.5.A]

Otras materias

– Cambio en el trazado de una carretera. No existencia de responsabilidad de la Administración, por pérdida de clientela de un restaurante.

Perjuicio soportable [STS de 15 de septiembre de 1998; crónica XII.5.B]

– Expropiación forzosa para construir una variante. Corrección de la actuación administrativa. No existencia de defectos formales. Valoración correcta [STS de 21 de julio de 1998; crónica XII.5.B]

– Licencias municipales de obras. Conservación de carreteras. Obras vinculadas al servicio público viario, que no transcurren por suelo urbano. No necesidad de autorización municipal [STS de 7 de noviembre de 1998; crónica XII.5.C]

– Licencias municipales de obras. Edificio para ubicar unos servicios en autopista. Obras vinculadas al servicio público viario, que no transcurren por suelo urbano. No necesidad de autorización municipal [STS de 24 de noviembre de 1998; crónica XII.5.C]

– Vallas publicitarias. Legalización de instalación. Denegación de licencia municipal: correcta. Vallas visibles desde la zona de dominio público de la carretera [STS de 9 de noviembre de 1998; crónica XII.5.C]

MINAS

– Concesión de aprovechamientos mineros. Inclusión en la Sección A, y no en la C. Operaciones de arranque. No existencia de transformación de piedras ornamentales por parte de la misma empresa [STS de 22 de julio de 1998; crónica XII.6]

– Concesión de aprovechamientos mineros. Derecho de admisión a trámite de solicitud. Operaciones de arranque y de transformación de piedras ornamentales: inclusión en la Sección C [STS de 19 de octubre de 1998; crónica XII.6]

– Permiso de investigación. Criterios de clasificación de los recursos mineros en las Secciones A y C. No existencia de arbitrariedad de la Sentencia de instancia. Corrección de la extensión concedida, al aplicarse el Derecho transitorio de la Ley de Minas, por existir canteras autorizadas según la antigua legislación [STS de 22 de octubre de 1998; crónica XII.6]

MONTES

– Aprovechamiento de pastos. Bienes patrimoniales y no de dominio público. Convenio viciado de nulidad. Conversión del acto. Arrendamiento de bienes patrimoniales. No existencia de concesión [STS de 9 de octubre de 1998; crónica XII.7.B]

– Competencias de la Comunidad Autónoma vasca en materia de comercialización y normas de calidad exterior de los materiales forestales de reproducción [STC 21/1999, de 25 de febrero; crónica XII.7.D]

– Montes vecinales en mano común. Naturaleza jurídica. Criterios de clasificación. Exclusiones de la declaración de monte vecinal. Existencia de otros usos [STS de 11 de noviembre de 1998; crónica XII.7.C]

– Venta de predio forestal a persona diferente de la Administración. Comunicación posterior a la compraventa. Ejercicio correcto del derecho de retracto [STS de 7 de octubre de 1998; crónica XII.7.A]

PATRIMONIO DEL ESTADO

– Bienes de dominio público. Enajenación directa de una finca, a los propietarios colindantes. Interpretación correcta del orden de preferencia [STS de 13 de octubre de 1998; crónica XII.8]

PATRIMONIO CULTURAL

– Bienes de Interés Cultural. No necesidad de autorización. Edificio que no está integrado en conjunto histórico. No declaración, tras la incoación del expediente. No inclusión en planes especiales de protección [STS de 16 de julio de 1998; crónica XII.9.A]

– Bienes de Interés Cultural. Apertura de expediente de declaración. Necesidad de notificación de la decisión favorable o no. Desestimación presunta. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener la correspondiente resolución motivada [STS de 7 de octubre de 1998; crónica XII.9.C]

– Demolición de fachada de edificio situado en conjunto histórico-artístico y en estado de ruina: improcedente. Denegación correcta de autorización autonómica. No cumplimiento de los requisitos del art. 24.2 de la Ley de Patrimonio Histórico. Garantías organizativas observadas [STS de 20 de julio de 1998; crónica XII.9.B]

nial [STS de 25 de junio de 1998; crónica XIII.3.D]

Clasificación de actividades

– En función de sus características [STS de 24 de julio de 1998; crónica XIII.3.A]

– No es actividad artesanal la de cafetería-restaurante [STS de 19 de octubre de 1998; crónica XIII.3.A]

– Son actividades clandestinas las que se ejercen sin licencia [SSTS de 24 de julio, 20 de octubre y 2 de diciembre de 1998; crónica XIII.3.B.a]

Clausura de actividades

– Nulidad de la clausura de plano de actividades que se ejercen sin licencia [STS de 29 de septiembre de 1998; crónica XIII.3.G]

– Validez de la clausura de plano con ocasión de grave peligro [SSTS de 8 y 24 de julio de 1998; crónica XIII.3.G]

XIII. MEDIO AMBIENTE

ACTIVIDADES CLASIFICADAS

Ampliación

– La ampliación de actividades clasificadas exige nueva licencia [SSTS de 4 de noviembre y 2 y 16 de diciembre de 1998; crónica XIII.3.C]

Autorizaciones

– La concesión de la licencia de obras antes que la de actividad no arrastra la nulidad de la primera, pero puede dar lugar a responsabilidad patrimonial

Indemnización

– Por responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad u omisión municipal [SSTS de 8 de julio y 4 de noviembre de 1998; crónica XIII.3.H]

– Por responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por suspensión ilegal de la actividad [SSTS de 23 de octubre y 29 de septiembre de 1998; crónica XIII.3.I]

Licencia de actividades

– Denegación por razones urbanísticas: art. 30.1 RAC [SSTS de 28 de septiembre y 20 de octubre de 1998; crónica XIII.3.B.b]

– Tramitación de la licencia (art. 30.2 RAC) cuando el Plan no impida su ejercicio [STS de 14 de octubre de 1998; crónica XIII.3.B.b]

– Notificación personal a los vecinos próximos al emplazamiento [STS de 21 de octubre de 1998; crónica XIII.3.B.c]

– Valor de los informes técnicos de parte [STS de 21 de septiembre de 1998; crónica XIII.3.B.d]

– Silencio positivo aplicable [SSTS de 8, 16 y 24 de julio, 24 de septiembre, y de 2 y 29 de diciembre de 1998; crónica XIII.3.B.e]

– Corresponde al Ayuntamiento y no al TS el otorgamiento de licencia [STS de 21 de septiembre de 1998; crónica XIII.3.B.f]

– La omisión de la visita de comprobación (art. 34 RAC) no implica ausencia ni denegación de licencia [SSTS de 16 y 24 de julio y 30 de septiembre de 1998; crónica XIII.3.B.g]

Revocación de la licencia: art. 16 RSCL

– La revocación fundada en las normas urbanísticas o en nuevos criterios de apreciación conlleva indemnización [STS de 19 de septiembre de 1998; crónica XIII.3.E]

Responsabilidad patrimonial

(Ver indemnización)

Sanciones

– Para la imposición de sanciones a las actividades que disponen de licencia hay que seguir el procedimiento del art. 38 del RAC [SSTS de 29 de septiembre y 23 de octubre de 1998; crónica XIII.3.F]

AGUAS MARÍTIMAS

– Normativa anterior: la Ley 7/1980, de protección de las costas españolas considera los vertidos sin autorización o con incumplimiento de sus términos como una infracción administrativa sancionable. Aplicación a la misma de los principios del procedimiento administrativo sancionador: principio de culpabilidad del sujeto infractor. Falta de prueba de la misma: ausencia de sanción [STS de 14 de julio de 1998; crónica XIII.7]

CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA

– Los niveles de emisión de anhídrido sulfuroso desde la entrada en vigor del D. 833/1975, de 22 de diciembre, son para todas las industrias los indicados en su Anexo IV [STS de 18 de septiembre de 1998; crónica XIII.4]

CAZA

– En la modalidad de cetrería puede ser autorizada por las Comunidades Autónomas en circunstancias excepcionales [SSTS de 23 de junio y 6 de octubre de 1998; crónica XIII.6.A]

ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

– Prevalencia de la normativa de protección y conservación de espacios naturales (Plan Rector de uso y gestión de Doñana) sobre la general de bienes públicos [STS de 14 de julio de 1998; crónica XIII.5]

ESPECIES PROTEGIDAS DE FAUNA SILVESTRE

(Ver caza)

– La calificación urbanística de los terrenos no impide el establecimiento de un régimen especial de caza controlada para la protección de las aves migratorias [STS de 8 de julio de 1998; crónica XIII.6.B]

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Aguas dulces susceptibles de contaminación

– Criterios para la calificación. Directiva 91/676. Exigencia de declaración cuando los compuestos nitrogenados de origen agrario contribuyan “significativamente” a juicio del Estado miembro a la concentración de 50 mg/l sin que pueda ser posible impartir desde el derecho europeo criterios para iluminar lo que pueda entenderse por contribución significativa, cuestión que queda a la discreción de los Estados [STJCE de 29 de abril de 1999; crónica XIII.2.C]

Anulación de reglamentos

– Mantenimiento provisional en vigor hasta tanto sean sustituidos por otros [STJCE de 25 de febrero de 1999; crónica XIII.2.B]

Base jurídica de reglamento

– Reglamento (CE) núm. 307/97, del Consejo, de 17 de febrero de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 3528/86 relativo a la protección de los bosques en la Comunidad contra la contaminación atmosférica y del Reglamento (CE) núm. 308/97, del Consejo, de 17 de febrero de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2158/92 relativo a la protección de los bos-

ques comunitarios contra los incendios. Fundamento medioambiental, art. 130 STCEE y no el art. 43 TCEE. Poderes del Parlamento Europeo [STJCE de 25 de febrero de 1999; crónica XIII.2.B]

Incumplimiento de estado

– Portugal. Directiva 85/337. No adopción de las medidas correspondientes en el plazo de tres años tras la notificación de la directiva. Disposición transitoria que establece que no es aplicable esta normativa a los proyectos cuyo procedimiento de aprobación se hubiera iniciado antes de la entrada en vigor de esta normativa pero con posterioridad al 3 de julio de 1988 es contraria a derecho. Insuficiencia de las apelaciones al principio de seguridad jurídica de Portugal [STJCE de 21 de enero de 1999; crónica XIII.2.A.a]

– Italia. Directiva 91/676/CEE, relativa a protección de aguas contra contaminación producida por nitratos en la agricultura. No designación de zonas vulnerables. Incumplimiento reconocido por el propio Estado [STJCE de 25 de febrero de 1999; crónica XIII.2.A.b]

– Francia. Directiva 79/409/CEE, protección de aves. Insuficiencia de las medidas adoptadas por el Estado para su cumplimiento en el estuario del Sena [STJCE de 18 de marzo de 1999; crónica XIII.2.A.c]

– Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Directiva 80/778/CEE sobre calidad de aguas. Compromisos de mejora entre Administración inglesa y compañías suministradoras de agua. La regulación legal es indeterminada [STJCE de 22 de abril de 1999; crónica XIII.2.A.d]

Política agraria comunitaria

– Criterios para definirla en relación con la política medioambiental [STJCE de 25 de febrero de 1999; crónica XIII.2.B]

MINAS

– Restauración de espacios afectados por actividades extractivas. Concesión sometida a determinadas condiciones: procedencia. Sin embargo, reducción correcta de la fianza en un 50 por ciento, al ser actividades situadas fuera del ámbito territorial delimitado en la legislación [STS de 10 de julio de 1998; crónica XIII.8]

MONTES

– Montes privados: no posibilidad de “corta a hecho” (*tallada arreu*). Aplicación de la legislación catalana. Denegación de la autorización solicitada [STS de 16 de septiembre de 1998; crónica XIII.9]

– Montes privados: no posibilidad de “corta a hecho” (*tallada arreu*). Aplicación de la legislación catalana. Denegación de la autorización solicitada. Prevalencia del interés ecológico y medioambiental [STS de 13 de octubre de 1998; crónica XIII.9]

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Agricultura

– Ayudas. Requisitos para obtener las ayudas y para hacer uso de las mismas. Supuestos de revocación de los beneficios obtenidos [SSTS de 6 de octubre y de 18 de noviembre de 1998; crónica XIV.3.A]

– Productos vitivinícolas. Sanción por vulneración de la normativa relativa a la comercialización de mosto. Caducidad del procedimiento por aplicación del RD 1945/1983 relativo a la defensa del consumidor [STS 7 de octubre de 1998; crónica XIV.3.B]

– Productos vitivinícolas. Comercialización de vino no espumoso como cava. Necesidad de anular previamente la marca reconocida en base a normativa derogada para poder aplicar una sanción [STS de 21 de octubre de 1998; crónica XIV.3.B]

– Aprovechamientos forestales. La regulación relativa a semillas y materiales de reproducción de naturaleza forestal se incluye en la materia competencial montes y aprovechamientos forestales, y no en agricultura, artículo 149.1.23 CE [STC 21/1999, de 25 de febrero; crónica XIV.3.C]

Comercio interior

– Defensa de la competencia. Sanciones impuestas a entidades de distribución cinematográfica en aplicación de la Ley 110/1963 [SSTS de 26 y 27 de octubre y 3 de noviembre de 1998; crónica XIV.4.A]

– Horarios comerciales. Nulidad de normativa local por ser materia de competencia estatal [STS de 28 de octubre de 1998; crónica XIV.4.B]

– Mercadillos municipales. Procedimiento administrativo para la aprobación de la ordenanza municipal, y participación de entidades [STS de 7 de octubre de 1998; crónica XIV.4.C]

Comercio exterior

– Las actividades administrativas de certificación y control de productos necesarias para su

comercialización suponen el ejercicio de una función ejecutiva, que en el caso analizado forma parte de la materia montes y aprovechamientos forestales y no de la de comercio exterior [STC 21/1999, de 25 de febrero; crónica XIV.5]

Crédito

– Imputabilidad de los miembros de los órganos de gobierno [SSTS de 23 de septiembre y 26 de noviembre de 1998; crónica XIV.6]

– Justificación de la potestad sancionadora en la materia [STS de 11 de noviembre de 1998; crónica XIV.6]

Energía eléctrica

– Consumos y facturaciones. La exigencia del pago de lo defraudado en virtud del Reglamento de Verificaciones no constituye una sanción. Basta con seguir un procedimiento contradictorio [SSTS de 6 y 13 de octubre de 1998; crónica XIV.7.A]

– Reglamento sobre Producción de Energía Eléctrica por instalaciones hidráulicas de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables. Norma básica que no contradice la ley de cobertura, Ley 82/1980 [STS de 21 de octubre de 1998; crónica XIV.7.B]

– Suministro. No se autoriza el corte de suministro a un abonado, que es un Ayuntamiento, por impago de tarifas, alegando que la energía eléctrica era necesaria para prestar el servicio de suministro de agua [STS de 4 de noviembre de 1998; crónica XIV.7.C]

Ganadería

– Ayudas. Denegación para la actividad de mantenimiento de vacas nodrizas. Falta de motivación y discordancia con precedentes [STS de 5 de octubre de 1998; crónica XIV.8]

Industria

– Fomento en zonas de promoción económica. Incumplimiento parcial y reducción de la subvención. Confirma una línea jurisprudencial abundante y uniforme [STS de 3 de noviembre de 1998; crónica XIV.9.A]

– Seguridad industrial. Autorización y concesiones a entidades de acreditación y competencias autonómicas, con anterioridad a la ley de Industria de 1992 [STS de 29 de octubre de 1998; crónica XIV.9.B]

Pesca marítima

– Listado de barcos con derecho a faenar en aguas comunitarias. Acto impugnado, por no ser acto político ni acto trámite [STS de 25 de noviembre de 1998; crónica XIV.10]

Política de precios

– Potestad tarifaria y política de precios, criterios de distinción [SSTS de 16 de octubre y 12 de noviembre de 1998; crónica XIV.2]

Transportes

– Potestad tarifaria y competencia estatal en materia de política de precios [STS de 16 de octubre de 1998; crónica XIV.2 y 11]

Tribunal de defensa de la competencia

– Medidas cautelares. Especialidades farmacéuticas. Exportaciones paralelas y doble escala de precios [Res. TDC de 16 de octubre de 1998; crónica XIV.12.A]

– Colegios profesionales. Condicionamiento del otorgamiento de visado de la hoja de encargo a que se satisfagan los honorarios devengados por un profesional anterior [Res. TDC de 28 de octubre de 1998; crónica XIV.12.B.a]

– Colegio profesional. Expertos inmobiliarios e intermediación inmobiliaria [Res. TDC; crónica XIV.12.B.b]

– Aeropuertos españoles y navegación aérea. Concesiones de uso de locales comerciales en recintos aeroportuarios [Res. TDC 16 de noviembre de 1998; crónica XIV.12.C]

– Distribución exclusiva, prohibición de fijación vertical de precios y obligaciones suplementarias de los distribuidores [Res. TDC de 30 de noviembre de 1998; crónica XIV.D]

– Distribución en exclusiva en farmacia y alimentos dietéticos infantiles [Res. TDC de 11 de diciembre de 1998; crónica XIV.12.E]

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL

– Protección de los consumidores y derecho de renuncia en el contrato de multipropiedad [STSJ de 22 de abril de 1999; crónica XV.1.A]

– Riesgo de confusión entre la marca específica de un vino y la designación del producto con su

denominación genérica incorporada al etiquetado [STSJ de 28 de enero de 1999; crónica XV.1.B]

– Disciplina deportiva: valor jurídico del acta de un árbitro de fútbol y valor normativo de los reglamentos deportivos [STS de 30 de octubre de 1998; crónica XV.2.A]

– Deberes de los profesores: posibilidad de completar la jornada lectiva en otro centro o, en el propio centro, impartir disciplina afín. Derecho de los alumnos a recibir la educación adecuada [STS de 21 de octubre de 1998; crónica XV.3.A]

– Denegación de concierto por fundamentarse en denegación de subvención amparada en criterio de zonificación [STS de 9 de diciembre de 1998; crónica XV.3.B]

– Exigencia de vigilantes jurados y empresas de alto riesgo [STS de 4 de diciembre de 1998; crónica XV.4.A]

– Competencia de la Generalidad de Cataluña en materia de espectáculos taurinos [STS de 20 de octubre de 1998; crónica XV.4.B]

– Normativa aplicable en presencia de legislación estatal y autonómica [STS de 25 de octubre de 1998; crónica XV.5.A]

– La potestad sancionadora en materia de juego [SSTS de 8 de octubre 23 y 27 de noviembre y de 4 de diciembre de 1998; crónica XV.5.B]

– Regulación de los almacenes farmacéuticos, la figura del farmacéutico adicional e ilegalidad de reglamento por omisión [STS de 14 de diciembre de 1998; crónica XV.6.A]

**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Jurisdicción contencioso-administrativa

– Carácter revisor [SSTS de 7 de octubre y 7 de noviembre de 1998; crónica XVI.1.A.a y b]

– Objeto del recurso: desviación procesal [STS de 7 de octubre de 1998; crónica XVI.1.A.b]

Interposición del recurso contencioso-administrativo

– Asistencia jurídica gratuita: extensión [ATS de 14 de septiembre de 1998; crónica XVI.1.B.a]

– “Autorización corporativa para recurrir”. Subsannabilidad de su no aportación [STS de 11 de noviembre de 1998; crónica XVI.1.B.b]

Escrito de demanda

– Formulación estando incompleto el expediente administrativo [STS de 6 de octubre de 1998; crónica XVI.1.C.a]

– Articulación en “hechos” y “fundamentos de derecho”. Ausencia de rigorismo [STS de 14 de octubre de 1998; crónica XVI.1.C.b]

Terminación del proceso

– Desistimiento: vinculación para la Sala [ATS de 25 de mayo de 1998; crónica XVI.1.D.a]

– Caducidad del recurso: antes del trámite de formalización de la demanda. Procedencia [STS de 9 de octubre de 1998; crónica XVI.1.D.b]

– Allanamiento: efectos. Posibilidad de enjuiciamiento de la cuestión de fondo [STS de 27 de noviembre de 1998; crónica XVI.1.D.c]

– Sentencia: Notificación con defectuosa indicación de recursos procedentes. Efectos [STS de 14 de septiembre de 1998; crónica XVI.1.D.d]

– Nulidad de actuaciones (artículo 240.3 LOPJ). Incongruencia [ATS de 30 de noviembre de 1998; crónica XVI.1.E]

RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

– Defensa y representación procesal [ATS de 28 de septiembre de 1998; crónica XVI.2.A.a]

– Objeto: Autos de inadmisión del recurso contencioso-administrativo [ATS de 16 de septiembre de 1998; crónica XVI.2.B.a]

Motivos

– Artículo 95.1.1 LJCA de 1956 [SSTS de 22 y 28 de octubre de 1998; crónica XVI.2.C.a.a’]

– Artículo 95.1.3 LJCA de 1956 [STS de 22 de octubre de 1998; crónica XVI.2.C.b.a’]

– Artículo 95.1.4 LJCA de 1956 [ATS de 18 de septiembre de 1998; crónica XVI.2.C.c.a’] y [ATS de 9 de octubre de 1998; crónica XVI.2.C.c.b’]

– Artículo 94.1.c) LJCA de 1956 [ATS de 18 de septiembre de 1998; crónica XVI.2.C.d]

– Cuestiones distintas formuladas en el mismo motivo [STS de 12 de noviembre de 1998; crónica XVI.2.C.e]

Admisibilidad

– Motivos de recurso formulados con carácter subsidiario [STS de 12 de noviembre de 1998; crónica XVI.2.D.a]

– Prestaciones a mutilados de guerra [ATS de 21 de septiembre de 1998; crónica XVI.2.D.b]

– Impugnación indirecta [ATS de 13 de octubre de 1998; crónica XVI.2.D.c.a'] [ATS de 6 de julio de 1998; crónica XVI.2.D.c.b'] y [ATS de 22 de junio de 1998; crónica XVI.2.D.c.c']

Inadmisibilidad

– Personal [ATS de 11 de septiembre de 1998; crónica XVI.2.E.a.a'] [ATS de 14 de septiembre de 1998; crónica XVI.2.E.a.b'] y [ATS de 14 de septiembre de 1998; crónica XVI.2.E.a.c']

Costas

– Intervención de los Letrados de las Comunidades Autónomas [STS de 20 de noviembre de 1998; crónica XVI.2.E.a]

RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

– Naturaleza [ATS de 28 de septiembre de 1998; crónica XVI.3.A.a]

RECURSO DE REVISIÓN

– Plazo [STS de 7 de diciembre de 1998; crónica XVI.4.A.a]

PROCEDIMIENTO DE LA LEY 62/1978, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

– Ámbito material [STS de 25 de septiembre de 1998; crónica XVI.5.A.a]

LEGISLACIÓN SOBRE MODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

JESÚS DEL OLMO
(Universidad de Alcalá)

El objetivo del presente trabajo¹ es insistir en la difusión² de la experiencia legislativa estadounidense sobre los medios extrajudiciales de resolución de conflictos administrativos. En ningún caso se pretende entrar en detalles, pues ello exigiría un estudio muy intenso. Simplemente se pretende realizar una exposición global que refleje la evolución legislativa del país en el que estas técnicas han alcanzado un mayor desarrollo.

Exigencias prácticas imponían la necesidad de encontrar una vía alternativa a la judicial para la resolución de conflictos administrativos. Al igual que ocurre en nuestro país, los procedimientos para solucionar las controversias administrativas ante los Tribunales habían devenido extremadamente lentos, formales y costosos. Además, la resolución dictada solía llegar demasiado tarde para poder hacer frente al problema planteado y, por otro lado, el haberse enfrentado las partes en un procedimiento contradictorio no potenciaba precisamente ulteriores relaciones que pudieran surgir entre ellas.

Por ello, en la práctica se fue imponiendo el recurso a estos mecanismos tan utilizados en el Derecho Privado, algo que sin duda alguna proporcionaba numerosos beneficios tanto a las agencias administrativas como a los particulares que con ellas se relacionaban. Con el fin de facilitar la introducción de estas técnicas en el Derecho Público, preparar a personal especializado y fomentar su utilización, la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos³ fue elaborando distintas recomendaciones, basadas en informes de pres-

(1) Este trabajo es fruto de una estancia de investigación llevada a cabo en la Harvard Law School durante el primer semestre de 1998. Quiero expresar mi agradecimiento al Real Colegio Complutense y al Prof. D. Miguel Sánchez Morón por su ayuda en la investigación. También quiero expresar mi agradecimiento a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que me permite disfrutar de una de sus becas predoctorales, y, en especial, a mis padres, mi hermano y mis amigos por su constante apoyo.

(2) El Prof. Delgado Piqueras, en un excelente trabajo, ya habló de esta importante Ley americana. Véase DELGADO PIQUERAS, F., "La 'Administrative Dispute Resolution Act' de los Estados Unidos: Introducción, Traducción y Notas". *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 1993, Págs. 557 a 585.

(3) La Conferencia Administrativa de los Estados Unidos (en adelante ACUS), fue establecida por ley en 1964 como una agencia independiente del gobierno federal. Su propósito y función era promover mejoras en la eficiencia, aptitud y justicia de los procedimientos por los cuales las agencias federales llevan a cabo sus programas, administran subvenciones y beneficios y ejercen las funciones relacionadas con el gobierno. Para este fin, la ACUS llevó a cabo investigaciones, emitió informes relativos a aspectos varios del proceso administrativo y, cuando existía justificación, realizaba recomendaciones al Presidente, al Congreso, a departamentos particulares y agencias, y al poder judicial sobre la necesidad de reformas procedimentales. Sin embargo, el Congreso norteamericano ha dado por terminadas las funciones de esta agencia en el Título IV de la *Treasury, Postal Service and General Government Appropriations Act* de 1995 (Ley Pública 104-52, de 19 de noviembre). Las razones argumentadas para ello, de carácter presupuestario, no resultan convincentes dado que la labor que la ACUS realizaba era fundamental para la implantación de estas mejoras que se estaban efectuando en el procedimiento administrativo estadounidense y, particularmente, en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos administrativos. El volumen 30, núm. 1 de la revista estadounidense *Arizona State Law Journal* está dedicado monográficamente a la ACUS y a las razones de su supresión.

tigiosos juristas especializados, sobre las que el Congreso norteamericano ha elaborado la legislación existente en la materia⁴. La legislación vigente, que reproducimos más adelante, es el resultado de tres leyes federales:

- La *Administrative Dispute Resolution Act*⁵ de 1990 (Ley Pública 101-552, de 15 de noviembre), redactada a partir de las recomendaciones de la ACUS, es la primera Ley que da cobertura legal a estos mecanismos (los cuales ya se venían utilizando en la práctica administrativa norteamericana). Esta Ley viene a introducir en el capítulo V del Título V del Código de los Estados Unidos⁶, relativo al procedimiento administrativo, un subcapítulo IV en el que se regulan estas técnicas (especialmente el arbitraje administrativo). Además, contiene modificaciones de otras leyes anteriores para actualizarlas a la nueva ley, facilitando así su aplicación.
- Este primer texto legislativo se ve actualizado por la *Administrative Procedure Technical Amendments Act* de 1991 (Ley Pública 102-354, de 26 de agosto de 1992), que realiza pequeñas modificaciones y correcciones de errores en la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 (Ley Pública 101-648, de 29 de noviembre)⁷ y en la *ADR Act* de 1990. Por otra parte, al incorporarse dichas leyes al USC, la *Administrative Procedure Technical Amendments Act* modifica la numeración de las secciones y subcapítulos del Capítulo V del Título V USC, así como de sus epígrafes, haciendo una exposición más sistemática de sus contenidos.
- Finalmente, la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 (Ley Pública 104-320, de 19 de octubre) vuelve a modificar la *ADR Act* de 1990, con el fin de actualizarla y subsanar los defectos detectados durante su vigencia. En sus secciones 1 a 10 introduce diversas enmiendas de entre las que destaca la reautorización de la *ADR Act* de 1990, la adecuación de su articulado a la desaparición de la ACUS y la supresión de la potestad del responsable de la agencia para finalizar el procedimiento arbitral o anular el laudo antes de que devenga definitivo. Por otra parte, en su sección 11, reautoriza con algunas modificaciones la *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 y, en su sección 12, modifica la sección 1491 del

(4) Entre estas recomendaciones destacan las siguientes:

- Administrative Conference of The United States; *Recommendation 86-3: Agencies' use of Alternative Means of Dispute Resolution*, 1986.
- Administrative Conference of The United States; *Recommendation 86-8: Acquiring the services of Neutrals for Alternative Means of Dispute Resolution*, 1986.
- Administrative Conference of The United States. *Recommendation 87-5: Assuring the fairness and acceptability of arbitration in federal programs*, 1987.
- Administrative Conference of The United States; *Recommendation 87-11: Alternatives for resolving government contract disputes*, 1987.
- Administrative Conference of The United States; *Recommendation 88-5: Agency use of settlement judges*, 1988.
- Administrative Conference of The United States; *Recommendation 88-11: Encouraging settlements by protecting mediator confidentiality*, 1988.
- Administrative Conference of The United States; *Recommendation 95-6: ADR Confidentiality and the Freedom of Information Act*, 1995.

(5) En adelante *ADR Act*.

(6) En adelante USC.

(7) Respecto del procedimiento de elaboración de reglamentos (*rulemaking*), hay que decir que, paralelamente a la legislación sobre medios alternativos de resolución de conflictos, se ha creado una legislación sobre elaboración negociada de normas reglamentarias, lo que ha provocado la introducción del subcapítulo III del Título V USC. Véase al respecto DEL OLMO ALONSO, JESÚS; "El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos", *Revista Vasca de Administración Pública*, Actualmente en publicación para el primer número de 1999.

Modos alternativos de resolución de conflictos administrativos

Título XXVIII USC, ampliando la jurisdicción del Tribunal de Demandas Federales de los Estados Unidos y de los Juzgados de Distrito de los Estados Unidos, de manera concurrente, sobre las demandas relacionadas con licitaciones en los contratos administrativos.

A continuación, pasamos a exponer la legislación vigente tras estas modificaciones, bien entendido que no se puede encontrar en Estados Unidos el texto vigente íntegro, sino que deben localizarse las tres leyes por separado. Para que pueda apreciarse dicha evolución y qué fragmentos corresponden a cada una de estas leyes haremos las oportunas indicaciones a pie de página.

Por otro lado, de acuerdo con el sistema de codificación estadounidense, todas las leyes pasan a integrarse dentro del USC. La sección 4 de la ADR Act introduce el mencionado subcapítulo IV que contiene la regulación esencial de estas técnicas, aunque otras disposiciones repartidas por este ingente Código regulan cuestiones conexas. En el momento de la recopilación de los materiales necesarios para la elaboración de este documento, en la biblioteca de la Harvard Law School no existía una versión actualizada del Código de los Estados Unidos a la Ley Pública 104-320, de 19 de octubre de 1996. Por tanto, este documento supone, en lo que a la materia objeto de estudio se refiere, una versión actualizada del Código de los Estados Unidos.

“ADMINISTRATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT”

Ley

Para autorizar y animar a las agencias federales al uso de la mediación, conciliación, arbitraje y otras técnicas para la rápida e informal resolución de los conflictos, y para otros propósitos.

Promulgada por el Senado y por la Casa de los Representantes de los Estados Unidos de América reunidos en el Congreso.

SECCIÓN 1. TÍTULO

Esta Ley puede ser citada como “Administrative Dispute Resolution Act (Ley de Resolución de Conflictos Administrativos)”.

SECCIÓN 2. FUNDAMENTOS

El Congreso considera que:

- 1) el procedimiento administrativo, como recoge el capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, y otras leyes, tiende a ofrecer unos mecanismos rápidos, técnicos y económicos de resolución de conflictos como alternativa a la litigiosidad en los tribunales federales;

- 2) los procedimientos administrativos se han convertido en crecientemente formales, costosos y duraderos, provocando innecesarios gastos de tiempo y haciendo cada vez más improbable el alcanzar una resolución consensuada de las disputas;
- 3) los medios alternativos de resolución de conflictos han sido usados en el sector privado durante muchos años y, en las adecuadas circunstancias, han producido decisiones que eran más rápidas, menos costosas y menos controvertidas;
- 4) los mencionados medios alternativos pueden conducir a resultados más creativos, eficientes y razonables;
- 5) dichos medios alternativos pueden ser utilizados de manera ventajosa en una amplia variedad de programas administrativos;
- 6) la explícita autorización para el uso de estas técnicas suficientemente contrastadas de resolución de conflictos eliminará la ambigüedad de la autoridad de las agencias de acuerdo con la legislación hasta ahora existente;
- 7) las agencias federales no solamente pueden recibir el beneficio de estas técnicas que fueron desarrolladas en el sector privado, sino que además deben tomar la iniciativa en su posterior desarrollo y perfeccionamiento;
- 8) la disponibilidad de un amplia variedad de procedimientos de resolución de conflictos, y la creciente mentalización de un uso más efectivo de los mismos mejorará la actuación del Gobierno y proporcionará un mejor servicio público.

SECCIÓN 3. PROMOCIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

- a) PROMULGACIÓN DE LA POLÍTICA DE LA AGENCIA: Cada agencia deberá adoptar un programa que trate el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos y la gestión de los casos. En el desarrollo de dicho programa, cada agencia deberá:
 - 1) consultar con la agencia designada por el Presidente conforme a la sección 573 del Título V, del Código de los Estados Unidos, o con la comisión que represente a diferentes agencias designada o establecida de la misma forma, para facilitar y fomentar el uso por dichas agencias de la resolución alternativa de conflictos regulada en el subcapítulo IV del capítulo V de dicho título⁸, y

(8) Este apartado ha sido modificado por la sección 4.a) de la ADR Act de 1996. Con anterioridad a dicha modificación disponía que cada agencia, en el desarrollo de sus programas sobre el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos, debería "consultar con la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos y con el Servicio Federal de Mediación y Conciliación". La sección 4 de la ADR Act de 1996 se ocupa de reflejar en la legislación vigente la clausura de la ACUS. Véase nota 3.

Modos alternativos de resolución de conflictos administrativos

- 2) examinar los medios alternativos de resolución de conflictos en conexión con:
 - A) procedimientos formales o informales de aprobación de actos administrativos;
 - B) elaboración de reglamentos;
 - C) actos de ejecución;
 - D) concesión y revocación de licencias y permisos;
 - E) contratos administrativos;
 - F) litigios interpuestos por o contra la agencia; y
 - G) otras actividades de la agencia.

- b) ESPECIALISTAS EN RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: El responsable de cada agencia deberá designar un alto funcionario para ser el especialista de la agencia en resolución de conflictos. Dicho funcionario deberá ser responsable del desarrollo:
 - 1) De las previsiones de esta Ley y de las modificaciones que realiza en otras leyes.
 - 2) De la política diseñada por la agencia conforme a la subsección a).

- c) FORMACIÓN: Cada agencia deberá proporcionar la formación básica en resolución de conflictos del especialista y de otros empleados dedicados a la puesta en práctica de la política de la agencia desarrollada bajo la subsección a). Dicha formación debería compaginar la teoría y la práctica de la negociación, mediación, arbitraje u otras técnicas similares a las anteriores. El especialista en resolución de conflictos deberá recomendar periódicamente al responsable de la agencia empleados que podrían beneficiarse de una formación similar.

- d) PROCEDIMIENTOS PARA CONCESIONES Y CONTRATOS:
 - 1) Cada agencia deberá revisar sus criterios generales par la conclusión de contratos, realización de concesiones y otras asistencias y deberá determinar si procede la modificación de cualquiera de ellos para autorizar y fomentar el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos.

 - 2) A) En el plazo de un año desde la fecha de aprobación de esta Ley, la *Federal Acquisition Regulation* (Regulación sobre Adquisiciones Federales) será modificada en lo que sea necesario para llevar a cabo las previsiones de esta Ley y de las modificaciones introducidas por ella.

B) A los efectos de esta sección, el término “*Federal Acquisition Regulation*” se refiere al sistema único de contratación del Estado cuya regulación se contiene

en la sección 6.a) de la *Office of Federal Procurement Policy Act* [Ley de la Oficina Federal del Programa de Contratación (41 USC § 405.a)].

SECCIÓN 4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

- a) AUDIENCIAS ADMINISTRATIVAS: La sección 556.c) del Título V, del Código de los Estados Unidos⁹, es enmendada:
- 1) insertando en el párrafo 6 antes del punto y coma, al final del texto que lo precede, lo siguiente: “o por el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos conforme a lo previsto en el subcapítulo IV de este capítulo”, y
 - 2) volviendo a numerar los párrafos 7 a 9 como párrafos 9 a 11, respectivamente, e insertando después del párrafo 6 los nuevos párrafos siguientes:
 - “7) informar a las partes acerca de la disponibilidad de uno o más medios alternativos de resolución de conflictos y fomentar el uso de dichos métodos;”
 - “8) requerir la asistencia a cualquier reunión mantenida siguiendo lo dispuesto en el párrafo 6 de al menos un representante de cada parte que tenga autoridad para negociar sobre la resolución de los asuntos en controversia;”
- b) MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Se enmienda el Capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, introduciendo al final el siguiente nuevo subcapítulo:

SUBCAPÍTULO IV: MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

571. Definiciones.
572. Autorización general.
573. Neutrales.
574. Confidencialidad.
575. Autorización del arbitraje.
576. Ejecución de los acuerdos de arbitraje.
577. Árbitros.
578. Potestades del árbitro.

(9) La sección 556 del Título V USC es la que regula el desarrollo de las audiencias requeridas tanto en el procedimiento de elaboración de reglamentos (*rulemaking* 5 USC § 553) como en el procedimiento formal de aprobación de resoluciones administrativas (*adjudication* 5 USC § 554). En concreto, el párrafo c) se refiere a las competencias del funcionario que preside la audiencia, entre otras la de mantener reuniones encaminadas al acuerdo y la simplificación de los asuntos con el consentimiento de las partes (párrafo 6). Tomo la nota de DELGADO PIQUERAS, *op. cit.*, pág. 572.

- 579. Procedimientos arbitrales.
- 580. Laudos arbitrales.
- 581. Revisión judicial.
- 583. Servicios de apoyo.
- 584. Asignaciones de fondos.

§ 571. Definiciones

A los efectos de este subcapítulo el término:

- 1) “Agencia” tiene el mismo significado que en la sección 551.1 de este Título¹⁰.
- 2) “Programa Administrativo” incluye cualquier actuación federal que comprenda la protección del interés público y la determinación de los derechos, prerrogativas y obligaciones de personas privadas mediante la aprobación de reglamentos, resoluciones administrativas, concesión de licencias, o realización de estudios, tal como dichos términos han sido utilizados en el subcapítulo II de este capítulo.
- 3) “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos” significa cualquier procedimiento que es usado para resolver asuntos en controversia, incluyendo, pero no limitándose a, conciliación, facilitación, mediación, determinación de hechos, mini-juicios, arbitraje y uso del defensor del pueblo y otras figuras afines¹¹, o cualquier combinación de los anteriores¹².
- 4) “Laudo” quiere decir cualquier decisión de un árbitro que resuelva los asuntos en controversia.
- 5) “Comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos” significa cualquier comunicación oral o escrita preparada con motivo de un procedimiento de resolución de conflictos, incluyendo cualquier informe, notas o trabajo producto del neutral o de las partes u otros participantes; con excepción de cualquier acuerdo escrito para entrar en un procedimiento de resolución de conflictos, o cualquier acuerdo final escrito o

(10) Conforme a la sección 551.1 del Título V USC “agencia” significa cualquier autoridad del Gobierno de los Estados Unidos, esté o no integrada en otra agencia o sujeta a su revisión, con exclusión del Congreso, los Tribunales de los Estados Unidos, los Gobiernos de los territorios o posesiones de los Estados Unidos y el Gobierno del Distrito de Columbia. También exceptuando, conforme a los requerimientos de la sección 552 de este Título, a las agencias compuestas de representantes de las partes o de representantes de organizaciones de las partes para las disputas determinadas por ellas, a los Tribunales castrenses y comisiones militares, a las autoridades militares ejercidas en dicho ámbito para tiempos de guerra o en territorio ocupado...

(11) En la legislación norteamericana no sólo existe la figura del Defensor del Pueblo tal como nosotros la conocemos, sino que existen defensores especializados en cada una de las agencias, departamentos y demás entidades administrativas que se ocupan de resolver las quejas legales del personal que en ellos desarrolla sus actividades. Por poner un ejemplo, en las Universidades americanas existen estos ombuds que se encargan de intentar resolver dichas quejas, evitando así la litigiosidad. Debido a su función, la ADR Act de 1996 incluye su utilización dentro de la definición de medios alternativos de resolución de conflictos.

(12) Parágrafo modificado por la sección 2.1 de la ADR Act de 1996. Sobre la definición genérica de los diferentes medios extrajudiciales de resolución de conflictos administrativos véase Administrative Conference of The United States; Recommendation 86-3: Agencies’ use of Alternative Means of Dispute Resolution, 1986.

laudo arbitral, alcanzados como resultado de un procedimiento de resolución de conflictos.

- 6) “Procedimiento de resolución de conflictos” quiere decir cualquier procedimiento en el que, tras nombrar un neutral, partes determinadas utilizan un medio alternativo de resolución de conflictos para resolver un asunto en controversia.
- 7) “Confidencial” quiere decir, con respecto a la información utilizada, que dicha información es proporcionada:
 - A) con la intención expresa de que la fuente no va a ser revelada, o
 - B) bajo circunstancias que supongan una expectativa fundada en favor de la fuente de que tal información no será revelada.
- 8) “Asunto en controversia” se refiere a un asunto que es sustancial para una decisión relativa a un programa administrativo de una agencia y respecto del cual existe un desacuerdo:
 - A) entre una agencia y las personas que van a ser afectadas significativamente por la decisión, o
 - B) entre personas que van a ser afectadas significativamente por la decisión¹³.
- 9) “Neutral” significa un individuo que, con respecto a un asunto en controversia, ejerce sus funciones específicamente para ayudar a las partes en la resolución de dicho conflicto.
- 10) “Parte” quiere decir:
 - A) respecto de un procedimiento con partes identificadas, lo mismo que en la sección 551.3 de este Título¹⁴, y
 - B) respecto de un procedimiento sin determinación de partes, cualquier persona que va a ser significativamente afectada por la decisión a que dé lugar el procedimiento y que participe en el mismo.

(13) La sección 2.2 de la ADR Act de 1996 suprime la mención final de este párrafo 8 que establecía lo siguiente: “con excepción de que tal término no debe incluir cualquier asunto especificado bajo la sección 2302 o 7121.c) de este Título”. La sección 2302 del Título V USC hace referencia a las prácticas prohibidas en materia de personal (nombramiento, promoción, traslado ...) Por su parte, la sección 7121.c) del Título V USC habla de las quejas o reclamaciones de los empleados públicos (actividades políticas, jubilación, suspensión ...) El contenido de estas dos secciones puede ser ahora un asunto de controversia conforme dispone la sección 571.8 del Título V USC

(14) Según la sección 551.3 del Título V USC se entiende por parte a cualquier persona o agencia nombrada o admitida como parte, o que está solicitando adecuadamente y tiene el derecho a ser admitida como parte, en un procedimiento seguido ante una agencia, y cualquier persona o agencia admitida por una agencia como parte para determinados efectos.

- 11) “Persona” tiene el mismo significado que en la sección 551.2 de este Título¹⁵, y
- 12) “Lista” quiere decir una lista de personas calificadas para prestar servicios como neutrales.

§ 572. Autorización General

- a) Una agencia puede utilizar cualquier procedimiento de resolución de conflictos para la resolución de cualquier asunto en controversia que afecte a un programa administrativo, si las partes acuerdan tal procedimiento.
- b) Dicha agencia no deberá considerar la utilización de un procedimiento de resolución de conflictos si:
 - 1) una resolución definitiva o interpretativa del asunto es requerida con valor de precedente, y resulta improbable que dicho procedimiento sea aceptado generalmente como un precedente interpretativo;
 - 2) la cuestión implica o puede afectar a cuestiones significativas de política del Estado que requieran procedimientos adicionales antes de que una resolución final sea adoptada, y el mencionado procedimiento no serviría probablemente para desarrollar una política recomendada por la agencia;
 - 3) el mantenimiento de políticas establecidas resulta de especial importancia, de modo que las diferencias entre las decisiones individuales no se vean aumentadas y el mencionado procedimiento no alcanzaría probablemente resultados homogéneos entre las decisiones individuales;
 - 4) el asunto afecta significativamente a personas u organizaciones que no son partes en el procedimiento;
 - 5) un completo expediente público del procedimiento es de especial importancia, y un procedimiento de resolución de conflictos no es susceptible de proporcionarlo;
 - 6) la agencia debe mantener jurisdicción continuada sobre la cuestión con autoridad para alterar la disposición del asunto a la luz del cambio de las circunstancias, y un procedimiento de resolución de conflictos interferiría con el cumplimiento por la agencia de ese requerimiento.

(15) La sección 551.2 del Título V USC incluye dentro del concepto de persona a cualquier individuo, comunidad, sociedad, asociación u organización pública o privada distinta de una agencia.

- c) Los medios alternativos de resolución de conflictos autorizados conforme a este subcapítulo son procedimientos voluntarios, que, en lugar de limitar, complementan otras técnicas de resolución de conflictos que se encuentren a disposición de la agencia.

§ 573. Neutrales

- a) Un neutral puede ser un funcionario o empleado del Gobierno Federal, permanente o temporal, o cualquier otro individuo que sea aceptado por las partes para un procedimiento de resolución de conflictos. El neutral no deberá tener un conflicto de intereses oficiales, económicos o personales con respecto a los asuntos en controversia, a menos que dicho interés sea completamente revelado a todas las partes por escrito y todas ellas acuerden que el neutral puede desempeñar sus funciones.
- b) Un neutral que actúa como conciliador, facilitador o mediador desempeña sus funciones conforme a la voluntad de las partes.
- c) El Presidente deberá designar una agencia, o designará o establecerá una comisión que represente a distintas agencias, para facilitar y fomentar el uso por éstas de la resolución de conflictos regulada en este subcapítulo. Dicha agencia o comisión entre agencias, en consulta con las agencias federales adecuadas y con organizaciones profesionales experimentadas en los asuntos relativos a la resolución de conflictos, deberá:
- 1) promover y facilitar el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos por las agencias, y
 - 2) desarrollar procedimientos que permitan a las agencias obtener los servicios de neutrales de una forma rápida¹⁶.
- d) Una agencia puede usar los servicios de uno o más empleados de otras agencias para actuar como neutrales en los procedimientos de resolución de conflictos. Entre sí, las agencias pueden establecer un acuerdo que determine el reembolso por la agencia

(16) La sección 7.b).1 de la ADR Act de 1996 ha suprimido, como consecuencia de la desaparición de la ACUS, el antiguo apartado c), sustituyéndolo por uno nuevo. Con anterioridad a esta modificación la sección 573.c) establecía:

“En consulta con el Servicio Federal de Mediación y Conciliación, otras agencias federales que resulten apropiadas y organizaciones profesionales experimentadas en los asuntos relativos a resolución de conflictos, la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos deberá:

- 1) establecer criterios generales sobre neutrales (incluyendo experiencia, preparación, afiliaciones, diligencia, reales o potenciales conflictos de interés y otras cualificaciones) a los cuales las agencias pueden remitirse;
- 2) mantener una lista de individuos que cumplan tales criterios y estén cualificados para actuar como neutrales, la cual deberá estar a disposición de quienes la soliciten;
- 3) contratar los servicios de neutrales que puedan ser utilizados por las agencias de la forma elegida en los procedimientos de resolución de conflictos;
- 4) desarrollar procedimientos que permitan a las agencias obtener los servicios de neutrales de una forma rápida.”

Modos alternativos de resolución de conflictos administrativos

usuario o por las partes de la totalidad o parte de los costes por los servicios de dicho empleado.

- e) Cualquier agencia puede contratar¹⁷ a cualquier persona¹⁸ para que preste sus servicios como neutral, o para recibir formación en relación con los medios alternativos de resolución de conflictos. Las partes en un procedimiento de resolución de conflictos deberán acordar, en relación con la retribución del neutral, que es justa y razonable para el Gobierno.

§ 574. Confidencialidad

- a) Excepto lo previsto en las subsecciones d) y e), un neutral que ejerza sus funciones en un procedimiento de resolución de conflictos no deberá revelar voluntariamente, o ser requerido a desvelar en un proceso de investigación o de ejecución¹⁹ cualquier comunicación mantenida en dicho procedimiento o cualquier comunicación que reciba confidencialmente, a menos que:

- 1) todas las partes y el neutral del procedimiento de resolución de conflictos lo consientan por escrito y, si tal comunicación fuera realizada por un participante que no fuera parte en el procedimiento, el participante lo consienta también por escrito;
- 2) la comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos ya haya sido hecha pública;
- 3) la comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos deba ser hecha pública en virtud de Ley, pero un neutral deberá hacer tal comunicación pública sólo si ninguna otra persona está razonablemente en disposición de revelar tal comunicación, o
- 4) un tribunal determine que tal testimonio o revelación es necesario para:
 - A) impedir una injusticia manifiesta;
 - B) ayudar a determinar una vulneración de la Ley, o
 - C) prevenir daños a la salud o seguridad pública, de suficiente magnitud en el

(17) Respecto a la contratación de neutrales hay que decir que la sección 7 de la ADR Act de 1996 introduce dos ligeras modificaciones en los procedimientos de contratación. En primer lugar, introduce en la sección 2304.c).3.C) del Título X USC, relativa a los requisitos de contratación de servicios profesionales en la Agencia de Defensa, la posibilidad de adquirir los servicios de un experto o neutral. En segundo lugar, incluye también esta posibilidad en la sección 253.c).3.C) del Título XLI USC, relativa a requisitos competitivos en los contratos federales.

(18) En este punto y como consecuencia de la supresión del antiguo apartado c) de la sección 573, la sección 7.b).2 de la ADR Act de 1996 ha suprimido el siguiente fragmento: "incluida en una lista establecida bajo la subsección c).2, o en una lista mantenida por otras organizaciones públicas o privadas, o a un particular".

(19) En este punto la sección 3.a) de la ADR Act de 1996 ha suprimido la expresión "cualquier información relativa a". Lo mismo ha hecho en el apartado b) de esta sección 574.

caso particular como para compensar una vulneración a la integridad de los procedimientos de resolución de conflictos en general, al reducir la confianza de las partes en que sus comunicaciones permanezcan confidenciales en casos futuros.

- b) Una parte en un procedimiento de resolución de conflictos no deberá voluntariamente revelar, o ser requerida en un proceso de investigación o de ejecución a revelar cualquier comunicación realizada en dicho procedimiento, a menos que:
- 1) la comunicación fuera preparada por la parte buscando su revelación;
 - 2) todas las partes del procedimiento de resolución de conflictos lo consientan por escrito;
 - 3) la comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos ya haya sido hecha pública;
 - 4) la comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos deba ser hecha pública en virtud de Ley;
 - 5) un tribunal determine que tal testimonio o revelación es necesario para:
 - A) impedir una injusticia manifiesta;
 - B) ayudar a determinar una vulneración de la Ley, o
 - C) prevenir daños a la salud o seguridad pública, de suficiente magnitud en el caso particular como para compensar una vulneración a la integridad de los procedimientos de resolución de conflictos en general, al reducir la confianza de las partes en que sus comunicaciones permanezcan confidenciales en casos futuros;
 - 6) la comunicación sea relevante para determinar la existencia o significado de un acuerdo o laudo que resulte del procedimiento de resolución de conflictos o para la ejecución de dicho acuerdo o laudo, o
 - 7) la comunicación estuviera realizada para o a disposición de todas las partes del procedimiento de resolución de conflictos, excepto cuando se trate de comunicaciones realizadas por un neutral²⁰.
- c) Toda comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos que sea revelada vulnerando la subsección a) o b) no deberá ser admitida en ningún procedimiento relativo a los asuntos en controversia con respecto a los cuales se realizó dicha comunicación.

(20) La sección 3.b) de la ADR Act de 1996 ha introducido esta salvedad final al contenido de la sección 574.b).7 del Título V USC

Modos alternativos de resolución de conflictos administrativos

- d). 1) Las partes pueden acordar procedimientos confidenciales alternativos para revelaciones efectuadas por el neutral. Respecto de dicho acuerdo, las partes deberán informar al neutral antes del comienzo del procedimiento de resolución de conflictos en relación con cualquier modificación de las previsiones de la subsección a) que regirán la confidencialidad de dicho procedimiento. En tanto que las partes no informen al neutral, se aplicará la subsección a).
- 2) Para permitir la aplicación de la excepción establecida conforme a la subsección j), un procedimiento confidencial alternativo acorde con lo previsto en esta subsección no puede prever una menor revelación que otros procedimientos confidenciales regulados bajo esta sección²¹.
- e) Si, bien por vía de una petición de investigación o por otro proceso legal, se realizara al neutral una solicitud de revelación relativa a una comunicación de un procedimiento de resolución de conflictos, el neutral deberá efectuar esfuerzos razonables para notificar dicha solicitud a las partes y a cualquier participante afectado que no sea parte. Cualquier parte o cualquier participante afectado que no sea parte, que reciba tal notificación y que en los 15 días siguientes no ofrezca defender un rechazo a que el neutral desvele la información requerida, habrá renunciado a realizar cualquier objeción a dicha revelación.
- f) Nada en esta sección impedirá la investigación o la admisibilidad de cualquier prueba que pueda ser conocida de otra forma, simplemente porque la prueba fue presentada en el curso de un procedimiento de resolución de conflictos.
- g) Las subsecciones a) y b) no tendrán efecto sobre la información y datos que sean necesarios para documentar un acuerdo alcanzado o resolución dictada siguiendo un procedimiento de resolución de conflictos.
- h) Las subsecciones a) y b) no impedirán la compilación de información para propósitos educativos o de investigación, en cooperación con otras agencias, entidades gubernamentales, o programas de resolución de conflictos, siempre que las partes y los asuntos específicos en controversia no resulten identificables.
- i) Las subsecciones a) y b) no impedirán el uso de una comunicación realizada en un procedimiento de resolución de conflictos para resolver una controversia entre el neutral de dicho procedimiento y una parte o participante en el mismo, siempre que tal comunicación sea revelada solamente en la extensión necesaria para su resolución.

(21) La sección j), alterada también por la sección 3.d) de la ADR Act de 1996, establece que, de la normativa reguladora del derecho de acceso a archivos y registros administrativos [contenida en la sección 552.b).3 del Título V USC], se excluye el derecho de acceder a las comunicaciones mantenidas entre el neutral y las partes, siempre que no deban ser reveladas conforme a lo establecido en la sección 574 del Título V USC. Para que esta exención pueda producirse respecto de los procedimientos confidenciales alternativos previstos en la sección 574.d).1, éstos no deben reducir aun más los motivos que permiten la revelación de estas comunicaciones (excepcionando con ello la aplicación del deber de no revelar comunicaciones efectuadas en un procedimiento de resolución de conflictos) y que se contienen también en esta sección 574. Si los procedimientos confidenciales alternativos mantienen o aumentan estas causas (permitiendo por tanto una revelación igual o mayor, pero no menor), se puede aplicar la sección 574.j) en virtud de la cual las comunicaciones quedan excluidas del derecho de acceso a archivos y registros. Esta interpretación puede ser bastante discutida, dado que la farragosidad del legislador norteamericano se ha acentuado más en el apartado que nos ocupa.

- j) Una comunicación efectuada en un procedimiento de resolución de conflictos entre un neutral y una de las partes, y que no puede ser revelada conforme a lo dispuesto en esta sección, también deberá estar excluida de revelación bajo la sección 552.b).3²².

§ 575. Autorización del arbitraje

- a).1) El arbitraje puede ser usado como un medio alternativo de resolución de conflictos siempre que todas las partes lo consientan. Dicho consentimiento puede ser obtenido tanto antes como después de que haya surgido el asunto controvertido. Una parte puede acordar:
- A) someter solamente a arbitraje ciertos asuntos en conflicto, o
 - B) el arbitraje con la condición de que el laudo debe estar dentro de una lista de posibles resultados.
- 2) El acuerdo por el que se someta la resolución de un asunto a un árbitro deberá realizarse por escrito. Cada acuerdo de arbitraje deberá especificar un límite máximo al laudo que puede ser emitido por el árbitro y podrá especificar otras condiciones limitando el ámbito de posibles resultados²³.
- 3) Una agencia no puede requerir a ninguna persona que consienta el arbitraje, como condición para realizar un contrato u obtener una prestación.
- b) Un funcionario o empleado de una agencia no deberá ofrecer el uso del arbitraje para la resolución de los asuntos en controversia²⁴, a menos que dicho funcionario o empleado:
- 1) pudiera de cualquier manera tener autoridad para llegar a un acuerdo relativo a la materia en conflicto, o
 - 2) esté de otro modo específicamente autorizado por una agencia para consentir el uso del arbitraje.
- c) Antes de usar el arbitraje vinculante regulado en este subcapítulo, el responsable de la agencia, en consulta con el *Attorney General*²⁵ y después de tener en cuenta los factores

(22) Véase nota anterior.

(23) Este segundo apartado ha sido introducido por la sección 8.c) de la ADR Act de 1996, que además ha sustituido a principio del párrafo “cualquier acuerdo” por “el acuerdo”.

(24) La sección 8.c).3 de la ADR Act modifica el tenor de esta sección 575.a).2 ya que antes comenzaba diciendo: “Un funcionario o empleado de una agencia puede proponer el uso del arbitraje para la resolución de los asuntos en controversia si,”. También modifica el inicio del párrafo 1 de la sección 575.b) que antes comenzaba “tenga autoridad” y ahora dispone “pudiera de cualquier manera tener autoridad”.

(25) El *Attorney General* es el máximo responsable del *Justice Department* norteamericano. Equivale por tanto al Ministro de Justicia.

previstos en la sección 572.b), emitirá directrices sobre el uso apropiado del arbitraje vinculante y sobre cuándo un funcionario o empleado de la agencia tiene autoridad para arreglar un asunto en controversia a través del arbitraje vinculante²⁶.

§ 576. Ejecución de los acuerdos de arbitraje

Un acuerdo para someter a arbitraje un asunto, al que sea de aplicación este subcapítulo, es ejecutable conforme a la sección 4 del Título IX²⁷, y ninguna acción presentada para ejecutar dicho acuerdo deberá ser desestimada ni la ayuda para su presentación denegada en base a que es contrario a los Estados Unidos o que los Estados Unidos son una parte indispensable.

§ 577. Árbitros

- a) Las partes en un procedimiento de arbitraje tienen derecho a participar en la selección del árbitro.
- b) El árbitro deberá ser un neutral que cumpla los criterios de la sección 573 de este Título.

§ 578. Potestades del árbitro

Un árbitro al que es atribuido un conflicto conforme a lo establecido en este subcapítulo, puede:

- 1) dirigir y regular el curso de las audiencias arbitrales;
- 2) ocuparse de juramentos y declaraciones;
- 3) exigir la asistencia de testigos y la práctica de pruebas en la audiencia conforme a las previsiones de la sección 7 del Título IX²⁸, únicamente en la medida en que la agencia afectada esté autorizada por ley para ello, y
- 4) emitir laudos.

(26) Subsección introducida por la sección 8.c).4 de la ADR Act de 1996.

(27) El Título IX USC recoge la Federal Arbitration Act (Ley Federal de Arbitraje) de 1925 con sus modificaciones posteriores. La sección 4 de este Título regula el procedimiento por el que cualquier parte agraviada por el fracaso, negligencia o rechazo de otra al arbitraje acordado por escrito puede solicitar su ejecución ante cualquier Tribunal de Distrito de los Estados Unidos que resulte competente, mediante una acción civil. Tomo la nota de DELGADO PIQUERAS, *op. cit.*, pág. 578.

(28) La sección 7 del Título IX USC regula la realización en un procedimiento arbitral de citaciones a testigos o a otras personas que deban aportar documentos probatorios. Los árbitros pueden compeler a dichas personas para que comparezcan en la misma forma que se prevé respecto de los tribunales de los Estados Unidos.

§ 579. Procedimientos arbitrales

- a) El árbitro deberá fijar tiempo y lugar para celebrar la audiencia sobre el conflicto y lo deberá notificar a las partes con un mínimo de 5 días de antelación respecto de la celebración de dicha audiencia.
- b) Toda parte que desee un expediente de la audiencia deberá:
- 1) ser responsable de la preparación de dicho expediente;
 - 2) notificar a las otras partes y al árbitro su preparación;
 - 3) suministrar copias a todas las partes identificadas y al árbitro, y
 - 4) pagar todos los costes que del expediente se deriven, a menos que las partes acuerden otra cosa o el árbitro determine que los costes deben ser repartidos.
- c)
- 1) Las partes en el procedimiento arbitral tienen derecho a ser oídas, a presentar pruebas materiales sobre la controversia y a preguntar a los testigos en su comparecencia en la fase de audiencia.
 - 2) El árbitro puede, con el consentimiento de las partes, dirigir la totalidad o parte de la audiencia por teléfono, televisión, ordenador, u otros medios electrónicos, siempre que cada parte tenga la oportunidad de participar.
 - 3) La audiencia deberá realizarse con celeridad y de una manera informal.
 - 4) El árbitro puede recibir cualquier prueba oral o documental, excepto las que sean irrelevantes, inconsistentes, excesivamente repetitivas, o privilegiadas, en cuyo caso podrá excluirlas.
 - 5) El árbitro deberá interpretar y aplicar las previsiones legales y reglamentarias que resulten relevantes, los precedentes legales y las directrices marcadas por los programas.
- d) Ninguna persona interesada hará o provocará a sabiendas que se haga al árbitro una comunicación *ex parte*²⁹ no autorizada que resulte relevante a los efectos del procedimiento, excepto acuerdo en contrario de las partes. Si alguna comunicación fuera realizada infringiendo lo dispuesto en esta subsección, el árbitro deberá asegurar que un informe de dicha comunicación es preparado y realizado como pieza separada del expediente, y que se permite una oportunidad para su refutación. Una vez recibida una comunicación realizada en infracción de esta subsección, el árbitro puede, de acuerdo con los intereses de la justicia y los principios inspiradores de este subcapítulo, requerir a la parte infractora para que muestre la causa por la que lo solicitado por dicha parte no debería ser considerado en su contra como resultado de una conducta impropia.

(29) Se denominan *ex parte* las comunicaciones realizadas al árbitro fuera de la audiencia y que, por realizarse al margen del cauce que permite una igualdad de defensa para las partes en el contencioso, están prohibidas. Esta garantía es fundamental en el procedimiento administrativo formal norteamericano, ya que la decisión pública ha de basarse exclusivamente en la prueba recogida en el expediente. Tomo la nota de DELGADO PIQUERAS, *op. cit.*, pág. 579.

Modos alternativos de resolución de conflictos administrativos

- e) El árbitro deberá emitir un laudo dentro de los 30 días siguientes a la finalización de la audiencia, o de la fecha de presentación de cualquier documento autorizado por el árbitro, cuando dicha fecha sea posterior, a menos que:
- 1) las partes acuerden cualquier otro límite de tiempo, o
 - 2) la agencia establezca reglamentariamente un límite de tiempo diferente.

§ 580. Laudos arbitrales

- a)
 - 1) A no ser que la agencia disponga reglamentariamente otra cosa, el laudo dictado en un procedimiento arbitral con arreglo a lo dispuesto en este subcapítulo deberá incluir una exposición breve e informal de los criterios fácticos y jurídicos en que se basa dicho laudo, pero no se requerirán fundamentos de hecho o conclusiones jurídicas de manera formal.
 - 2) Las partes vencedoras deberán presentar el laudo a todas las agencias relacionadas con el mismo, junto con prueba de la entrega a todas las partes.
- b) El laudo en un procedimiento arbitral deberá ser definitivo transcurridos 30 días desde que fue comunicado a todas las partes. Cualquier agencia que sea parte en el procedimiento puede ampliar ese período de 30 días por otro período adicional de 30 días, siempre que comunique dicha ampliación a todas las otras partes antes de la finalización del primer plazo de 30 días.
- c³⁰⁾ Un laudo definitivo es vinculante para las partes de un procedimiento arbitral, y puede ser ejecutado conforme a lo dispuesto en las secciones 9 a 13 del Título

(30) La sección 8.a) de la ADR Act de 1996 ha suprimido las subsecciones c), f) y g), y ha reestructurado las subsecciones d) y e) como subsecciones c) y d). Estas subsecciones habían sido muy polémicas en cuanto, al permitir a la agencia la terminación del procedimiento arbitral en que era parte o la anulación del laudo en él emitido antes de que fuera definitivo, generaban mucha desconfianza entre los particulares. Para fomentar el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos se ha optado por suprimir dicha prerrogativa. A continuación reproducimos las subsecciones suprimidas:

“c) El responsable de una agencia que es parte en un procedimiento arbitral, llevado a cabo de acuerdo con lo previsto en este subcapítulo, está autorizado para finalizar el procedimiento o dejar sin efecto cualquier laudo elaborado conforme al mismo antes de que el laudo se convierta en definitivo comunicándolo por escrito al resto de las partes, en cuyo caso el laudo se convertirá en nulo e inválido. Se deberá realizar una comunicación a todas las partes del procedimiento arbitral de cualquier solicitud por una parte, participante no parte u otra persona para que el responsable de la agencia concluya el procedimiento arbitral o anule el laudo. Un empleado o agente encargado del desempeño de funciones de investigación o acusación por una agencia no puede, en este caso o en otro con el que exista una relación de hecho, aconsejar sobre una decisión, tomada conforme a esta subsección, de finalizar un procedimiento de arbitraje o anular un laudo arbitral, excepto como testigo o asesor en procedimientos públicos.

f) Un laudo arbitral que es anulado conforme a lo dispuesto en la subsección c) no deberá resultar admisible en ningún procedimiento relativo a los asuntos en controversia sobre los que versaba el laudo.

g) Si el responsable de una agencia anula un laudo, conforme se dispone en la subsección c), cualquier parte en el arbitraje (que no sean los Estados Unidos) puede, en los 30 días siguientes a dicha acción, elevar al responsable de la agencia una petición de reembolso de los honorarios y otros gastos [conforme se define en la sección 504.b).1.A) de este Título] efectuados en relación con el procedimiento arbitral. El responsable de la agencia deberá abonar a la parte solicitante aquellos honorarios y gastos en que no habría incurrido si no hubiera existido dicho procedimiento arbitral, a menos que dicho responsable de la agencia o la persona por él designada encuentren qué circunstancias especiales harían que tal reintegro fuera injusto. Los procedimientos para examinar las solicitudes de reintegro deberán, cuando sea apropiado, ser coherentes con lo expuesto en la subsección a).2 y 3 de la sección 504 de este Título. Tales honorarios y gastos deberán ser pagados con los fondos de la agencia que anuló el laudo.”

IX³¹. Ninguna acción presentada para ejecutar este laudo deberá ser desestimada ni la ayuda para su presentación denegada en base a que es contrario a los Estados Unidos o que los Estados Unidos son una parte indispensable.

- d) Un laudo emitido conforme a este subcapítulo en un procedimiento arbitral no puede servir como un *estoppel*³² en cualquier otro procedimiento respecto de un asunto que haya sido resuelto en el primero. Además dicho laudo no puede ser usado por una agencia como precedente o ser considerado de otra manera en otro procedimiento con el que no exista relación de hechos alguna, cuando éste se lleve a cabo bajo las previsiones de este subcapítulo por una agencia, o ante un tribunal, o en cualquier otro procedimiento arbitral.

§ 581. Revisión judicial

- a) No obstante lo dispuesto en otra previsión legal, cualquier persona afectada negativamente o agraviada por un laudo, realizado en un procedimiento arbitral llevado a cabo conforme a este subcapítulo, puede interponer una acción para la revisión de dicho laudo, solamente cuando concurra alguna de las causas previstas en las secciones 9 a 13 del Título IX.

b³³) La decisión de una agencia para usar o no usar un procedimiento de resolución de conflictos regulado en este subcapítulo, será dejada a la discreción de la agencia y no quedará sujeta a revisión judicial, exceptuándose el arbitraje que estará sometido a revisión judicial conforme a lo dispuesto en la sección 10.b) del Título IX³⁴.

(31) En dichas secciones del Título IX USC se regulan, entre otras materias, la enumeración de las causas que permiten la anulación de los laudos arbitrales y el procedimiento a seguir para que ésta se lleve a cabo, su posible modificación y revisión, la notificación de ello a las partes, la ejecución del laudo por el tribunal que las partes designaran en el acuerdo de sumisión de la controversia a arbitraje (o en su defecto del Juzgado de Distrito que corresponda al lugar donde el laudo fue emitido), etc.

(32) En *common law* existe el principio conocido como *estoppel* que hace referencia a la idea de que nadie debe poder beneficiarse de sus propias violaciones del derecho. Tomo la nota de DELGADO PIQUERAS, *op. cit.*, pág. 580.

(33) La sección 8.b) de la ADR Act de 1996 modifica esta sección 581.b, [pensamos que hay una errata al decirse en la sección 8.b) que debe modificarse la sección 581.d) del Título V USC, ya que tal sección d) no existe y los cambios se realizan sobre la sección 581.b)]. Tal modificación consiste en suprimir, como consecuencia de la desaparición de la antigua sección 580.c), el párrafo 2 de la subsección 581.b) y; al quedar un único párrafo, eliminar el número 1 después de la letra b) del antiguo primer párrafo. En el antiguo párrafo 2 se decía lo siguiente:

“2) La decisión del responsable de la agencia prevista en la sección 580 de terminar un procedimiento arbitral o anular un laudo arbitral, se confiará a la discrecionalidad de la agencia y no quedará sujeta a revisión judicial.”

(34) Ver sección 5 de esta misma Ley.

§ 582. Sección derogada³⁵

§ 583. Servicios de apoyo

A los efectos de este subcapítulo, una agencia puede usar (con o sin contraprestación) los servicios e instalaciones de otras agencias federales, gobiernos estatales, locales y tribales³⁶, agencias y organizaciones públicas o privadas, y particulares, con el consentimiento de tales agencias, organizaciones y particulares. Una agencia puede aceptar servicios voluntarios y sin contraprestación a los efectos de este subcapítulo, sin tener en cuenta las previsiones de la sección 1342 del Título XXXI³⁷.

§ 584. Asignaciones de fondos

Se autoriza la asignación de las sumas que sean necesarias para llevar a cabo los propósitos de este subcapítulo³⁸.

SECCIÓN 5. REVISIÓN JUDICIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES

La sección 10 del Título IX, del Código de los Estados Unidos, es enmendada:

- 1) volviendo a estructurar las secciones a) a e) como párrafos 1 a 5, respectivamente;
- 2) eliminando “en uno” e insertando en lugar de lo anterior “en cualquier”, y

(35) Como consecuencia de la supresión de la ACUS, la sección 4.b) de la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 ha derogado la antigua sección 582 y ha suprimido también su epígrafe correspondiente en la tabla de secciones. La antigua sección 582 disponía lo siguiente:

“§ 582. Recopilación de información

El Presidente de la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos recopilará y conservará información sobre el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos en los procedimientos que lleven a cabo las agencias. Las agencias, a petición del Presidente de la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos, deberán aportar dicha información, conforme sea requerida, para permitir al Presidente cumplir con esta sección”.

(36) Esta mención a los gobiernos estatales, locales y tribales ha sido introducida por la sección 5 de la *ADR Act* de 1996.

(37) La sección 1342 del Título XXXI USC dispone lo siguiente:

“§ 1342. Limitación sobre servicios voluntarios

Un funcionario o empleado del Gobierno de los Estados Unidos o del Gobierno del Distrito de Columbia no puede aceptar otros servicios voluntarios de los Gobiernos anteriormente mencionados o emplear servicios personales que excedan de los autorizados por ley excepto para emergencias que afecten a la seguridad de la vida humana o a la protección de la propiedad. Esta sección no es de aplicación a ninguna sociedad que consiga sumas para hacer préstamos (excepto las pagadas en sumas de capital) sin la responsabilidad legal del Gobierno de los Estados Unidos. Según es usado en esta sección, el término ‘emergencias que afecten a la seguridad de la vida humana o a la protección de la propiedad’ no incluye funciones regulares y en proceso del Gobierno, cuya suspensión no amenazaría de manera inminente la seguridad de la vida humana o la protección de la propiedad”.

(38) La sección 584 ha sido introducida en el Título V USC por la sección 10 de la *ADR Act* de 1996, que también ha insertado el epígrafe correspondiente en la tabla de secciones.

3) añadiendo al final de la sección lo siguiente:

“b) El Juzgado de Distrito de los Estados Unidos, que pertenezca al distrito donde un laudo fue emitido de acuerdo con lo previsto en la sección 580 del Título V, puede dictar una orden anulándolo a solicitud de una persona, que no sea parte del arbitraje, y que resulte agravada o afectada negativamente por dicho laudo, si el uso del arbitraje o el laudo son claramente contrarios a los criterios expuestos en la sección 572 del Título V”.

SECCIÓN 6. RECLAMACIONES SOBRE CONTRATOS DEL ESTADO

a) MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Se enmienda la sección 6 de la Ley de Conflictos Contractuales (*Contract Disputes Act of 1978*, 41 USC § 606) incorporando al final de la misma las siguientes nuevas subsecciones:

“d) Sin perjuicio de cualquier otra previsión de esta Ley, un contratista y un funcionario contratante pueden usar para resolver posibles reclamaciones cualquiera de los medios alternativos de resolución de conflictos regulados en el subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, u otros procedimientos acordados mutuamente. El contratista deberá certificar la reclamación cuando sea requerido para ello conforme prevé la sección c).1 o conforme a cualquier otra previsión legal³⁹. Todas las previsiones del subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, se aplicarán a dichos medios alternativos de resolución de conflictos.”

e) DEROGADO⁴⁰.

b) REVISIÓN JUDICIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES: La sección 8.g) de la Ley de Conflictos Contractuales de 1978 [41 USC § 607.g)] es enmendada introduciendo al final de la misma el siguiente nuevo párrafo:

“3) Un laudo emitido por un árbitro de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley podrá ser revisado de acuerdo con las secciones 9 a 13 del Título IX, del Código de los Estados Unidos, excepto que el tribunal pueda anular o limitar cualquier laudo que considere infractor de las limitaciones impuestas por una ley federal.”

(39) La sección 5 de la ADR Act de 1996 ha suprimido la segunda frase introduciendo esta previsión. La frase suprimida venía a decir lo siguiente: “En caso de que dichos medios alternativos de resolución de conflictos u otros procedimientos mutuamente aceptados fueran usados, el contratista deberá certificar que efectúa de buena fe la reclamación, que la información en que la basa es exacta y completa según su mejor conocimiento y consideración, y que la cantidad reclamada refleja adecuadamente el ajuste del contrato por el cual considera que el Estado es responsable.”

(40) Al quedar permanentemente reautorizado por la sección 9 de la ADR Act de 1996 el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos administrativos, queda suprimida, en virtud de la sección 6.2 de esta misma Ley, la mención correspondiente establecida en la sección 605.e) del Título XLI USC. Esta sección disponía con anterioridad lo siguiente: “La competencia de las agencias para comprometerse en procedimientos de medios alternativos de resolución de conflictos conforme a la subsección d) dejará de ser efectiva el 1 de octubre de 1995, excepto para los procedimientos de resolución de conflictos que se encuentren pendientes en dicha fecha y que, a juicio de las agencias que en ellos son parte, requieran su continuación, en cuyo caso la competencia cesará a la conclusión de los mismos.”

SECCIÓN 7. EL SERVICIO FEDERAL DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN⁴¹

La sección 203 de la Ley de Relaciones Laborales (*Labor Management Relations Act* de 1947, 29 USC § 173) es enmendada incorporando al final de la misma la siguiente nueva subsección:

“f) El Servicio puede ponerse a disposición de las agencias federales para ayudar en la resolución de conflictos de acuerdo con las provisiones del subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos. Las funciones a desempeñar por el Servicio pueden incluir la asistencia a las partes en los conflictos relacionados con los programas administrativos, la formación de personas en las técnicas y procedimientos empleados en los medios alternativos de resolución de conflictos, y el proporcionar funcionarios y empleados del Servicio para actuar como neutrales. Solamente los funcionarios y empleados que cumplan con los requisitos de la sección 573 del Título V, del Código de los Estados Unidos, pueden ser asignados para actuar como neutrales. El Servicio deberá consultar con la agencia designada por el Presidente conforme a la sección 573 del Título V, del Código de los Estados Unidos, o con la comisión que represente a diferentes agencias designada o establecida de la misma forma⁴², sobre el mantenimiento de listas de neutrales y árbitros, y sobre la adopción de cuantos procedimientos y reglamentos resulten necesarios para llevar a cabo los servicios autorizados en esta subsección.”

SECCIÓN 8. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y OTRAS RECLAMACIONES

a) RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD FEDERAL: La sección 2672 del Título XXVIII, del Código de los Estados Unidos⁴³, es enmendada introduciendo al final del primer párrafo lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la frase anterior, cualquier resolución, compromiso o acuerdo pueden ser aceptados sin la previa autorización escrita del Attorney General o persona por él designada, en la medida en que el Attorney General delegue en el responsable de la agencia la competencia para aceptar dicha resolución, compromiso o acuerdo. Tales

(41) La función de este Servicio Federal de Mediación y Conciliación es asistir a las partes en un conflicto laboral para intentar resolverlo de la manera más rápida y justa posible a través de la conciliación y la mediación. Sin embargo, después de la ADR Act este Servicio ha adquirido, junto a la recientemente desaparecida Conferencia Administrativa de los Estados Unidos, un papel esencial para la puesta en funcionamiento de estos medios alternativos de resolución de conflictos entre las distintas agencias federales y para la formación de personal especializado, llegando incluso a poner su propio personal al servicio de las agencias.

(42) Este fragmento ha sido modificado por la sección 4.c) de la ADR Act de 1996 como consecuencia de la supresión de la ACUS. Anteriormente en este fragmento de la sección 7 se establecía que el Servicio debería consultar con “la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos y con otras agencias”.

(43) El primer párrafo de esta sección establece que el responsable de cualquier agencia federal o persona por él designada puede aceptar una resolución, compromiso o acuerdo sobre una reclamación por daños contra los Estados Unidos causada por la negligencia o error u omisión de un empleado de la agencia que actuara en el ejercicio de sus funciones. Pero si la indemnización excediera de 25.000 dólares, estas resoluciones, compromisos o acuerdos sólo serán efectivos si el responsable de la agencia cuenta con la previa autorización escrita por el Attorney General o persona por él designada. Es decir, combinando el primer párrafo con el nuevo introducido por la ADR Act el límite de 25.000 dólares delimita la cuantía de la indemnización a pagar por una agencia que su responsable puede acordar o comprometer sin delegación. A partir de esos 25.000 dólares el responsable de la agencia requiere la previa delegación del Attorney General. Finalmente, cuando se supere el límite de la delegación del Attorney General en los abogados de los Estados Unidos para negociar reclamaciones de dinero, se requiere autorización escrita del Attorney General y no basta con su delegación. Para negociar todas estas indemnizaciones, se fomenta el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos.

delegaciones no podrán exceder de las competencias delegadas por el Abogado General en los abogados de los Estados Unidos para llegar a acuerdos sobre reclamaciones de dinero contra los Estados Unidos. Cada agencia federal puede usar el arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos conforme a las previsiones del subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, para negociar cualquier reclamación de responsabilidad contra los Estados Unidos, en la medida de las competencias de cada agencia para aceptar una resolución, compromiso o acuerdo sobre dicha reclamación sin la previa autorización escrita del Abogado General o persona por él designada.”

b) RECLAMACIONES DEL ESTADO: La sección 3711.a).2 del Título XXXI, del Código de los Estados Unidos, es enmendada eliminando “20.000 dólares (excluyendo los intereses)” e insertando en su lugar “100.000 dólares (excluyendo los intereses) o la cantidad superior que en cualquier momento establezca el *Attorney General*”⁴⁴.

SECCIÓN 9. USO DE PERSONAS QUE NO SON ABOGADOS

a) REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES: Cada agencia, al desarrollar un programa sobre el uso de los medios de resolución de conflictos de acuerdo con la presente Ley, deberá contemplar la posible representación de las partes en los procedimientos de resolución de conflictos por personas que no sean abogados, identificará los programas administrativos que originen numerosas reclamaciones o conflictos ante dicha agencia y determinará:

- 1) en qué medida dichas personas pueden ser representadas o asistidas por abogados o por personas que no son abogados, y
- 2) si las materias sobre las que versen los procedimientos o, incluso, los mismos procedimientos son tan complejos o especializados que solamente las personas que sean abogados pueden proporcionar adecuadamente dicha representación o asistencia.

b) REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA POR PERSONAS QUE NO SON ABOGADOS: Una persona que no sea abogado puede proporcionar representación o asistencia a cualquier individuo en una reclamación o conflicto frente a una agencia, si:

- 1) tal demanda o conflicto atañe a un programa administrativo identificado bajo la subsección a);
- 2) tal agencia determina que en el procedimiento no se necesita representación o asistencia de un abogado, conforme establece la subsección a).2, y
- 3) dicha persona reúne todos los requisitos de la agencia para proporcionar representación o asistencia en dicha reclamación o conflicto.

(44) Se incrementan, por tanto, las cantidades sobre las que el responsable de una agencia puede aceptar una resolución, compromiso o acuerdo, frente a los límites inferiores para los casos de reclamaciones contra el Estado.

Modos alternativos de resolución de conflictos administrativos

c) DESCALIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN O ASISTENCIA: Cualquier agencia que adopte alguna normativa conforme al subcapítulo IV del capítulo V del Título V, del Código de los Estados Unidos, para permitir la representación o asistencia por personas que no son abogados deberá revisar sus reglas de funcionamiento para:

- 1) asegurar que cualquier regla relativa a la descalificación de abogados para actuar ante dicha agencia se aplicará además, como corresponda, a las otras personas que provean representación o asistencia, y
- 2) establecer procedimientos efectivos ante la agencia para el cumplimiento de dichas reglas de funcionamiento y para la recepción de quejas por las personas afectadas.

SECCIÓN 10. DEFINICIONES

Según son usados en esta Ley, los términos “agencia”, “programa administrativo” y “medios alternativos de resolución de conflictos” tienen el significado que a estos términos da la sección 571 del Título V, del Código de los Estados Unidos, promulgada como sección 571 del Título V, del Código de los Estados Unidos, por la sección 4.b) de esta Ley y reestructurada como sección 571 por la sección 3.b) de la Ley de Enmiendas Técnicas del Procedimiento Administrativo de 1991⁴⁵.

SECCIÓN 11. DEROGADA⁴⁶

(45) La última parte de esta sección ha sido modificada por la *Administrative Procedure Technical Amendments Act* de 1991.

(46) La sección 9 de la *ADR Act* de 1996 ha derogado la antigua sección 11 de la *ADR Act* de 1990. Con ello, se autoriza permanentemente el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos administrativos, ya que la antigua sección 11 limitaba su vigencia al 1 de octubre de 1995. En realidad, éste era el principal objetivo de la Ley de 1996 como pone de manifiesto el encabezamiento de la misma: “Una Ley para reautorizar los medios alternativos de resolución de conflictos en el proceso administrativo federal, y para otros propósitos.” A continuación exponemos la antigua *sunset provision*, una cláusula bastante habitual en la técnica legislativa norteamericana:

“SECCIÓN 11. PREVISIÓN DEROGATORIA

La autorización de que disponen las agencias para usar los procedimientos de resolución de conflictos de acuerdo con la presente Ley y las enmiendas que ésta realiza dejarán de surtir efecto a partir del 1 de octubre de 1995, salvo para aquellos procedimientos que se encuentren pendientes en dicha fecha y que, a juicio de las agencias que en ellos son parte, requieran su continuación, en cuyo caso la competencia cesará a la conclusión de los mismos.”

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS**Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo**

[Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 200 (abril-mayo 1999), páginas 11 a 25]

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

El autor, Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, reflexiona sobre el proceso de formación de un Derecho Europeo y de europeización de los Derechos nacionales, en particular analizando la importante función que en este proceso corresponde al Derecho comunitario europeo. En este sentido, se destaca en el trabajo la función de la legislación comunitaria, de los principios generales establecidos por el Tribunal de Luxemburgo y del Derecho comparado en la formación de un Derecho europeo. A su vez, el proceso de europeización y la convergencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales está influyendo en el propio desarrollo del Derecho comunitario.

GEORG HERMES**Staatliche Infrastruktur-verantwortung**

[Mohr Siebeck, Serie Jus Publicum, 1998, número 29, 578 páginas]

LUIS ARROYO

Este libro constituye la habilitación presentada por Georg HERMES, profesor procedente de la órbita de iuspublicistas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, en la que pretende dar una respuesta dogmática a la quiebra de la concepción de la *Daseinvorsorge* operada desde el ala liberal de la doctrina alemana del Derecho público de la economía (Tettinger, Löwer,

Pielow). La tesis central de la obra consiste en la afirmación de que la privatización de los sectores tradicionalmente considerados como monopolios naturales no significa un repliegue del Estado, sino más bien la transformación de las técnicas de intervención a través de las cuales los poderes públicos persiguen articular una (subsistente) responsabilidad infraestructural. Tras analizar los diversos modelos de configuración de estos servicios presentes en los Estados miembros, y desarrollar los presupuestos de Derecho comunitario y común europeo, el autor justifica la existencia de mandatos constitucionales de garantía de intereses públicos en el ámbito de los servicios económicos en red a partir del art. 14 de la Ley Fundamental, para analizar posteriormente las consecuencias de esas obligaciones sobre la regulación estatal del derecho de propiedad de las redes, en los sectores del transporte, de las telecomunicaciones y, especialmente, del suministro energético. Es precisamente la adscripción constitucional de la obligación estatal de garantía de los intereses públicos vinculados a la red, justificada a partir de las características especiales (y comunes) de estos últimos, la principal propuesta del autor y lo que ha convertido este trabajo en una obra especialmente polémica en Alemania.

TOMÁS VÁZQUEZ LÉPINETTE**La obligación de interconexión de redes de telecomunicación**

[Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 379 páginas]

LUIS ARROYO

La liberalización de los servicios económicos en red, tradicionalmente configurados como servicios públicos de titularidad estatal, no ha venido acompañada (hasta ahora) de un proceso paralelo de desregulación del sector. La necesidad de hacer compatibles el principio de libre empresa, de un lado, y los intereses generales cualificados presentes en el sector (básicamente la garantía de la libre competencia y el mantenimiento de un conjunto de

prestaciones universales), de otro, se ha hecho frente con el desarrollo de un nuevo tipo de regulación que utiliza técnicas hasta ahora inexistentes en nuestro ordenamiento. La obligación de interconexión, una institución a caballo entre el Derecho administrativo económico y el Derecho privado económico —de nuevo sentido—, es uno de esos instrumentos. VÁZQUEZ LÉPINETTE afronta en esta obra la compleja tarea de incorporar al sistema esta nueva figura, utilizando para ello los elementos de análisis propios de su disciplina (el Derecho mercantil), pero también del Derecho público, y, especialmente, con un notable dominio del Derecho comparado en la materia. El grueso del libro se dedica al esclarecimiento de problemas relativos al derecho a la interconexión y su ejercicio (solicitud, negociación del acuerdo o el papel de la CMT en la fase de formación del contrato), así como al contenido del acuerdo y al control de su ejecución. En este sentido, el autor se detiene particularmente en el análisis de las obligaciones de las partes, prestando una especial atención a la determinación del precio de la interconexión y a los problemas derivados de los concretos términos en los que debe operarse la interconexión y el acceso a la red.

J. GARCÍA ROCA

Cargos Públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución

[Aranzadi, Pamplona, 1999, 395 páginas]

RAFAEL BUSTOS

El presente trabajo constituye un estudio de los derechos contenidos en el artículo 23.2 de la Constitución realizado con rigor y detenimiento. Se colma, de este modo, una laguna en la doctrina científica, pues, si bien existían bastantes estudios sobre la cuestión, no se había realizado un tratamiento monográfico y con la profundidad necesaria para esclarecer el contenido de uno de los derechos básicos para el mantenimiento de un sistema democrático-representativo como el constitucionalizado en nuestro país. Constituye por tanto un acier-

to la elección de este tema que, por otra parte, resulta de gran dificultad por varios motivos como pueden ser la estructura compleja del propio precepto (en el que con acierto el autor distingue dos derechos de diferente contenido e importancia), la remisión a la ley para completarlo (motivo por el cual se le ha denominado, sin excesiva precisión, derecho de configuración legal), el enorme número de sentencias constitucionales y ordinarias dictadas en los pasados 20 años que dificultan el establecimiento de los perfiles del mismo o, por último, aunque más importante la relevancia del derecho para el sistema democrático y la necesidad de encuadrar su estudio y comprensión en el marco de una teoría constitucional adecuada al sistema representativo español.

No se trata, por todo ello, de un tema sencillo ni en el que sea fácil el lucimiento del autor. Sin embargo, el estudio presenta una clara sistemática que facilita su rápida comprensión. Igualmente, es digno de elogio el rigor en el planteamiento metodológico. En efecto, un tema como el estudiado puede ser expuesto desde perspectivas estrictamente normativas a partir de la abundante jurisprudencia constitucional y ordinaria. Ello hubiera constituido un trabajo indudablemente útil y complicado, pero habría reducido el estudio al mero comentario, más o menos crítico, de la jurisprudencia constitucional, olvidando, de este modo, el papel creador que debe corresponder a la doctrina científica y que es el complemento ineludible de la labor jurisprudencial. Este carácter complementario de la doctrina respecto a la jurisprudencia ha sido frecuentemente olvidado en nuestro país y, por ello, ha constituido una de las mayores críticas a la doctrina constitucionalista española. Sin embargo, el autor ha huido de tales planteamientos buscando el siempre difícil punto intermedio entre la necesidad de apoyarse en las resoluciones judiciales para explicar los derechos fundamentales y la conexión que los mismos tienen con el contexto jurídico institucional en el que se desenvuelven. De este modo, a lo largo del texto podemos observar la utilización de una Teoría de la Constitución adecuada al sistema representativo adoptado por nuestra norma suprema para analizar el derecho objeto de estudio y la jurisprudencia dictada acerca de su contenido. Realizando, de este modo, la tarea del intérprete constitucional: analizar críticamente el contenido de un derecho de perfiles nítidamente legales y juris-

prudenciales desde la perspectiva de un concepto de Constitución constitucionalmente adecuado.

En fin, por tanto, el trabajo recientemente publicado, y en el que por razones de espacio no podemos profundizar más respecto a su contenido, ha de constituir en el futuro un punto de referencia obligado para el estudio no sólo del derecho de acceso a los cargos públicos representativos, sino también como forma de perfilar, progresivamente, el método de análisis de los derechos fundamentales en nuestra doctrina.

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

La información administrativa al público

[Montecorvo, Madrid, 1998, 252 páginas]

EMILIO GUICHOT REINA

Francisco VELASCO CABALLERO, Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid, nos presenta una monografía sobre un tema novedoso: la información del Estado al público. El autor ha seleccionado, para su estudio, un tipo de actuación pública cada vez más frecuente: la actividad informativa; y dentro de ella ha estudiado la que se destina a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Entran aquí, fundamentalmente las campañas publicitarias institucionales (¡Ahorre energía!, ¡El secador X es peligroso para la seguridad!) y otras manifestaciones de la información al público (carteles sobre terroristas buscados, cartas marinas, declaración de los responsables de prensa de órganos políticos, etc.) Sobre este material empírico, *a priori* heterogéneo, el profesor VELASCO realiza un encuadre sistemático-conceptual: ¿Qué es la información en el sistema de actos jurídico-públicos?, a lo que sigue luego su inmersión en el Ordenamiento jurídico, tanto en el orden constitucional como administrativo.

De esta forma, se plantea la cuestión fundamental del sometimiento de la información estatal a la reserva de Ley; esto es, cuándo la información puede afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos (piénsese en la libertad de empresa, o en el derecho al honor) y cuándo, por tanto, la información administrativa sólo es posible previa autorización expresa de una Ley (siguiendo, por tanto, la exigencia del art. 53.1 de la Constitución). Una vez detectados los ámbitos informativos sometidos a reserva de Ley se indaga en el libro sobre cuáles son las Leyes vigentes que, en la actualidad, autorizan a informar: Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley General de Sanidad; Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana; Ley de Protección del Derecho al Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen.

Más allá del examen referido a la reserva de Ley, el libro presta atención al análisis de aquellas leyes administrativas o jurídico-privadas aplicables a la actividad informativa pública. Así, tanto las leyes mercantiles (de publicidad, de defensa de la competencia o de competencia desleal) como administrativas (Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común) e incluso las normas del Derecho comunitario (fundamentalmente, para evitar las campañas públicas de promoción de productos nacionales).

Por último, el libro contiene dos capítulos finales de evidente relevancia práctico-forense. El primero, dedicado a las indemnizaciones exigibles por información pública ilícita, haciéndose referencia aquí a la jurisprudencia hasta ahora dictada por el Tribunal Constitucional como por las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Civil. El segundo capítulo práctico analiza la tipología de acciones de las que se pueden servir los receptores de información ilícita: tanto acciones civiles (fundamentalmente, de responsabilidad), como acciones administrativas (de responsabilidad, de cesación contra vías de hecho y de nulidad).

LUCÍA RUANO RODRÍGUEZ**Constitución, Función Pública y Empleo Laboral**

[Aranzadi, Pamplona, 1998, 71 páginas]

La necesidad de dotar a nuestra Función Pública de un Estatuto y la progresiva penetración e interacción de instituciones procedentes del Derecho Laboral en aquella constituyen dos de las más actuales cuestiones a debate. Precisamente es a estas materias a quienes la obra que es objeto de comentario en la presente crónica dedica un acertado análisis.

La obra se estructura en tres capítulos, con un apartado final donde la autora vierte unas breves y rigurosas consideraciones finales. Por último, la obra recoge un completo listado de las disposiciones más relevantes que se han ido dictando en materia de función pública autonómica hasta 1998 y una serie de comentarios al Anteproyecto de Ley de Estatuto Básico de la Función Pública de marzo de 1998.

En el primer capítulo, Lucía RUANO parte de una breve consideración acerca de los dos modelos de Función Pública existentes –modelo abierto y cerrado– mostrando las características de uno y otro, así como los ejemplos que se dan en el derecho comparado. Seguidamente, nos proporciona una visión del modelo de Función Pública adoptado por la Ley de Medidas de 1984, señalando como una de sus principales notas –a falta de la adopción de un sistema definido– la paulatina penetración del Derecho de Trabajo

en aquella, que ha tenido en el reconocimiento de los derechos colectivos a los funcionarios públicos su principal exponente.

En el segundo capítulo, la autora se adentra en el núcleo central de la obra que no es otro que el estudio de los diferentes artículos que la Constitución Española dedica a la Función Pública. El estudio que realiza tiene como objeto la deducción de las normas y principios en ella contenidos que limitan la configuración legal de la Función Pública y el reflejo de aquéllos en la legislación posconstitucional. Para ello Lucía RUANO hace un excelente manejo de la jurisprudencia Constitucional y, una vez concluido el análisis de cada uno de los artículos antes mencionados, manifiesta su posición acerca del contenido material del futuro Estatuto siempre teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, a los que atribuye el carácter de contenidos mínimos.

Finalmente, una valoración crítica de las normas dictadas desde la Ley de Medidas de 1984 constituye el núcleo central del Capítulo tercero de la presente obra. Lucía RUANO manifiesta la ausencia de principios jurídicos y criterios materiales en la Ley 23/1988, de 28 de julio, y de la STC 99/1987, principios que permitan aclarar los contornos del *status* laboral y el funcionalial aún imprecisos. Por último, la autora realiza un análisis de las diferentes normas que se refieren a los derechos colectivos de los funcionarios como son el derecho de sindicación, la negociación colectiva y los derechos de representación de los funcionarios. Es aquí donde demuestra una enorme solidez en sus planteamientos fruto de su dedicación a la práctica laboralista.

La capacidad de síntesis en la exposición a lo largo de la obra y la claridad de ideas en la valoración final exhortan a la lectura de esta obra que a buen seguro tendrá una buena acogida entre los lectores.

J.L. BLASCO DÍAZ

Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral

[Tirant lo Blanch, Valencia, 1999]

BEATRIZ SETUÁN MENDÍA

A la vista de la multiplicidad de presiones, sobre todo de índole urbanística, que el litoral español ha venido sufriendo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, y en lógica consideración a las mismas, no es de extrañar que la vigente Ley de Costas de 1988 decidiese en su momento tomar cartas en el asunto mediante el establecimiento de una serie de mecanismos de intervención pública destinados, en primer lugar, a salvaguardar su integridad física y jurídica, y, en segundo lugar, y derivado de lo anterior, a hacer efectivo el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado que proclama el artículo 45 de la Constitución.

Dentro de estos mecanismos destacan, sobre todo, la fijación de limitaciones y servidumbres en las propiedades colindantes con la zona marítimo-terrestre; limitaciones que, dejando siempre a salvo el derecho de propiedad constitucionalmente reconocido (artículo 33), matizan no obstante su contenido para hacerlo compatible con aquellas exigencias anteriormente mencionadas. Las diferentes zonas de servidumbre que la Ley de Costas identifica son objeto de análisis en esta monografía. Junto con este mecanismo, no puede olvidarse tampoco la necesidad de proceder a una ordenación del espacio litoral, en la que presentan una trascendencia fundamental los instrumentos de planeamiento urbanístico. Este hecho plantea, entre otras cuestiones, el problema de la necesaria coordinación interadministrativa para la procedencia de tal ordenación en general, y, de modo más específico, el de la articulación concreta de las competencias municipales de planeamiento y las determinaciones contenidas en la Ley de Costas; cuestiones, evidentemente, de gran impor-

tancia, y que reciben el oportuno tratamiento en la obra que se comenta.

Si a todo lo anterior añadimos -en una localización física que en la obra tiene carácter previo- el repaso necesario a la naturaleza de dominio público que tiene la zona marítimo-terrestre y a la identificación de los bienes que la componen, la conclusión acerca del valor de esta obra ha de ser, forzosamente, positiva.

WV AA

Lecciones de Derecho del Medio Ambiente

[Lex Nova, Valladolid, 1998, 485 páginas]

JOSÉ M. MAGÁN PERALTES

Las “Lecciones de Medio Ambiente” dirigidas por el Profesor Luis ORTEGA reúnen en catorce capítulos algunos de los más importantes temas relacionados con el Medio Ambiente desde el punto de vista jurídico. Se trata de una obra colectiva e interdisciplinar, que abarca aspectos del Medio Ambiente no sólo desde el punto de vista del Derecho Administrativo, sino también en aspectos relacionados con el Derecho Civil, Penal y Fiscal. Pese a tratarse de una obra conjunta, una característica une a todos los autores: todos ellos son profesores en algunos de los distintos campus de la Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete y Toledo), y la práctica totalidad de ellos son Doctores en Derecho, con lo que bien puede hablarse de la existencia en esta Universidad de una sólida cantera de juristas medioambientales.

El libro en sí puede ser dividido en tres partes: una “Parte General” correspondería a los Capítulos 1 a 3. Esta parte se abre con un intento de delimitar el siempre variable concepto de Medio Ambiente. A continuación, se realiza un estudio de la Organización Administrativa del Medio Ambiente de más a menos, es decir, comen-

zando por las Instituciones internacionales y descendiendo a nivel Europeo y Nacional, y dentro de este último a su vez, estableciendo la distribución de competencias entre Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales. Esta primera parte se cierra con un breve estudio de las distintas técnicas e instrumentos de intervención administrativa en el medio Ambiente.

La “Parte Especial” de este libro comprende los Capítulos 4 a 11, y en ella se van analizando los distintos sectores del Medio Ambiente: Aguas, Medio Marino, Espacios Naturales, Fauna y Flora, Bosques, Contaminación atmosférica y acústica, y Residuos. De toda esta parte, merece destacar el completo análisis que se hace de la protección ambiental de las aguas, tanto continentales (ríos, lagos, humedales), como marinas. Tras el agua, otro objeto de análisis lo constituye el estudio de la Flora y los Bosques, con el interesante estudio del tema de las repoblaciones forestales. Esta parte contiene finalmente los capítulos referidos a distintos tipos de contaminaciones: la atmosférica, la acústica y la provocada por los residuos. Es preciso señalar que el capítulo dedicado a residuos no se limita a analizar los problemas que provocan los residuos urbanos (las basuras), sino que a la Ley de las recientes leyes en materia de residuos se analizan también la gestión y el tratamiento de los mismos, de los considerados peligrosos y de los envases (reciclaje, sistema de depósito y sistema integrado de gestión).

En una tercera parte, que englobaría los Capítulos 12 a 14, se trata el Medio Ambiente desde otras disciplinas diferentes al Derecho Administrativo. Concretamente, desde el punto de vista fiscal, se analizan algunos tributos ecológicos existentes en algunas Comunidades Autónomas así como el principio, sólidamente asentado, de “quien contamina paga”. Desde el punto de vista del Derecho civil, se realiza un análisis de diversos aspectos interesantes de los que quiero destacar la legitimación de Asociaciones y Grupos para la defensa del medio ambiente y la responsabilidad de la propia Administración pública por el funcionamiento de los servicios públicos medioambientales.

Esta tercera parte se cierra con el análisis del Derecho Penal del Medio Ambiente, es decir, de aquellos artículos del Código Penal de 1995 referentes en algún modo a la protección del Medio Ambiente, centrándose dicho análisis en los delitos contra los Recursos Naturales y los relativos a la protección de la Flora y la Fauna.

En definitiva, se trata de un libro muy didáctico, como corresponde a un manual, completo y muy actualizado en lo que a legislación se refiere, que viene a completar la bibliografía, hasta ahora parcial y dispersa, que existía sobre el tratamiento jurídico del Medio Ambiente.

JAVIER CREMADES y PABLO MAYOR

La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global

[La Ley-Actualidad, Madrid, 1999]

JOAQUÍN MARÍA NEREDA PÉREZ

El espectacular desarrollo tecnológico experimentado por las telecomunicaciones durante los últimos años, provocó que las autoridades regulatorias españolas decidieran la liberalización del sector y su apertura a la competencia. A su vez, el proceso liberalizador ha originado una proliferación de leyes y disposiciones normativas, a fin de conformar el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones. Pieza básica de este ordenamiento resultante, es la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de las Telecomunicaciones, que contiene los principios informadores de la nueva regulación.

Paralelamente a esta prolífica actividad de producción normativa, estamos asistiendo a una abundante edición de libros, textos y publicaciones sobre la configuración del sector tras su apertura a la competencia. La

mayor parte de estas obras monográficas han abordado las telecomunicaciones desde diferentes ángulos, pero por separado: el jurídico, el económico, el tecnológico y, hasta el sociológico. Pocos han sido, sin embargo, los textos dedicados a ofrecer una visión global e íntegra del fenómeno de las telecomunicaciones en España.

Dentro de este escaso grupo, se encuentra el libro recientemente publicado, bajo el título “La Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global”, realizado por un total de sesenta y seis autores coordinados por Javier CREMADES (Socio del Despacho Cremades & Sánchez Pintado), y Pablo MAYOR (Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento). La presentación de la obra corre a cargo del Excelentísimo Ministro de Fomento, Rafael ARIAS-SALGADO.

La obra ha sido coeditada por la Ley-Actualidad y por el Ministerio de Fomento, y cuenta con el patrocinio de algunos operadores de telecomunicaciones como Telefónica y RSL Com, un suministrador de equipos de telecomunicaciones, Nortel, y la Fundación Madritel, este último es el operador de cable de la Comunidad Autónoma de Madrid.

“La Liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global” recoge las ponencias e intervenciones que se desarrollan durante los días 14 y 18 de julio en el Curso de verano de la Universidad Complutense de Madrid, celebrado en El Escorial. El libro continúa la línea iniciada por otro titulado “Derecho de las Telecomunicaciones”, coordinado también por Javier CREMADES, y publicado en 1997.

La reciente obra fue presentada el pasado día 26 de abril, coincidiendo, prácticamente, con el aniversario de la publicación de la Ley General de Telecomunicaciones, alrededor de la cual gira la mayor parte del libro. La estructura que sigue el texto se distribuye en tres Capítulos: el primero, a modo de introducción, contiene un descriptivo repaso del sector de las telecomunicaciones con la llegada de la

liberalización, analizando el decisivo papel que está desempeñando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro garante de la competencia. Asimismo, se examinan las consecuencias de la apertura del mercado en el ámbito económico y sociológico.

El Capítulo segundo constituye la parte central del libro, y en él se descende al tratamiento minucioso de las grandes cuestiones propias del sector. Se pasa revista a los servicios de telecomunicaciones por cable, por satélite, a la telefonía móvil, a la televisión digital, a las televisiones locales y autonómicas, a Internet... Asimismo, se analizan cuestiones esenciales para la competencia, como la interconexión, el servicio universal, el régimen tarifario y la administración de las telecomunicaciones.

El Capítulo tercero es una buena muestra de la situación de las telecomunicaciones en otras latitudes. Así, dentro de la Europa Comunitaria, se contienen referencias concretas a Alemania, Austria y Portugal. También hay un hueco para Hungría y Polonia. Más lejos de nuestras fronteras, se tocan algunos aspectos del mercado en EE.UU. y Canadá. El recorrido por el Derecho Comparado termina con una alusión a Hispanoamérica, centrándose la atención en algunos países con cuestiones muy actuales y muy cercanas a nosotros: Argentina, Brasil, Perú, Panamá y Bolivia.

El libro concluye con un acertado y oportuno Anexo que contiene una propuesta de clasificación por temas de la legislación española sobre telecomunicaciones, y un índice de voces, en el que se recoge una brevísima, pero aleccionadora, referencia identificativa a los grandes conceptos y categorías que integran el mundo de las telecomunicaciones.

Demos, pues, la bienvenida a una gran obra que, seguramente, contribuirá a arrojar más claridad sobre uno de los sectores cruciales en la economía española, y muy próximo, dado los productos y servicios que ofrece, a la vida cotidiana del ciudadano.

INÁKI AGIRREAZKUENAGA

Intervención Pública en el Deporte

[Civitas, Madrid, 1998, 438 páginas]

INÁKI AGIRREAZKUENAGA

La doble dialéctica entre lo público y lo privado, y entre la soberanía del mundo del deporte frente a la intervención administrativa es el objeto central de este libro. Por lo tanto, se abordan las características propias del ordenamiento jurídico deportivo, cuyo carácter originario y supraestatal, aunque no soberano, le dota de una singularidad alimentada por el Derecho comunitario, el estatal y el autonómico, además de las fuentes terciarias de cada modalidad deportiva, que conforman un microcosmos jurídico, con sus propios estatutos y reglamentos federativos.

Asimismo, se analizan las atribuciones directas del Consejo Superior de Deportes –y de los órganos autonómicos correspondientes– en el reconocimiento oficial de una modalidad deportiva como paso previo para la creación, constitución y tutela de las federaciones deportivas, el fomento de la actividad deportiva anudado al control económico financiero de las federaciones, el régimen jurídico del deporte escolar y del deporte universitario, la problemática del sistema de enseñanzas y titulaciones deportivas, y el deporte de alto nivel. Igualmente se somete a examen a los órganos administrativos creados *ad hoc* en el ámbito deportivo como son: los comités de disciplina deportiva, las juntas de garantías electorales, la comisión antidopaje, y la comisión antiviolencia.

Por otra parte, se analiza la administrativización de la mayor parte de las funciones de las federaciones deportivas y de las ligas profesionales, lo que desemboca en el exa-

men de la naturaleza jurídica de estos organismos, a los que legalmente se les dota de naturaleza asociativa privada, aunque en su constitución no se respete ni la vertiente positiva, ni la negativa del derecho de asociación (no se pueden crear federaciones de forma privada, ni más de una por modalidad deportiva; no se puede participar en competiciones oficiales sin licencia federativa). Por consiguiente, si por coherencia jurídica el legislador asignase a las federaciones una naturaleza pública, en nada cambiaría su régimen jurídico. Obviamente, a juicio del autor, la otra alternativa podría ser la de mantener su naturaleza privada y, en consecuencia, privatizar el régimen jurídico de las competiciones deportivas, liberarlas de la amplia tutela que padecen o disfrutan, y respetar también en este ámbito federativo la libertad de asociación.

Otras cuestiones en las que se profundiza en esta monografía son las relativas al concepto multívoco de deporte, la naturaleza jurídica de las estructuras internacionales del deporte, las selecciones autonómicas, etc. En suma, se trata de un libro que saca del obscurantismo a esta parcela jurídica y ordena con profundidad el Derecho público del deporte.

LUIS ALFREDO DE DIEGO LÓPEZ

El Derecho al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley

[Tecnos, Colección Temas Clave de la Constitución Española, Madrid, 1998, 279 páginas]

ISABEL PERELLÓ

Quien desee consultar una buena síntesis del estado de la cuestión en el ámbito doctrinal y jurisprudencial sobre este derecho fundamental debe sin duda manejar este texto del Magistrado y profesor de Derecho Procesal DE DIEGO DÍEZ. La existencia de una previa bibliografía, tampoco excesivamente abundante, no excluye ciertamente la utilidad de este trabajo de síntesis, en el

que se consigue presentar con sistemática adecuada el cúmulo de conceptos que en esta materia se manejan habitualmente con cierta imprecisión, cuando no con abierta impropiedad. Tal es el caso de los conceptos de juez natural y juez ordinario, la pre-determinación del órgano y de su titular, los caracteres de generalidad y abstracción en los criterios de atribución competencial.

Pero el protagonismo adquirido en nuestro país por el Poder Judicial, mayor acaso que el que se ha producido por razones análogas en otros países de nuestro entorno, bien que muy a pesar de la inmensa mayoría de los jueces españoles, ha vuelto a colocar de nuevo en primera línea de actualidad cuestiones tales como la conciliación entre la eficacia que se demanda de los órganos judiciales y el buen desarrollo de la función jurisdiccional, de una parte, y de otra las garantías constitucionales de independencia, imparcialidad e inamovilidad. Es cierto que el estatuto judicial no puede quedar a merced de los vaivenes de los cambios políticos ni de los criterios de la opinión, sea la opinión del público, o de determinados medios, y ello constituye precisamente la razón de ser de la reserva de ley orgánica en la materia. Pero se hace cada vez más necesario acometer la tarea de configurar adecuadamente la estructura judicial para satisfacer nuevas y cada vez más complejas demandas.

No se trata desde luego, de sustituir el poder judicial, ni la tutela jurisdiccional, que materializan el Estado de Derecho, con un mero servicio público de impartición de justicia, ni los jueces pueden terminar siendo unos simples funcionarios, porque si un sistema integral de garantías como el que diseña la Constitución para los Juzgados y Tribunales, y para sus titulares, no podrían cumplir su función. Sin embargo, como ha puesto suficientemente de relieve el Libro Blanco de la Justicia, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, los conceptos de atención al ciudadano y de eficacia de gestión, también aplicable a los Juzgados y Tribunales, como también ha de ser exigido a sus títulos el cumplimiento estricto de sus deberes funcionariales. Es más, para

juzgar en las difíciles condiciones que presentan nuevos fenómenos políticos, económicos y sociales, resulta imprescindible acometer una reforma de la estructura de la organización judicial, partiendo en todo caso de la estructura constitucional, en la que es pieza básica el derecho fundamental a un juez integrado en la jurisdicción ordinaria, es decir, en alguno de los órdenes de la jurisdicción, resultante además de una previa determinación de la ley.

Es a partir de un entramado conceptual básico como el que contribuye a analizar el trabajo del profesor DE DIEGO, como pueden abordarse satisfactoriamente una serie de fenómenos apenas apuntados en la actualidad. Si la instrucción es función jurisdiccional, una vez separada de los aspectos relativos a la intervención judicial de garantía (juez de las libertades), y se atribuye al Ministerio Público, ¿en qué medida y hasta qué punto han de ser aplicadas a los titulares de esta función garantías como las de independencia, imparcialidad e inamovilidad, hasta ahora privativas, al menos en su plena dimensión, de los órganos jurisdiccionales? Algo parecido cabe decir de la atribución a los Secretarios Judiciales de funciones de plena responsabilidad (resolutorias) de ordenación e impulso procesal, con eventual afectación de derechos e intereses de las partes en el proceso, y no de mera propuesta, e incluso de la responsabilidad sobre la ejecución de lo juzgado. Medidas de refuerzo o de apoyo, actualmente apenas esbozados, entre distintos órganos jurisdiccionales y titulares, que pudieran dar lugar en el futuro a una mayor racionalización de las cargas de trabajo; el acceso a determinadas funciones jurisdiccionales, no solamente es el más llamativo y menos esclarecedor caso de la Audiencia Nacional; la formación técnica del titular de determinados órganos; la capacitación lingüística en el marco de los procesos de normalización a los que no puede ser ajena la Administración de Justicia; la especialización de órganos en función de necesidades económicas; la instrucción y enjuiciamiento de fenómenos de delitos-masa, o de afectación general, de delincuencia mafiosa o terrorista, de delitos económicos de

dimensión supranacional; la coexistencia, junto con el ámbito judicial nacional del siglo XX, del ámbito supranacional europeo e, incluso, del nuevo Derecho Penal Internacional relativo a los crímenes contra la Humanidad. Es claro que abordar en su integridad cualquiera de estos problemas escapaba necesariamente a los propósitos del trabajo del profesor DE DIEGO. Pero a partir de la calificación conceptual a la que contribuye su estudio puede facilitarse la elaboración de las nuevas categorías conceptuales que se van a hacer necesarias sin duda en el futuro. Para finalizar, cabe exponer una discrepancia importante: el concepto de juez natural habrá de ser recuperado, no ciertamente desde una perspectiva iusnaturalista, sino probablemente más próxima a la Natur der Sache, en muchos de estos problemas, por el que el Juez legal, el Juez ordinario predeterminado por la Ley ha de ser también Juez natural. Y también una crítica: una labor de estudio tan seria como la realizada por el autor puede y debe ser también acompañada en la formulación de sus propias conclusiones, sin que se vean afectadas por ello la objetividad y la utilidad final del resultado. En este sentido el trabajo del profesor De Diego resulta, si acaso, excesivamente prudente.

introducida por la Ley 4/1999) a las sanciones, con los peligros que entraña y con los problemas que genera la influencia de principios penales.

Una forma de enfrentar la cuestión es ésta: si imponer sanciones es obligatorio y reglado, no cabe revocarlas por motivos de oportunidad; si imponerlas es discrecional, cabrá revocar por motivos de oportunidad las ya impuestas. Pero en España es discutido si el ejercicio de la potestad sancionadora es o no reglado y obligatorio. De todas formas, no parece que, en general, se siga fielmente este planteamiento. Recoge las opiniones favorables a la revocación de las sanciones por motivos de oportunidad (PARADA, BOQUERA, GARCÍA DE ENTERRÍA) y las contrarias (PONCE, BELADIEZ, LOZANO o, con ciertos matices, NIETO), para después optar por las primeras pero restrictivamente y con sometimiento a los estrictos límites que se desprenden de los arts. 105.1 y 106 de la Ley 30/1992 y al general de necesidad de un procedimiento administrativo, en el que cabría adoptar la suspensión provisional de la sanción. En cambio, no alcanza a reconocer un límite preciso a la posibilidad de revocación en la posición de terceros interesados en la imposición y mantenimiento de la sanción.

ÍÑIGO SANZ RUBIALES

Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad

[Revista de Administración Pública núm. 148, enero-abril 1999, páginas 359 a 385]

MANUEL REBOLLO PUIG

El estudio comienza por conceptualizar esta revocación y diferenciarla de la condonación de las sanciones, empleando un concepto amplio de condonación al hilo del cual realiza interesantes precisiones sobre figuras como la remisión condicional o la inejecución de sanciones. Pero el objeto fundamental del trabajo es la posible aplicación del art. 105.1 de la Ley 30/1992 (teniendo ya en cuenta la modificación

J. JUNCEDA MORENO

Derecho sancionador en materia de tráfico. En especial, la retirada del permiso de conducir

[Revista de Administración Pública núm. 145, enero-abril 1998, páginas 399 a 430]

MANUEL REBOLLO PUIG

Aunque el objeto principal de estudio es la sanción de retirada del permiso de conducir, se ofrece una visión general de los principios generales del Derecho Administrativo sancionador y de su discutible respeto en materia de tráfico. En concreto, se ocupa especial y críticamente de los deberes de los titulares de los vehículos de conocer y facilitar a la Administración todos los datos del conductor cuando se

hubiere producido una infracción, así como de las consecuencias sancionadoras de su incumplimiento. También la presunción de veracidad atribuida a las denuncias de los agentes de la autoridad merece algunas consideraciones críticas.

En cuanto a la retirada del permiso de conducir, y tras exponer los caracteres esenciales de tal permiso (autorización administrativa personal, reglada y de *tracto sucesivo*), apunta la posibilidad de que dicha retirada suponga una restricción de la libertad de circulación (art. 17 CE) y, por tanto, la existencia de una reserva de Ley Orgánica o incluso de una contradicción con la prohibición de sanciones privativas de libertad. Desarrolla la distinción entre la retirada del permiso de conducir como sanción y la que se acuerda por pérdida de las condiciones necesarias para su obtención, en particular, por pérdida del conocimiento de las normas esenciales del tráfico. Tras ello, se ocupa sólo de la de naturaleza sancionadora destacando la importante función que para su imposición tiene el principio de proporcionalidad y, en particular, la necesidad de que la infracción haya creado una situación de peligro concreto, como demuestra con numerosas sentencias.

S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

Autoescuela y control judicial ¿Una sentencia innovadora en cuanto a las sanciones y reparación de daños?

[Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 99, julio-septiembre, 1998, págs. 407 a 411]

Frecuente resulta que la Administración, al mismo tiempo que sanciona por dañar los bienes públicos, imponga al infractor la obligación de reparar el daño causado o una indemnización por tal daño. Naturalmente, el acto administrativo, tanto

en cuanto declara la sanción propiamente dicha como en cuanto declara la obligación reparadora, es ejecutivo. Así, la Administración no tiene que acudir a la jurisdicción civil para que sean los órganos judiciales de ese orden los que condenen a la reparación o indemnización en su favor. Los problemas se plantean cuando, por cualquier causa (la conducta no es típica, no hay dolo ni culpa, la infracción ha prescrito, etc.) la Administración no puede sancionar o, impuesta la sanción, los Tribunales contencioso-administrativos se ven obligados a anularla: ¿tampoco podrá entonces la Administración declarar con fuerza ejecutiva la obligación indemnizatoria?, ¿tendrán los Tribunales también que declarar la nulidad del acto administrativo en lo que a la reparación del daño se refiere? Y caso de que las respuestas a estos interrogantes sean positivas, ¿es que la Administración ha perdido toda posibilidad de resarcirse?, ¿qué deberá hacer la Administración para obtener la reparación, acudir a la vía civil o tramitar un nuevo procedimiento administrativo no sancionador?

A todas estas estas preguntas se enfrenta el estudio reseñado al comentar la SAN de 26 de septiembre de 1997. En este caso, el problema se planteaba porque el expediente sancionador había caducado, según expresamente reconoció la Administración que, pese a todo, ordenó en ese mismo procedimiento la reparación del daño. Para la sentencia, la caducidad del procedimiento sancionador no impide de por sí a la Administración declarar por acto administrativo ejecutivo tal obligación, sin necesidad de acudir al juez civil, pero ello tras tramitar nuevo expediente distinto del sancionador caducado. En contra, el autor defiende que “la ejecutoriedad de la reparación de daños proviene de la acumulación de la reparación de daños y sanción” de manera que, si no se puede imponer sanción o ésta es nula, la Administración habrá de acudir a la vía civil para conseguir la indemnización.

notas bibliográficas

J.M. ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J. GONZÁLEZ RIVAS

Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio

[Aranzadi, Pamplona, 1998]

J. LEGUINA VILLA, M. SÁNCHEZ MORÓN

Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

[Lex Nova, Valladolid, 1999]

ARMALDO ALCUBILLA, FERNANDEZ

Jurisdicción Contencioso-Administrativa (comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)

[Abella, Madrid, 1998]

J.M. SANTOS VIJANDE

Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)

[Edersa, Madrid, 1998]

A. DEL CACHO, L.VACAS-GARCÍA ALOS

Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

[La Ley, Madrid, 1998]

VV AA

Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 (edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo)

[Civitas, Madrid, 1998]

J. GONZÁLEZ PÉREZ

Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)

[Civitas, Madrid, 1998]